

Expediente Núm. 60/2017
Dictamen Núm. 128/2017

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 4 de mayo de 2017, 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 9 de febrero de 2017 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Aller formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la anulación de una licencia de obras.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 14 de marzo de 2013, el administrador de la mercantil promotora de una edificación presenta en el registro del Ayuntamiento de Aller una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la anulación parcial de la licencia de obras para la construcción del edificio.

Expone que, tras los informes técnicos favorables al proyecto inicial y al modificado, por Resolución de la Alcaldía de 30 de agosto de 2010 se concedió a la mercantil licencia de obras, con “los condicionantes allí expresados”, para la construcción de un inmueble de cinco viviendas más planta baja en Moreda de Aller. Formulada “denuncia” por la comunidad de propietarios vecina, el 21 de marzo de 2011 “se ordenó, con carácter cautelar, la suspensión de los efectos de la licencia” y, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de mayo de 2011, se abrió expediente de lesividad, que terminó por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 2 de octubre de 2012, declarada firme, y en cuya virtud se dicta la Resolución de la Alcaldía de 28 de febrero de 2013 por la que, “en su ejecución, se requiere a la mercantil (...) para que (...) proceda a la demolición de las obras realizadas en la planta ático”.

Reseña que la obra “se ejecutó observando rigurosamente el proyecto autorizado”, y reclama los gastos y perjuicios derivados del derribo y reconstrucción, de la contratación del nuevo proyecto y dirección técnica, de los impuestos y tasas girados, de la temporal “imposibilidad de uso del ático (...), llegando a resolverse el contrato previamente formalizado para su venta”, y de los “costes derivados de la inversión económica inmovilizada”.

Refiere que “no es posible en este momento determinar el *quantum* indemnizatorio”, si bien “se deja ya anunciado (...) la presentación de un dictamen de valoración y cuantificación económica de los perjuicios causados”.

2. A continuación se incorporan a las actuaciones los expedientes urbanísticos relativos a la edificación, que incluyen, entre otra, la siguiente documentación:

a) Del expediente de licencia: el proyecto que acompaña a la solicitud de licencia para edificio de cinco plantas sobre rasante más una planta de “ático/bajo cubierta”, en el que figura un presupuesto de ejecución material de 268.205,00 € para todo el edificio, una superficie del solar de 88,90 metros cuadrados, una superficie de la vivienda de planta ático de 54,80 útiles, un “vuelo de 0,90 m a ambas fachadas” y una “longitud máxima de vuelo” del

“50% de la fachada”; los planos, en los que la planta bajo cubierta presenta un vuelo (tanto en la fachada principal como en la posterior) que se encuentra retranqueado respecto a colindantes, salvo en el extremo que después sería objeto de denuncia; el informe favorable de la Oficina Técnica Municipal en el que se reseña que “se deberá dar cuenta a la OTM en fase de replanteo y encofrado de la planta bajo cubierta-ático, comprobación de la altura en murete perimetral inferior a 0,50 m”; la licencia concedida (con esa misma indicación); el primer modificado del proyecto (abril 2010), que se limita a trasladar a la fachada posterior de la planta ático (antes con el vuelo retranqueado en relación a colindantes) una estructura similar -introduciendo una terraza con vuelo y sin retranqueo a colindante- que la propuesta para la fachada principal (sin que el presupuesto de ejecución se altere, la superficie de la vivienda del ático queda en 53 metros cuadrados); el informe del Arquitecto Técnico municipal (librado el 19 de agosto de 2010), favorable al modificado del bajo cubierta por cuanto “guarda la misma constitución (...) que el proyectado en su fachada principal” (se reitera la indicación de dar cuenta “en fase de replanteo y encofrado” de la planta ático), y la Resolución de la Alcaldía de 30 de agosto de 2010 por la que se concede la licencia (con la misma cautela).

b) De las actuaciones subsiguientes a la denuncia: el escrito de denuncia formulado por la comunidad de vecinos colindante, registrado de entrada el 26 de enero de 2011, en el que se afirma que “se está construyendo un edificio adosado al nuestro” y en la normativa aplicable se señala que “todos los cuerpos volados se separarán también al menos 0,60 m de los linderos, medianerías y edificaciones colindantes”, lo que se incumple en la planta ático en su fachada principal y también en la posterior, y que respecto a las terrazas la norma indica que “su vuelo, si existe, será inferior a 0,60 m”, lo que igualmente se incumple, a la luz de las fotografías que se aportan, solicitándose inspección urbanística. En las instantáneas se observa el edificio en fase de forjado o estructura, con los muros exteriores en bruto en las últimas plantas (en la primera y la segunda aún falta el cierre), apreciándose que el elemento que perturba al denunciante perjudicado es el murete que se levanta sobre la

