

Expediente Núm. 271/2013
Dictamen Núm. 281/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 5 de agosto de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños derivados de la demolición de la terraza de su vivienda en ejecución de sentencia, que imputa a la Administración municipal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de julio de 2012, el interesado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Ayuntamiento de Gijón, por los daños derivados de la demolición de la terraza de su vivienda en ejecución de la sentencia firme por la que se anula la licencia urbanística de construcción.

Relata que es “dueño en pleno dominio” de una vivienda sita en la calle, que adquirió a un promotor, y que “en la escritura de compraventa se

recoge que a la vivienda le corresponde el uso y disfrute exclusivo de la terraza situada en todo su lindero del fondo hasta alcanzar el linde con el Patronato”.

Según refiere, “por parte de ese Ayuntamiento se concedió (...) licencia de obras para la construcción del edificio del que forma parte la vivienda de su propiedad (...), y ello a pesar del recurso interpuesto por la Compañía oponiéndose a la construcción en los términos del proyecto de la mercantil, impugnando la licencia otorgada (...). Teniendo ese Ayuntamiento conocimiento de la interposición del recurso, no paralizó las obras y permitió que se continuase con la construcción del edificio, lo que motivó que una vez la Compañía hubiese obtenido sentencia firme (...) favorable a sus pretensiones se viese obligado a la demolición de la terraza de su vivienda con el consiguiente perjuicio para el compareciente, quien adquirió la vivienda precisamente por tener interés en vivienda con terraza”.

Entiende que los hechos anteriores determinan la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón y solicita una indemnización por importe de “36.987,50 euros” (en realidad, esta cantidad -que el propio reclamante reduce en sus escritos posteriores- sería el resultado de aplicar el valor estimado que señala a la superficie de la terraza de la vivienda contemplada en el informe técnico de valoraciones que adjunta, la cual no se corresponde con la que constituye el objeto de esta reclamación), “más IVA, y gastos de escrituración y registro”.

Finalmente, propone la práctica de prueba pericial “consistente en que por perito competente en la materia se emita informe sobre la depreciación de la vivienda como consecuencia de la desaparición de la terraza”.

2. Mediante escrito notificado al interesado el 22 de agosto de 2012, la Alcaldesa le advierte de la existencia de “ciertos defectos” en su solicitud, entre otros: Narración de los hechos, con indicación concreta y exacta del lugar y momento en el que se produjeron (...). Si solicita el recibimiento del proceso a prueba deberá (...) expresar en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que ha de versar (...), concretando los medios (...) de que pretenda valerse

(...). Incorporar todos los documentos que estime oportunos (...). Presunta relación de causalidad entre los hechos y el funcionamiento del servicio público (...). Escritura de propiedad de la vivienda (...). Fecha en la que se procedió a llevar a efecto la demolición de la terraza y documentación acreditativa de tal hecho (...). Acreditación de la valoración económica (...), así como los documentos acreditativos de dicha valoración (...) y de los gastos de escrituración y registro (...). En cuanto a la prueba pericial, debe ser presentada por el reclamante, a quien le corresponde la carga de acreditar dicha circunstancia". Seguidamente, se establece un plazo de 10 días "a fin de subsanar o mejorar la presente solicitud", con la advertencia de que "transcurrido el plazo concedido sin que se completen los datos señalados se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42" de la Ley 30/1992.

3. El día 3 de septiembre de 2012, el reclamante presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito en el que, tras afirmar que se ratifica íntegramente en su solicitud de indemnización, precisa que "los hechos, de los que tiene perfecto conocimiento y documentación esa entidad en el Servicio de Licencias y Disciplina, consisten concisamente en que el compareciente adquirió una vivienda (...) a la empresa (que cita) mediante escritura pública (...) por el precio de (...) 185.207,898 €, incluido el IVA./ Dicha vivienda tenía otorgado el uso y disfrute exclusivo de la terraza sita en todo su lateral izquierdo (...), que ocupa una superficie construida aproximada de 22,25 m²".

Refiere que "por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 1 de Gijón, confirmada por la de la apelación" del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, "se condenó a ese Ayuntamiento anulando sus resoluciones para la construcción del citado edificio y exigiéndole que procediera a adoptar las medidas de restauración de la legalidad urbanística./ En definitiva, y tal como consta en el correspondiente Servicio (...), hubo de demolerse o derribarse una parte del edificio, precisamente sobre la que se sustentaba, junto con otra, la terraza de uso exclusivo del compareciente".