cornisa sin retranqueo alguno (el cierre de la terraza del ático), en cuanto ahoga sus vistas laterales al espacio abierto. Obra, a continuación, el informe del Arquitecto Técnico, fechado el 31 de enero de 2011, en el que se constata que la terraza del bajo cubierta no cumple con el retiro de 0,60 m a colindantes, "según se puede apreciar en las fotografías adjuntas del expediente y según las propias realizadas (...) en visita de comprobación en fase de hormigonado de la misma planta donde se (...) había apercibido a los promotores de dicha irregularidad. Durante dicha visita se habían propuesto varias maneras de concordar la ejecución realizada con la normativa vigente, que si bien era conforme con el proyecto presentado no se puede decir que se ajustara al (Plan General de Ordenación Urbana) (...). No se ha realizado de manera correcta, ya que el vuelo proyectado de 0,90 m máximo según el Plan (en la actualidad se ha realizado de 1,00 m), contando que además se había cometido un error manifiesto a la concesión de la licencia, dado que se había autorizado un ático que en plano cumple con el retiro de 2,50 metros, pero que debían ser contados desde línea de fachada y no desde vuelo, como se acotaba", lo que ha llevado, "intencionadamente o no, a un aumento de la edificabilidad no permitido", contrariando lo dispuesto en el artículo 2.60 del Plan General de Ordenación Urbana. Afirma que "el retranqueo lateral de apertura de huecos debería ser aquel que no permitiera vistas en perpendicular, cosa que con la actual ejecución no se cumple, dando vistas sobre la propiedad colindante y no respetando la separación". Concluye proponiendo que sean notificados "dichos errores a la propiedad, por escrito, dado que (...) su existencia se posee desde el momento de visita en obra", debiendo presentarse un "proyecto ajustado a (la) normativa con modificación de planta bajo cubierta", puntualizando que "para ello se debería modificar la fachada de planta bajo cubierta en pared de ático en una distancia mayor a los 2,50 m de línea de fachada, con la anulación del vuelo, ya sea de un modo u otro (sin uso posible, a modo de antepecho en cubierta u otra solución estética ajustada al Plan)./ Se proponen dichas modificaciones al obtener de esta manera mayor aprovechamiento que el permitido, eso se puede comprobar en la modificación

presentada de abril de 2010, un mes después de entregado el proyecto de ejecución, donde se cambiaba de bajo cubierta a ático en la fachada trasera”. Consta la notificación a la aquí reclamante, el 16 de febrero de 2011, del oficio en el que se reproduce el informe del Arquitecto Técnico, concediéndosele un plazo para alegaciones. La mercantil presenta entonces, el 24 de febrero de 2011, un escrito en el que afirma que “no existe aumento en el vuelo realizado, ya que es de 0,90”, si bien en la planta ático “se realiza una cornisa de 10 cm como protección de la fachada y remate (...). Respecto al retiro del ático, es práctica habitual, y se puede ver en las obras ejecutadas desde la vigencia del (Plan General de Ordenación Urbana) de Aller, que cuando existen vuelos se toma dicha línea de vuelo para medir el retiro de 2,50 m que fija el art. 2.60 (...). En cuanto a la separación de 0,60 m de los laterales en los vuelos, estos no se tienen en cuenta en los casos de los aleros y áticos (...), tal como se puede observar en las diferentes obras ejecutadas (...). La modificación realizada en marzo de 2010 (...), donde se pasa de bajo cubierta a ático en la parte posterior, no se realiza para obtener mayor aprovechamiento, ya que (...) pierde 1,80 m² útiles (...). Todos los elementos citados (...) figuran en el proyecto (...). Referente al retranqueo lateral de apertura de huecos, se encuentra aún sin ejecutar, las obras están en ejecución (...). En la visita realizada por el técnico municipal (...) no apreció ninguna observación (...), la visita se realizó a mediados de octubre de 2010 y la observación se hace el 31 de enero de 2011”. Con fecha 1 de marzo de 2011, el Arquitecto Técnico municipal informa sobre las alegaciones recibidas, indicando que “la práctica habitual no tiene por qué ser lo correcto”, que “la forma diseñada constituye (...) terraza habitable (...) que sí debería guardar los retiros (...), no como en el caso de un alero (...), que no lleva aparejado uso”. Señala que en la “visita de inspección que se realizó en fase de forjado, suelo planta bajo cubierta, no se aprecia el retiro (...), y se dio aviso para que concretara el vuelo y retiro de ático, dando por bueno ese hormigonado. Instando al promotor a dar varias soluciones para la fase siguiente de estructura”. El día 21 de marzo de 2011 emite un informe complementario el Arquitecto Técnico municipal en el que

pone de relieve que lo construido se ajustaba a la licencia, si bien “en visita de comprobación a la obra se le requiere modificación de lo proyectado, dado que se detecta el error del retranqueo del ático con la línea de fachada (...); dicha visita se realiza según fotografías (el) día 18 de octubre de 2010”, de modo que “se da aviso a la promotora y dirección de obra en fase de hormigonado planta cubierta”, y “la promotora después de varios avisos rechaza la ejecución de cualquier modificación, ya que (...) dejaría de ganar el metro de vivienda por línea de terraza por ambas fachadas”. Se acompañan fotografías de la obra tomadas el 18 de octubre de 2010.

c) De las actuaciones dirigidas a la restauración de la legalidad alterada: dictamen de la Comisión de Urbanismo, de 22 de marzo de 2011, por la que se ordena la suspensión de los efectos de la licencia y la incoación de expediente de lesividad. Obra a continuación el escrito presentado por el colindante perjudicado, el 14 de abril de 2011, en el que se indica que, “intentando llegar a un acuerdo respecto a la posible ilegalidad de la licencia concedida (...) para dar una alternativa antes de iniciar la vía judicial, se propone como tal la (...) que se adjunta, a efectos de que a la mayor brevedad posible se adopte una decisión al respecto”. Se observa en las fotografías que se acompañan que la propuesta consiste sustancialmente en prescindir de la terraza en la fachada principal, manteniendo el resto de lo proyectado. Figura el traslado de dicho escrito a la parte denunciada (el 20 de abril de 2011) y el escrito de esta, de 15 de abril de 2011, en el que se expresa que “ha surgido un conflicto centrado en el acabado de la terraza-cubierta del edificio (...), y en particular con la interpretación de la norma urbanística que prevé la separación de la fachada lateral de los cuerpos volados, que esta parte interpreta, como se hizo al conceder la licencia (...), no es de aplicación en la zona de cubierta o alero”, manifestando que “aceptaría -supeditado, por supuesto, a la definitiva resolución del problema- ceder los derechos que la licencia le concede y ha ejecutado mediante la inutilización por medio de un elemento fijo constructivo (como puede ser una jardinera) de un volumen de un ancho de 60 cm y un fondo de 90, y un alto correspondiente a la altura del peto de la terraza”. Se

aportan “planos y representaciones infográficas del resultado final propuesto” en los que se advierte que se limitan a introducir una jardinera en la esquina controvertida. Con fecha 28 de abril de 2011, el Arquitecto Técnico municipal informa desfavorablemente la propuesta, pues “no se ajusta a las indicaciones sobre el cómputo e interpretación del (Plan General de Ordenación Urbana), que en su art. 2.60.4 (...) expone que ‘los áticos se retranquearán un mínimo de 2,50 m respecto a la fachada’ (...). Actualmente se encuentra a una distancia de 1,90 metros” y “se sigue conservando” el vuelo “como terraza, consiguiendo de este modo mayor aprovechamiento”. En las fotografías que se adjuntan se observa el peto de la terraza en el mismo estado en que se hallaba en las instantáneas que se acompañaban a la denuncia, y que en la fachada posterior la edificación se encuentra menos avanzada, sin murete perimetral sobre la planta bajo cubierta. Con idéntica fecha, el Arquitecto Técnico municipal “informa favorablemente en parte” la propuesta del denunciante perjudicado, por cuanto se “modifica el vuelo utilizado como terraza (...) pasando a ser zona de tejado en alero”, si bien “no modifica el aprovechamiento en la edificabilidad generado, no ajustándose al art. 2.60 del (Plan General de Ordenación Urbana), de la cual el colindante no se encuentra perjudicado”, pero “se debería modificar (...) para retrasarse a los 2,50 m”. Figura a continuación el escrito de la promotora, rubricado el 27 de abril de 2011, en el que se opone a la propuesta formulada por el colindante perjudicado en cuanto “pretende el total retranqueo del frente de la terraza, lo cual no tiene amparo legal alguno (...), siendo pues un acto arbitrario y de mala fe”. El Técnico de Secretaría se ratifica en su informe anterior. La Comisión Informativa de Urbanismo dictamina, el 3 de mayo de 2011, la suspensión de la licencia y la incoación de expediente de lesividad por la doble carencia de retranqueo del ático constitutiva de infracción urbanística grave, y la Junta de Gobierno Local acuerda, en sesión de 5 de mayo de 2011, la apertura de dicho expediente y la paralización cautelar “de las obras que se están ejecutando (...) en la planta ático”, lo que se notifica a la promotora al día siguiente. Esta presenta un escrito de alegaciones en el que insiste en la legalidad de lo

proyectado y subraya que es “la única edificación del Concejo de Aller a la que el técnico le aplica esta particular interpretación de las normas del (Plan General de Ordenación Urbana)”. Consta una solicitud de nulidad de la licencia, rubricada por persona que aparenta actuar en nombre de la comunidad de vecinos denunciante y fechada el 10 de mayo de 2011, ante la falta de adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística. Seguidamente figura un informe del Servicio de Inspección sobre el estado de la planta ático, de 16 de mayo de 2011, que revela que la obra se encuentra “terminada”, con su terraza tanto en la parte posterior como en la fachada principal, y “a primera vista faltan por instalar los suelos de parquet, la portería, la pintura de paredes y techos y los radiadores”, acompañándose un reportaje fotográfico. El Pleno del Ayuntamiento de Aller acuerda, en sesión de 20 de mayo de 2011, a propuesta de la Alcaldía y previos informes técnico y jurídico, declarar la lesividad de la licencia otorgada, interponer recurso contencioso-administrativo y desechar la nulidad radical invocada. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de mayo de 2011, previo informe técnico en el que se constatan dilaciones en la visita de inspección por manifestar la promotora que tiene que “contar con el visto bueno de sus abogados”, se desestima la solicitud de licencia de primera ocupación por “distribución de viviendas distinta a la licencia concedida” y se procede a “la incoación de expediente sancionador”. Ventilado el juicio sobre la suspensión de efectos de la licencia, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 14 de julio de 2011 confirma la decisión administrativa, en cuanto que la construcción realizada en el ático, “aun siendo conforme a la licencia, constituye manifiestamente una infracción grave al vulnerar lo dispuesto en los arts. 2.38.3 y 2.60.4 del (Plan General de Ordenación Urbana) de Aller”. Se subraya “lo claro y manifiesto del incumplimiento” por el ático del retranqueo a colindantes, “anulando la (...) licencia de obras en el solo extremo referido a la planta ático, por constituir su concesión una infracción urbanística grave”. El informe del Servicio de Inspección municipal de 14 de octubre de 2011 constata que “no se ha cumplido la orden de paralización (...), observándose que se han