En prueba de tales hechos, adjunta a su escrito otros “de ese Ayuntamiento y de la Comunidad de Propietarios del edificio relativos a la meritada ejecución de sentencia, así como que en junio/2011 se informaba a los copropietarios de la adjudicación de la obra de derribo. La fecha exacta del derribo ha de constar en los archivos de ese Ayuntamiento (Servicio de Licencias y Disciplina o Urbanismo)”.

Respecto a los daños, afirma que “al margen de los evidentes, que no precisan mayor explicación, se señala que esta vivienda ya partió de un precio de 6.000,00 € superior a las viviendas del mismo edificio sin uso exclusivo de terraza (lo que supuso un mayor precio total de 6.420,00 €, incluido el IVA)”, y aclara que “se encuentra arrendada (...) (se acompaña contrato de arrendamiento)” y que su “renta inicial era de 500,00 €/mes, pero a partir de la desaparición de la terraza hubo de rebajarse a la suma de 425,00 € mes (se acompañan justificantes del ingreso de la renta anteriores y posteriores a la demolición)”.

Considera que “la presunta relación de causalidad entre estos hechos y los daños que se reclaman son evidentes: por haberse dictado una resolución nula por ese Ayuntamiento hubieron de realizarse unas obras para restaurar la legalidad urbanística infringida en dicha resolución de las que se derivan los daños causados y por los que se interesa la indemnización, sin que exista ningún otro hecho, imputable a otro tercero o al propio solicitante, que modifique o altere el nacimiento del daño así generado”.

Manifiesta que aporta una copia del informe técnico de valoraciones” relativo a “la otra vivienda del mismo inmueble que ha sufrido la pérdida de la terraza (ambos pisos lindaban con la terraza sita sobre el local que se derribó y cada uno de ellos tenía el uso y disfrute de parte de ella)”. Según indica, el informe concluye que “el valor de la terraza que inicialmente formaba parte inseparable de la vivienda es de 36.987,50 €, cantidad esta que deberá incrementarse con el IVA vigente, añadiendo el importe de todos los gastos de escrituración y registro necesarios para reflejar la situación que en realidad tiene actualmente la vivienda, distinta de la que tenía cuando fue adquirida por su propietario”. Precisa que se presenta dicho informe “por ser relativo a una

situación idéntica en ambos casos y fundar la petición y el quantum indemnizatorio, con lo que se evita la producción de nuevos gastos al solicitante"; si bien propone, "si por esa entidad se considerase preciso", la práctica de una prueba pericial sobre "los diferentes elementos que componen" su vivienda que "podrá ser realizada por técnicos públicos" o "por uno particular".

Adjunta, entre otros, una copia de los siguientes documentos: a) Escritura de compraventa de la vivienda a la que se refiere la reclamación, otorgada el 29 de noviembre de 2007, en la que se señala que corresponde a la vivienda "el uso y disfrute exclusivo de la terraza situada en todo su lateral izquierdo (...), que ocupa una superficie construida aproximada de 22,25 metros cuadrados". b) Contrato de arrendamiento de la vivienda, suscrito por el reclamante y un arrendatario el día 1 de agosto de 2010. c) Cuatro justificantes bancarios de transferencia al arrendador de la renta de la vivienda, de fechas 3 de mayo y 3 de junio de 2011 -ambos por importe de 500 euros- y de 5 de julio y 6 de diciembre de 2011 -por importe de 425 euros cada uno-. d) Informe técnico de valoraciones referido a la otra vivienda del mismo inmueble también privada del disfrute de la terraza en ejecución de sentencia. En él se reseña que, según la escritura de compraventa, esta terraza tiene una "superficie construida aproximada de 27,50 metros cuadrados" cuyo valor -calculado según "sondeos y muestreos de transacciones realizadas en la zona"- se estima en 36.987,50 €, a razón de 1.345 €/m².

4. El día 11 de enero de 2013, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón solicita al Servicio de Disciplina Urbanística un "informe detallado y pormenorizado de la reclamación presentada".

5. Mediante escrito de 18 de enero de 2013, la Jefa del Servicio de Licencias y Disciplina informa que la reclamación presentada por el interesado "se encuentra directamente relacionada con la (...) presentada por (la empresa promotora)", facilitando los datos relativos a dicho expediente. En

consecuencia, “me remito a los distintos informes que la que suscribe emitió al respecto”.

6. Con fecha 22 de enero de 2013, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales reitera la petición de informe al Servicio de Licencias y Disciplina Urbanística, instando, entre otra documentación, una “copia diligenciada y compulsada de la demolición y fecha exacta del derribo”.

El mismo día requiere al solicitante para que aporte los siguientes documentos: a) “Valoración económica” de la indemnización solicitada, “así como los documentos acreditativos de dicha valoración económica y de los gastos de escrituración y registro”. b) “Inscripción registral de la escritura por usted aportada de la vivienda”. c) “Escritura de división horizontal del edificio e inscripción registral de la misma”. d) “Valoración individualizada para el piso”. e) “Prueba pericial por usted solicitada el día 03-09-2012 relativa a la valoración de la vivienda”.

7. El día 23 de enero de 2013, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales solicita al Jefe de la Asesoría Jurídica municipal una copia diligenciada y compulsada de las resoluciones judiciales relativas al asunto examinado, a lo que se da cumplimiento mediante oficio de 30 de enero de 2013.

8. Con fecha 7 de febrero de 2013, el interesado presenta en el registro municipal un escrito en el que “modifica el quantum indemnizatorio interesado en la solicitud inicial, fijándose en la suma de 34.002,52 €”, resultado de añadir a la valoración de la terraza demolida -“32.918,88 €, incluido el IVA”, según informe pericial-, 1.080 € correspondientes a la factura acreditativa del coste de la prueba pericial, que también adjunta, y 3,64 € en concepto de “minuta-factura abonada al Registrador de la Propiedad” por la emisión de las notas simples referidas a “la vivienda en cuestión y a la declaración de obra nueva”. A este escrito acompaña el informe pericial en el que funda su petición, las notas

simples registrales mencionadas y las facturas abonadas al Registro de la Propiedad y al perito autor del informe.

9. El día 14 de febrero de 2013, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales reitera la petición de informe al Servicio de Licencias y Disciplina Urbanística y solicita al Servicio Técnico de Urbanismo que informe sobre si “cuando se adquiere una vivienda en la que se tiene el uso y disfrute de la terraza, pero no la propiedad, supone la desaparición de la terraza la depreciación de la vivienda, y en concreto (...) en 34.002,52 €”, como señala el reclamante. Dichos informes se instan, nuevamente, con fechas 14 de marzo y 4 y 15 de abril de 2013.

10. Mediante oficio de 8 de abril de 2013, la Alcaldesa requiere al interesado para que aporte la “escritura de división horizontal del edificio”.

11. El día 23 de abril de 2013, el reclamante presenta en el Registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito al que adjunta una copia simple de la escritura de división horizontal del edificio, junto con una copia de la factura abonada en la Notaría, por importe de 19,28 €, para la obtención de la citada escritura, cuyo abono interesa “formando parte de la reclamación patrimonial”.

12. Con fecha 3 de mayo de 2013, el Jefe del Servicio Técnico de Urbanismo informa que “ni en la descripción del proyecto que figura en la Memoria, ni en los cuadros de asignación de elementos (espacios y superficies del edificio correspondientes a las viviendas proyectadas), ni en los planos, figura ninguna adscripción de terrazas a las viviendas A y B de la planta 1.^a (...). La terraza no se dibuja como tal, sino como una cubierta plana./ No obstante, en un plano de la planta primera se aprecia que en cada una de las viviendas con frente a dicho espacio, la A y la B, se prevé una ‘puerta de acceso a terraza’ dispuesta en sendos dormitorios./ Al no figurar en ningún sitio del documento la consideración de dicho espacio como una terraza privativa, al ser esto legalmente inviable, pues generaría luces y vistas al predio colindante sin que

se hubiese constituido la preceptiva servidumbre, debe entenderse que dichas puertas solo tenían como objetivo el poder acceder a dicho espacio para (...) acometer las labores de limpieza y mantenimiento”.