realizado obras como la colocación de una barandilla en el antepecho de la zona de la terraza”, acompañándose fotografías. La comunidad de vecinos colindante denuncia, el 17 de octubre de 2011, que “han proseguido los trabajos en el mencionado piso (desde el exterior se pueden apreciar acristalamientos y vallados)”, solicitando visita de inspección. El Arquitecto Técnico municipal informa, con fecha 8 de noviembre de 2011, que “las obras continúan realizándose, obras que son apreciables desde el exterior”, y la Alcaldía ordena la inmediata paralización, que se comunica al afectado el 9 de noviembre de 2011, procediéndose al precintado del ático al día siguiente en presencia de la promotora, la cual manifiesta que la obra está “finalizada desde hace muchos meses” y solicita, el 30 de noviembre de 2011, que se le autorice la entrada “para llevar a cabo el mantenimiento de (...) las instalaciones comunes, cuyo acceso necesariamente se ha de llevar a cabo por medio de la vivienda”. Con fecha 18 de noviembre de 2011, el Arquitecto Técnico municipal libra un informe sobre las obras acometidas tras la paralización “de una manera malintencionada, puesto que (...) pueden suponer un coste adicional”, relatando los elementos (caldera, cristalería, carpintería interior y exterior, solados, pavimentos y parquet) que se han añadido, adjuntando un reportaje fotográfico. Obra en las actuaciones la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 2 de octubre de 2012, estimatoria de la acción de lesividad, en la que se señala, en cuanto a los precedentes traídos a juicio, que “no cabe invocar el principio de igualdad en el ámbito de la ilegalidad”, ni queda “acreditado que los (otros) edificios se construyeran estando vigente el (Plan General de Ordenación Urbana) que se aplica al de autos”. Asimismo, la sentencia razona que la constructora ha invocado el previo proceso de suspensión administrativa de efectos de la licencia para alegar “que en dicho procedimiento del artículo 127 de la LJCA se realiza un control de la suspensión y no de la anulación de la licencia. Pero no podemos pasar por alto el contenido de la citada sentencia, que es claro tanto en su fundamentación jurídica como en el fallo, en cuanto anula la licencia de obras de la planta ático (...). Si alguna de las partes entendía que ello excedía

del objeto del procedimiento debió de plantear dicha cuestión en el citado procedimiento (...) e interponer los correspondientes recursos, pero dado que el fallo de la sentencia es claro, anulando la licencia en cuanto a la planta ático, y que es firme, no cabe sino partir de lo declarado en la misma”, y reitera que “dicha cuestión (el desajuste a los dos preceptos en los que se fundamenta la declaración de lesividad) ya ha sido resuelta en la citada sentencia firme -siendo en dicho procedimiento las partes las mismas y en la misma posición procesal que lo son en el presente-. Sentencia que anula la licencia en el solo extremo referido a la planta ático por incumplir lo establecido en el (Plan General de Ordenación Urbana) de Aller, artículos 2.38.3 y 2.60.4. Por lo que no cabe sino atenerse al contenido de dicha sentencia, en la que se resuelve la cuestión aquí planteada y es firme y definitiva, al haberse aquietado las partes al contenido de la misma”, apreciándose ahora que no existen otros incumplimientos, pues, conforme a lo concluido por el “perito judicial”, los incumplimientos “se centran en la planta de ático ganando con ello mayor aprovechamiento: casetón a línea de vuelo y no de fachada como exige el (Plan General de Ordenación Urbana) (ganando 1 metro) y el retranqueo del ático que no se lleva a línea de fachada”. Por la mercantil se solicita que se complemente la sentencia haciendo expresa referencia en el fallo a que la anulación de la licencia se produce “por cuanto incumple con lo dispuesto en los artículos 2.38.3 y 2.60.4 del (Plan General de Ordenación Urbana) del Concejo de Aller”; pretensión que es desestimada mediante Auto de 16 de noviembre de 2012 en cuanto que “no cabe apreciar omisión de pronunciamiento alguno”. La mercantil es requerida por la Alcaldía mediante Resolución de 28 de febrero de 2013, notificada el día 11 del mes siguiente, en “cumplimiento del fallo de la Sentencia de (...) 2 de octubre de 2012” y “considerando que, de conformidad con el artículo 242.4 del (...) Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, una vez firme la declaración de nulidad o la anulación de la licencia la Administración acordará la demolición de las obras realizadas a su amparo”, para que proceda a la demolición de las construcciones “que no se