13. El día 28 de mayo de 2013, la Jefa del Servicio de Licencias y Disciplina informa que “la Administración se ha visto obligada a demoler la terraza como solución a la situación generada como consecuencia de la sentencia recaída en el procedimiento judicial interpuesto por la Compañía En el procedimiento de ejecución de sentencia, en el que la Compañía solicitaba la demolición del mismo, se optó por esta solución que el Juez consideró daba cumplimiento a la sentencia y autos recaídos en el procedimiento judicial./ La licencia fue concedida en base al proyecto de construcción presentado por la entidad mercantil”. Afirma que la documentación solicitada “ya ha sido remitida al Servicio de Reclamaciones Patrimoniales para resolver la reclamación patrimonial presentada por (la empresa promotora)” y que “la fecha del derribo a efectos de este Ayuntamiento es la del certificado (de) fin de obra que consta en el expediente”.

14. Mediante diligencia de 29 de mayo de 2013 se incorpora a las actuaciones una copia del expediente al que se refiere el Servicio de Licencias y Disciplina Urbanística, sin que conste en el mismo el certificado de fin de obra al que alude la Jefa del referido Servicio en su informe de 28 de mayo de 2013.

15. Admitida la prueba documental propuesta por el reclamante mediante Resolución de 12 de junio de 2013, el día 17 del mismo mes se le comunica la apertura del trámite de audiencia. El 25 de junio de 2013 comparece este en las dependencias administrativas para examinar el expediente, sin que conste que haya presentado alegaciones.

16. Con fecha 5 de agosto de 2013, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que, a la vista de la escritura de compraventa aportada por el

reclamante, "cuando se produjo la compra" este "conocía la existencia de un procedimiento judicial que tenía por objeto la anulación de la licencia de obra concedida", y, puesto que "era concedor de la carga y (...) de la anotación preventiva y de la posible sentencia (...), la posible petición de indemnización si a ello hubiera lugar debería ejercitarla no contra la Administración sino contra la vendedora (...), que es quien debe responder de la perturbación o privación de la cosa vendida. Por lo tanto carece de legitimación pasiva esta entidad local".

Entiende que la reclamación resulta extemporánea, pues "se presenta el 1 de agosto de 2012, y (...) consta que (...) tenía conocimiento de los hechos que dan lugar a la petición en el año 2010, puesto que, según el propio informe pericial aportado por el reclamante, el 17 de mayo de 2010 la comunidad de propietarios por unanimidad acuerda autorizar la realización de las obras (...), teniendo conocimiento de la necesidad de ejecutar las obras de demolición de parte de la terraza". Añade que "si no tuviéramos en cuenta la fecha de la referida reunión de comunidad y tuviéramos en cuenta, por ser más beneficiosa para el reclamante, la de fecha de 8 de junio de 2011, en la que el Administrador comunica al propietario que el Tribunal ha dado la razón al Ayuntamiento y considera a bien eliminar las dos terrazas existentes en el edificio y la parte del local comercial sobre la que se asientan las mismas y que se procederá al derribo en los próximos días, igualmente la petición realizada el 1 de agosto de 2012 es extemporánea y en consecuencia procede la desestimación".

Significa que "el promotor ha vendido al comprador y adquiere una serie de obligaciones por un precio determinado y con una anotación preventiva registral, por lo tanto la posible depreciación del valor de la vivienda debe ser solicitada al promotor y no al Ayuntamiento, que no ha intervenido en (la) relación contractual". Señala que "la intervención de un tercero promotor de las viviendas (...) interfiere de forma decisiva rompiendo el nexo causal, por lo que procede igualmente la desestimación de la petición".

Indica que "el reclamante no es propietario de la terraza, puesto que se trata de un elemento común sobre el que tiene el uso y disfrute, y así consta en la escritura de propiedad presentada. La Ley de Propiedad Horizontal establece

y define lo que son los elementos comunes, entre los que se encuentran las terrazas, y pertenecen a la Comunidad de Propietarios, con sus derechos y obligaciones./ Por lo anterior, estamos ante un espacio que, además de no ser de propiedad de los reclamantes, no computaría a efectos de edificabilidad, razón por la cual no puede ser valorado de igual forma que un espacio que sí lleve aparejada dicha edificabilidad (...). La cubierta del local comercial era un elemento común -del inmueble- sobre el que los reclamantes tenían un mero derecho de uso y disfrute. Como elemento común no es susceptible de ser enajenada separadamente (...), por lo que la valoración efectuada, que parte del presunto valor unitario de venta de la terraza, carece de fundamento (...). De este modo, resulta inadmisibles pretender ser indemnizado por la pérdida de un elemento que nunca llegó a ser adquirido. Por lo anterior, procede la inadmisión, al no ser titulares de un derecho que pueda ser indemnizable”.