ajustan a los artículos 2.38.3 y 2.60.4 del vigente Plan General” y que presente el proyecto de ajuste del ático al vigente planeamiento. El 6 de marzo de 2013 se presenta el proyecto (cuyo presupuesto de ejecución material asciende a 40.390,00 €) que contempla el derribo parcial y “en la parte delantera (...) retrasar el cierre de la cocina manteniendo la cubierta de la misma y sustituir el peto por un alero en la zona de vuelo de la terraza./ En la parte posterior (...) el retranqueo del cierre del ático nos dejaría sin uso el dormitorio 2, por lo que se opta por ir a una solución de bajo cubierta, con el correspondiente cambio del forjado de cubierta, que pasa a ser inclinado”. La Oficina Técnica Municipal informa desfavorablemente el modificado por la necesidad de ajustar los aleros y redistribuir los espacios aprovechables, observándose que el recurso de ático aparece ahora solo en la fachada principal, para lo que el casetón “se ha retrasado una distancia de 2,5 m desde la línea de fachada. Este nuevo diseño deja la cubierta inicial quedando una especie de porche cubierto que tapa media terraza en la que se encuentra un pilar de sujeción de la cubierta originaria con pendiente a la calle (se evita con esto una gran obra de demolición y no generaría un aprovechamiento), mientras “para la fachada posterior se diseña un bajo cubierta anulando el ático proyectado, con lo que se vuelve al proyecto inicial de bajo cubierta” (en algunos planos sigue apareciendo el casetón). La Alcaldía resuelve, con fecha 14 de junio de 2013, desestimar la solicitud de licencia de obras para la legalización de la planta ático y requerir a la promotora para que aporte un proyecto que se ajuste a lo especificado. La mercantil, tras solicitar una ampliación del plazo, presenta un proyecto el día 23 de julio de 2013 en cuyos planos se aprecia que los casetones, en ambas fachadas (el de la principal cerrado con ventanas frontal y laterales), sobresalen a la par del tejado que se proyecta a ambos lados sobre el voladizo (antes terraza), el cual sobresale a su vez 0,80 m de la línea de fachada), que es informado favorablemente por la Oficina Técnica con fecha 31 del mismo mes. Previo informe jurídico, la Alcaldía autoriza las obras el día 27 de agosto de 2013, aprobando en la misma Resolución la liquidación de la tasa y del impuesto correspondiente. Se solicita licencia de primera ocupación el 12

de noviembre de 2013, a la que se acompaña el certificado final de obra rubricado el 24 de octubre de 2013 y fotografías (se aprecia que los casetones sobresalen respecto a la línea de fachada, que en la principal el aparente exceso no es de fábrica sino de carpintería metálica, habiéndose colocado ventanas "laterales", y conservando a un lado una terraza reducida, mientras que en la posterior se elimina la terraza arremetiéndose visiblemente su vuelo, si bien la cubierta descansa sobre un paramento vertical de altura similar al murete que antes servía de peto a la terraza). Previos informes favorables del Arquitecto Técnico municipal y del Técnico de Secretaría, la Junta de Gobierno Local concede la licencia de primera ocupación el 18 de diciembre de 2013, que se notifica a la promotora el 8 de enero de 2014.

3. Mediante oficio notificado a la interesada el 8 de abril de 2013, el Alcalde del Ayuntamiento de Aller le comunica la fecha de recepción de su reclamación, el plazo máximo para resolver el procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

4. Requerida la reclamante para que efectúe la "evaluación económica" del daño, con suspensión del plazo para resolver, presenta dos escritos (el segundo de ellos registrado el 6 de mayo de 2013) en los que reitera la imposibilidad de determinar el "monto total de gastos", puntualizando que "sigue sin darse respuesta expresa a nuestra petición de restauración de la legalidad ordenada por sentencia judicial, habiendo aportado el necesario proyecto técnico". Igualmente pone de manifiesto la improcedencia de la suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

5. Consta en las actuaciones el traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del Ayuntamiento y la contestación de esta, que rehúsa la misma por tratarse de un hecho excluido de la póliza.

6. Con fecha 18 de marzo de 2014, la perjudicada presenta un escrito, al que acompaña un informe de valoración de daños suscrito por un economista con fecha 9 de enero de 2014, en el que se cuantifica el perjuicio total en doscientos ochenta mil seiscientos veinticinco euros con sesenta y seis céntimos (280.625,66 €). En él se reseña que, “demolida y reconstruida la planta ático, se ha obtenido la licencia de primera ocupación en fecha 18 de diciembre de 2013”, precisando que “han transcurrido más de veintinueve meses desde que se suspendió la licencia urbanística cuando la obra estaba ejecutada en un 98% aproximadamente”, y que en ese periodo “la rentabilidad de la inversión inmovilizada ha sido cero”, poniendo de manifiesto que “una vez finalizada una promoción se emplean los recursos generados en otra” (según los datos que se exponen, entre 2009 y 2013 la mercantil vendió el 80 y el 60% de otras dos promociones, una de ellas en la misma localidad, por lo que se estima que la controvertida “estaría vendida en noviembre de 2011” de no mediar la paralización, y el beneficio hubiera permitido edificar y vender otra, calculándose el lucro cesante en 164.122,10 €). Por lo que se refiere al daño emergente, se incluyen en este concepto, entre otros, el coste de la obra demolida, los costes de la demolición, el coste de la reconstrucción, la licencia de obra para la restauración de la legalidad (3.502,06 €), los honorarios de arquitecto (7.356,80 €) y de aparejador (2.193,78 €) y la “indemnización rescisión contrato ático” por importe de 1.598,96 € que corresponden a los intereses, al tipo legal, de lo “adelantado por el comprador”. El concepto de “daños morales” por quebranto a la “imagen y reputación de la empresa” se estima en un 15% del perjuicio global, lo que arroja una cuantía de 35.671,90 €. Se adjuntan copias de un extracto contable de la mercantil en el que consta que durante el año 2013 el saldo no sufre variaciones, de la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio 2011, del contrato privado de compraventa (sobre plano) de la vivienda del ático, del documento por el que se resuelve ese contrato, de la escritura de cesión del solar en que radica el edificio a cambio de una opción de compra sobre el futuro local de su planta baja, de la Resolución de 18 de diciembre de 2013 por la que se concede

la licencia de primera ocupación, del presupuesto para la ejecución material de la modificación necesaria para ajustar el bajo cubierta, del traslado de la Resolución de la Alcaldía de 27 de agosto de 2013 por la que se concede licencia para la obra de ajuste, tras rechazarse un primer proyecto al efecto, fijándose el importe de la tasa (1.217,60 €) y del impuesto (2.284,46 €).

7. Obra en las actuaciones el informe pericial elaborado por un economista por encargo del Ayuntamiento en el que se valora el daño y se analiza el realizado a instancias de la reclamante. En él se razona que “para que pudiera darse lucro cesante debería de ser imposible la realización del beneficio”, y en este supuesto “se ha podido vender e inscribir en el Registro de la Propiedad la promoción (...) y no ha tenido pérdida de superficie a efectos comerciales, ya que las modificaciones (...) -según lo dispuesto en la sentencia anulatoria de la licencia- afectaban a un elemento común, que era la cubierta terraza del ático”, constando en “las notas simples y certificaciones registrales que se acompañan” que no existe prácticamente merma de superficie en la vivienda ático, pues “pasa de 53 m² útiles en contrato privado a 52,45 m² útiles en el Registro de la Propiedad”. Se insiste en que no hay facturas o justificantes de pago de los costes de demolición, reconstrucción u honorarios, y “en las fotografías que se anexan se aprecian pequeñas modificaciones en la terraza y el alero de la planta ático, y según se aprecia en los planos del proyecto esas modificaciones son mínimas”; amén de que desde marzo de 2011 “estaba advertida la promotora por el Ayuntamiento de Aller de la ilegalidad de lo ejecutado y, por tanto, el coste podía haber sido mínimo o incluso nulo”. Se observa que es suficiente “el informe municipal que se adjunta en anexo, de marzo de 2011, con sus fotografías, para ver que realmente a esa fecha la situación de la obra estaba en fase de estructura”, y que “la parte trasera (o posterior del ático del mismo edificio) ya constaba modificada en proyecto de marzo de 2010”. Se repara en que, a la vista del extracto contable aportado, el saldo “durante el ejercicio 2013 no sufre variaciones, por tanto no ha repercutido ningún coste por obras”, lo que concuerda con que no se haya aportado “ni una sola factura”

de los gastos de modificación. Respecto a los costes de reconstrucción reclamados, se pone de relieve que "son hasta tres veces superiores que en las partidas equivalentes de la obra ejecutada" y "no se reutiliza nada", resultando ascender a "más de 760,00 euros por metro cuadrado (...), equivalente al coste de rehacer toda la vivienda". En cuanto al local del bajo, "se encuentra ocupado y en uso, escriturado ya a nombre del optante", que es "uno de los socios" de la promotora reclamante. Sobre el pretendido daño moral, se reseña que "si se acredita algo es que la empresa pudo vender sus promociones a un ritmo bastante bueno teniendo en cuenta la coyuntura económica". Se acompañan, entre otros documentos, certificaciones del Registro de la Propiedad, fotografías del inmueble antes y después de la modificación del ático, información catastral, planos, copia del informe técnico municipal (fechado el 18 de noviembre de 2011) expresivo de que no se ha cumplido la orden de paralización de la obra y que se han realizado diversas instalaciones en el ático "durante el precinto".

8. Se incorporan al expediente los particulares del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial; proceso que termina por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 1 de abril de 2014 "por desistimiento del recurrente, sin imposición de las costas procesales". Consta, en el poder general para pleitos que se acompaña al escrito de interposición del recurso que el firmante de la reclamación que ahora se ventila es "administrador único" de la mercantil perjudicada.

Figuran en el expediente, a continuación, la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Aller, de 29 de abril de 2014, por la que se procede al archivo del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial a causa del referido desistimiento; el recurso de reposición interpuesto frente a la misma; el posterior recurso contencioso-administrativo presentado contra la decisión de archivo, y la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 18 de diciembre de 2015, confirmada en apelación por Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de abril de 2016, que ordena al Ayuntamiento continuar “la tramitación del expediente administrativo por no ser conforme a derecho el motivo en virtud del cual se acordó la terminación del procedimiento”, pues la parte actora solo desistió de una acción procesal, sin renunciar a su derecho.