Por último, afirma que el importe de la indemnización “es manifiestamente improcedente, teniendo en cuenta que el reclamante señala que su piso se incrementó en 6.000 € más que los demás (...), curiosamente pide (...) una cuantía casi seis veces superior. Además se refiere a gastos notariales, y en ningún caso el propietario ha tenido que llevar a cabo ninguna escritura de modificación de la superficie de la vivienda, que en ningún caso se ha visto alterada, puesto que, como se ha señalado, no era propietario de la terraza; la única modificación escritural se produjo en la declaración de obra nueva por parte de la comunidad de propietarios, pero en ningún caso por parte del propietario”.

17. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de agosto de 2013, registrado de entrada el día 8 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

Mediante escrito de 30 de septiembre de 2013 el Presidente del Consejo Consultivo solicita la remisión de antecedentes para mejor proveer,

concretamente de una copia del certificado de fin de obra al que se refiere el informe de la Jefa del Servicio de Licencias y Disciplina de 28 de mayo de 2013, al objeto de determinar la fecha de demolición de la terraza.

El día 11 de noviembre de 2013, se recibe en el registro de este órgano una copia del certificado solicitado en el que consta que las obras han sido terminadas "con fecha 20 de septiembre de 2011".

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Gijón está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación. A propósito de esta cuestión, y puesto que la Administración consultante niega su legitimación en el presente procedimiento, hemos de señalar que el Tribunal Supremo viene apreciando la legitimación pasiva de la Administración urbanística en casos

similares al que ahora analizamos (por todas, Sentencias de 1 y de 6 de junio de 2011 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-).

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 30 de julio de 2012, habiendo tenido lugar la producción del hecho dañoso por el que se reclama -esto es, la demolición de la terraza- el día 20 de septiembre de 2011, según consta en el certificado de fin de obra aportado por la Administración municipal, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas consiste en que, habiendo asumido la instrucción del mismo el Servicio de Reclamaciones Patrimoniales, se suscriben por otros órganos diversas actuaciones que, como ya hemos señalado en dictámenes anteriores, deberían haberse resuelto por el propio servicio instructor. La segunda se produce porque no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del

procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Igualmente, constatamos una aparente confusión entre los trámites de subsanación y de mejora de la solicitud que da inicio al procedimiento, y por ende de las consecuencias de la falta de atención de los requerimientos en ambos casos. El artículo 71 de la LRJPAC, tras establecer que si la solicitud de iniciación de un procedimiento no reúne los requisitos legalmente exigibles deberá requerirse al interesado para que proceda a su subsanación -con advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición-, recoge en el apartado 3 que el órgano competente podrá recabar la modificación o mejora “voluntarias” de los términos de la solicitud, trámite al que no cabe anudar una decisión declarando el desistimiento de quien no proceda a la indicada mejora y el consecuente archivo de actuaciones. Cuando la solicitud de inicio no reúna los requisitos legales para su tramitación cabrá apreciar el desistimiento de quien no subsane la deficiencia en el plazo otorgado al efecto con la oportuna advertencia, pero cuando reúna los requisitos que permiten su tramitación y un pronunciamiento sobre el fondo deberá practicarse la instrucción del procedimiento y proceder a dicho pronunciamiento o decisión final, sin perjuicio de que esta deba ser desestimatoria de la solicitud si adolece de defectos u omisiones y no ha sido voluntariamente mejorada.

Finalmente, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los

casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad

patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En el procedimiento que analizamos, el reclamante solicita una indemnización por los daños sufridos a causa de la demolición de la terraza de su vivienda que imputa al anormal funcionamiento del Ayuntamiento de Gijón.

En su reclamación inicial el solicitante identifica los daños indemnizables de forma un tanto confusa. Al hacer referencia a “la demolición de la terraza de su vivienda con el consiguiente perjuicio para el compareciente, quien adquirió la vivienda precisamente por tener interés en vivienda con terraza”, parece aludir al mero daño de privación del disfrute del espacio desaparecido con la demolición, aunque al proponer la prueba apunta a un daño distinto, la depreciación del inmueble que se derivaría de tal pérdida de uso. En el escrito de subsanación de defectos -presentado dentro del plazo de un año desde la producción del daño- se mencionan asimismo otros perjuicios, tales como la pérdida patrimonial derivada del abono al promotor de 6.000 € en concepto de mayor precio de la vivienda por disponer del uso exclusivo de la terraza, o el menoscabo de ingresos sufrido a partir de la demolición de aquel elemento común por la consecuente rebaja de las rentas generadas por el inmueble, que tiene alquilado. Pese a la multiplicidad de perjuicios aducidos, la cuantía indemnizatoria solicitada comprende exclusivamente el valor de depreciación del piso por causa de la pérdida de la terraza.

La eliminación del uso y disfrute de la terraza acaecido como consecuencia de la anulación de la licencia otorgada en su día por el Ayuntamiento constituye para el interesado un perjuicio cierto y evaluable económicamente, y en ese sentido puede entenderse que se ha producido una depreciación o disminución del valor del inmueble que ha de quedar referido al

precio en su día estipulado por las partes -comprador y vendedor- por el uso de la terraza, y que, según indica el reclamante, fue evaluado en 6.000 €; sobreprecio abonado al vendedor por el uso de la terraza aneja a la vivienda. Ningún otro perjuicio o daño podría ser reclamado, ya que cualquier otra supuesta pérdida de valor, amén de no probada, nos situaría ante un perjuicio que carece de efectividad, dado que es de acaecimiento meramente hipotético o futuro. Al respecto, hemos de recordar, como reiteradamente venimos manifestando, que el requisito de la realidad del daño determina el fracaso de las pretensiones indemnizatorias sustentadas en meras especulaciones o simples expectativas, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos, y que, como excepción, únicamente podrán ser indemnizados los daños de futuro acaecimiento cuando los mismos sean, como viene señalando reiteradamente el Tribunal Supremo, “de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas” (por todas, Sentencia de 2 de enero de 1990 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª-).

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no implica por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer al perjudicado el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, debe analizarse si los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento de un servicio público.

En el escrito de reclamación, la responsabilidad que el interesado impetra la atribuye a la Administración local exclusivamente a título de inactividad, al afirmar que, “teniendo ese Ayuntamiento conocimiento de la interposición del recurso, no paralizó las obras y permitió que se continuase con la construcción del edificio, lo que motivó que una vez la Compañía hubiese obtenido

sentencia firme (...) favorable a sus pretensiones se viese obligado a la demolición de la terraza”.

Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes (Núm. 187/2011, de 26 de mayo, y 116/2013, de 13 de junio, entre otros), tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran de modo unánime que el fundamento de la responsabilidad de las Administraciones por el funcionamiento de los servicios públicos establecido en el artículo 106.2 de la Constitución ha de ser entendido en sentido amplio, como cualquier actuación administrativa cuyo control se somete a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que el concepto de actividad no debe ser considerado en su literalidad, toda vez que la Administración puede responder tanto por acción como por omisión. Ahora bien, en este último caso la responsabilidad patrimonial solo surge si se acredita que la Administración tenía el deber jurídico de actuar y que tal deber ha sido incumplido dando lugar a una situación de anormalidad en el funcionamiento del servicio administrativo.

En este sentido, el Tribunal Supremo viene señalando de forma reiterada (por todas, Sentencia de 10 de noviembre de 2009 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-) que “la relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquella (...). En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración solo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho

comportamiento omisivo de la Administración. Y ese dato que permite hacer la imputación objetiva solo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar”.

En el caso concreto que analizamos es evidente que de haber suspendido la Administración los efectos de la licencia que luego sería anulada en vía jurisdiccional su titular no habría terminado la obra, por lo que el reclamante no habría adquirido la vivienda y los perjuicios cuya indemnización solicita no se habrían producido. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia citada, lo relevante es si interpuesto recurso frente a aquella licencia el Ayuntamiento de Gijón venía obligado a suspender sus efectos.

Al respecto, el artículo 242.1 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante TROTU), aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, establece que “El órgano municipal competente dispondrá la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y consiguiente paralización inmediata de las obras y usos iniciados a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave o muy grave, y dará traslado de la misma al órgano jurisdiccional competente, a los efectos previstos en el artículo 127 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Si bien los términos imperativos en que está redactado el precepto (“dispondrá la suspensión”) evidencian que no estamos en presencia de una potestad discrecional, no es menos cierto que la suspensión de los efectos de una licencia únicamente podrá acordarse si se constata que su contenido constituye “manifiestamente” -esto es, de modo notorio, indiscutible, patente, sin necesidad de consumir esfuerzos interpretativos- una infracción urbanística grave o muy grave. Puesto que -en el diseño legal- la medida cautelar de suspensión no constituye un automatismo ligado a la formulación de un recurso por parte de un tercero, la apreciación, justificación y motivación de que el contenido de la licencia integra, en su caso, una infracción urbanística manifiesta y grave corresponde a la Administración municipal que la ha

concedido, que será también la que, una vez constatado el vicio, deba impugnarla en vía contencioso-administrativa.