Por Resolución de la Alcaldía de 15 de septiembre de 2016, se acuerda, en ejecución de sentencia, proseguir con la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Instada la ejecución forzosa de la sentencia, recae Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 2 de noviembre de 2016 por el que se ordena practicar las actuaciones pertinentes “en el improrrogable plazo de tres meses hasta recabar el dictamen preceptivo”.

9. Con fecha 24 de octubre de 2016, libra informe detallado el Técnico de Administración General de la Secretaría del Consistorio. En él propone solicitar un informe pericial “en el cual se valore si las obras que fueron ejecutadas al amparo del tercer modificado de la licencia inicial eran absolutamente necesarias para la adecuación de la planta ático”, y que “se aclare si era necesario levantar todo el tejado y si se produjeron modificaciones sustanciales, no necesarias”.

10. El día 30 de diciembre de 2016 presenta informe una Arquitecta, por encargo del Ayuntamiento. En él se indica que “la causa fundamental de la modificación de la obra es el incumplimiento del art. 2.60 del (Plan General de Ordenación Urbana) de Aller, que establece (...) que los áticos se retranquearán un mínimo de 2,5 metros respecto de las fachadas”, y “el proyecto presentado (...) calculaba el retranqueo desde el borde del voladizo”, resultando “necesario retranquear la fachada del ático aproximadamente un metro”, lo que se resuelve por la promotora “pasando la superficie correspondiente (2,5 m² aproximadamente) a ser terraza”, y “el voladizo que excedía de lo permitido se resuelve con una cubierta a un agua”. Se aprecia que “la solución dada en la

zona de la fachada principal es la que requiere menos trabajos”, si bien la que se propone para la fachada posterior, en la que se acude a “realización de una nueva cubierta desde el voladizo hasta el dormitorio”, tiene la virtualidad de “mantener” las “condiciones de habitabilidad como dormitorio” de la pieza afectada. Se observa que a la denuncia de los colindantes se acompaña un reportaje fotográfico y que la fecha de revelado de las fotografías es de 17 de enero de 2011, habiendo librado el técnico municipal un informe el 31 de enero de 2011 en el que se ponen de manifiesto las incidencias, deduciéndose que en ese momento “se ha finalizado la estructura, se están realizando los tabiques palomeros de la cubierta, se ha realizado el muro exterior con el colindante cuyo edificio tiene menor altura y los petos de la terraza./ No parece haberse realizado ningún trabajo de distribución interior ni de instalaciones”. Se detalla finalmente una valoración de daños “a fecha final de obra” (asciende a 17.615,19 €, al deducir las partidas que no guardan relación con la modificación necesaria y moderar el coste de la demolición de lo construido que de común representa “aproximadamente un 30% del coste de ejecución de la obra, mientras que en el proyecto presentado es del 140%); una valoración en atención al estado de cosas a fecha 15 de enero de 2011, “próxima a la visita del técnico municipal” (31 de enero), en la que se advierten las desviaciones del proyecto (que asciende a 2.426,88 € por la parte entonces construida que tiene que ser demolida, 1.390,67 € por los gastos de la demolición y 2.038,02 € por la nueva obra de cierre, sumando en total 5.855,87 €), y una valoración “a 24 de febrero de 2011, fecha en que la promotora contesta al escrito del Ayuntamiento, por lo que (...) es conocedora de la incidencia”, ascendiendo esta a 6.957,70 € por todos los conceptos. Se acompañan fotografías del estado de la obra a 15 de enero de 2011 (tomadas de la denuncia del colindante), en las que se aprecia que se ha levantado la estructura del edificio, con el cierre en ladrillo sin más añadido.

11. Con fecha 24 de enero de 2017 emite informe la Secretaria Municipal. En él se concluye que no ha lugar a indemnización, en cuanto que se aprecia “una

conducta dolosa grave imputable al contratista (...) que determina, condiciona y agrava los posibles daños”, pues el promotor de la obra y el arquitecto redactor del proyecto “debieron conocer” las normas del planeamiento que se vulneraban, y no se atendió después a las advertencias del Arquitecto municipal ni a la orden de suspensión de los trabajos. Se observa que “la documentación presentada para la obtención de la licencia obvia información que es relevante para poder detectar y apreciar la ilegalidad en la que incurren los planos presentados (...), que una vez detectada la misma y puesta en conocimiento del promotor este incumple de manera sistemática las órdenes de paralización, haciendo incluso necesario el precinto de las instalaciones por la Policía Local”. Se añade que, “subsidiariamente, para el caso en que se aprecie la existencia de nexo de causalidad”, la indemnización debería limitarse a los “daños efectivamente acreditados”, y, “ante la existencia de mala fe por parte del reclamante, tanto en la redacción del proyecto como en la ejecución de las obras, debe apreciarse la concurrencia de culpas en un porcentaje del 60%” por parte del promotor, proponiéndose una compensación de 2.488,48 €.

12. Evacuado el trámite de audiencia, la reclamante presenta el 3 de febrero de 2017 un escrito en el que, tras señalar los documentos a los que no ha tenido acceso, manifiesta que se ha incumplido la exigencia de facilitar “una relación de los documentos obrantes en el expediente a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes”, por lo que solicita que se le remita copia de todos ellos, con suspensión del plazo concedido para efectuar alegaciones.