Los condicionamientos que impone el artículo 242.1 del TROTU impiden alcanzar la conclusión de que la Administración tenga la obligación de suspender cautelarmente los efectos de una licencia con motivo de su impugnación por un tercero, incluso aunque el recurso se fundamente en la existencia de una infracción urbanística grave o muy grave, lo que viene a excluir que la falta de adopción de aquella medida cautelar pueda constituir el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como pretende el reclamante.

Esta circunstancia sería de por sí suficiente para desestimar la reclamación presentada. Sin embargo, en el escrito que el reclamante aporta en el trámite de subsanación de defectos de la solicitud, el día 3 de septiembre de 2012, añade que “la presunta relación de causalidad entre estos hechos y los daños que se reclaman son evidentes: por haberse dictado una resolución nula por ese Ayuntamiento hubieron de realizarse unas obras para restaurar la legalidad urbanística infringida en dicha resolución de las que se derivan los daños causados y por los que se interesa la indemnización, sin que exista ningún otro hecho, imputable a otro tercero o al propio solicitante, que modifique o altere el nacimiento del daño así generado”.

A propósito de la responsabilidad por la anulación de licencias ilegales, el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que se encuentra incluido en el título IV, dedicado a la “Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial”, establece, en su apartado d), entre otras causas que dan “lugar en todo caso a derecho de indemnización” la de “anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente”, precisando, a continuación, que en “ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”.

En el asunto que analizamos la Administración no aduce que la causa de la anulación de la licencia pueda atribuirse a una conducta dolosa, culposa o

gravemente negligente de la empresa promotora que en su día la solicitó - quien, como se refleja en el expediente, presentó también una reclamación de responsabilidad patrimonial sobre la que no se ha solicitado la preceptiva consulta a este órgano consultivo y cuyos términos desconocemos-, ni esgrime, por lo que ahora nos interesa, que la conducta del reclamante en el procedimiento sometido ahora a nuestra consideración merezca aquella calificación determinante de la exoneración de responsabilidad administrativa. No obstante, la Administración sí pone de manifiesto que el interesado "era conocedor de la carga y (...) de la anotación preventiva y de la posible sentencia".

En efecto, el perjudicado pudo conocer con anterioridad a la adquisición del inmueble su condición litigiosa -que era de dominio público, al contar con anotación preventiva en el Registro de la Propiedad- y evitar, de haberse conducido con la diligencia debida, la materialización del daño finalmente sufrido. Asimismo, si se examina la escritura pública de compraventa otorgada el día 29 de noviembre de 2007 se observa que en ella se hace la advertencia de que en el Registro de la Propiedad consta la siguiente carga: "anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ayuntamiento de Gijón por la concesión de licencia de obras del edificio en construcción de la finca de este número, a favor de la Compañía, en mérito de autos de procedimiento ordinario (...) seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número uno de Gijón".

La asunción del riesgo de adquisición de un bien litigioso, bien de manera consciente o como consecuencia de una conducta gravemente negligente, al no haberse ocupado de ponderar las posibles consecuencias de la estimación del recurso que se estaba sustanciando en vía contencioso-administrativa, es de tal trascendencia que viene a romper el nexo causal entre la concesión por parte del Ayuntamiento de la licencia ilegal y el daño sufrido por el perjudicado, que, en tanto libremente asumido por él, debe correr de su cuenta, sin perjuicio de las acciones que le corresponda ejercitar, en su caso, frente al vendedor.

Además, atendida la naturaleza del daño efectivamente sufrido, la reclamación ejercitada directamente frente a la Administración y no frente al promotor, que es quien se ha lucrado con la cuantía supuestamente recibida en concepto de un mayor coste de la vivienda por el hecho de disponer de terraza, originaría, de prosperar, un enriquecimiento injusto del vendedor que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, lo que ha de conducir a idéntica conclusión desestimatoria.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.