El día 8 de febrero de 2017, la Secretaria Municipal extiende diligencia en la que se hace constar que comparece al efecto un representante de la interesada y se le hace entrega de diversa documentación obrante en el expediente.

Transcurrido el mencionado plazo sin que conste que se hayan presentado alegaciones, con fecha 9 de febrero de 2017, el Alcalde del

Ayuntamiento de Aller formula propuesta de resolución en la que asume el criterio y consideraciones del informe de la Secretaría.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de febrero de 2017, 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 Aller objeto del expediente ASJ/62/2013, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte electrónico.

El día 1 de marzo de 2017, se recibe en este órgano un escrito del Alcalde del Ayuntamiento de Aller al que se adjunta una copia de las alegaciones presentadas por la interesada el 13 de febrero de 2017. En ellas se señala que el denunciante es trabajador del Ayuntamiento, que “nunca hasta la orden de paralización del mes de mayo el Ayuntamiento comunicó formalmente tal decisión, ni el técnico lo había sugerido”, y que en juicio el técnico afirmó que “había dicho al encargado de la obra: ‘oye, seguir palante’, pero esto no está bien”. Sobre la última pericial de valoración, se vierten descalificaciones genéricas que descienden a “la constreñida capacitación profesional” de su autora.

Mediante oficio de 6 de marzo de 2017, el Presidente del Consejo Consultivo comunica a esa Alcaldía que al haberse presentado alegaciones por la reclamante debe emitirse una nueva propuesta de resolución en la que se proceda a su valoración, suspendiéndose el plazo para la emisión del correspondiente dictamen.

Con fecha 23 de marzo de 2017, el Alcalde del Ayuntamiento de Aller traslada a este órgano la nueva propuesta de resolución elaborada el día 22 de ese mismo mes. En ella se reitera en el contenido de la anterior, en cuanto que “nada nuevo se añade a los hechos y documentos incorporados (...) al expediente”.

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 Aller, 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de la interesada registrada en el Ayuntamiento de Aller con fecha 14 de marzo de 2013, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al afecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

El Ayuntamiento de Aller está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

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”. Sin embargo, el apartado 4 del mismo precepto señala que “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”.

En desarrollo de lo establecido en la LRJPAC, el artículo 4.2 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial dispone que “La anulación (...) por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme”. La jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:3332-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, que recoge la consideración efectuada en tal sentido por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 -ECLI:CE:ECHR:2000:0125JUD003836697, asunto *Miragall Escolano y otros contra España*-) identifica reiteradamente el

inicio del cómputo con la fecha de notificación de la sentencia y no con la del acto mismo; interpretación que viene manteniendo este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 230/2006 y 234/2006).

En definitiva, y conforme a lo expuesto, cuando los daños que se reclamen tengan su origen en la anulación judicial de un acto administrativo el cómputo del plazo de un año de prescripción ha de iniciarse desde la fecha de notificación de la sentencia firme que anule dicho acto.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 14 de marzo de 2013, habiendo recaído dos sentencias firmes que se pronuncian sobre la licencia: la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 14 de julio de 2011, en revisión judicial de la suspensión de efectos de la licencia, y la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 2 de octubre de 2012, sobre el recurso de lesividad.

La primera de ellas resuelve un procedimiento especial de los disciplinados en el artículo 127 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para los supuestos de suspensión administrativa previa de actos o acuerdos, al que expresamente se remite el artículo 242.1 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante TROTU), que establece, bajo la rúbrica "suspensión y revisión de licencias ilegales", 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". El mencionado artículo 127 de la ley procedimental señala, en su apartado 6, que tras los trámites que se ordenan "se dictará sentencia por la que se anule o confirme el acto o acuerdo objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en cuanto a la suspensión", y la

jurisprudencia ha venido a delimitar el ámbito de este proceso especial, que se constriñe, en la materia que nos afecta, a los supuestos de infracción urbanística grave y manifiesta, lo que obliga a la subsunción de la misma en el tipo y conduce, en su caso, a un pronunciamiento anulatorio de la licencia, de conformidad con el precepto señalado. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:3533-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, manifiesta que “esta Sala ha declarado repetidamente que si la infracción que determina la posibilidad de suspensión de los efectos de una licencia por el Alcalde ha de poder ser apreciada ‘manifiestamente’ (...) ello significa que ha de tratarse de una infracción patente, notoria o evidente, de manera que no exija su apreciación acudir a interpretaciones analógicas o a intrincados razonamientos jurídicos, y que baste al respecto el simple enfrentamiento del acuerdo por el que se haya otorgado la licencia con el texto literal de las normas incumplidas”, siendo preciso “que la licencia infrinja de manera diáfana y manifiesta la normativa urbanística”, pues si la infracción se presenta como “dudosa, opinable o discutible” la licencia “no merece esta última consideración ni permite acudir a su anulación al procedimiento excepcional previsto en el artículo 127 (...) por este motivo”. Por contra, de apreciarse infracción manifiesta el proceso termina con la anulación de la licencia y consecuente mantenimiento de la suspensión acordada.

En el supuesto planteado, los dos vicios que se imputan a la licencia constituyen infracción patente y grave “al vulnerar lo dispuesto en los arts. 2.38.3 y 2.60.4 del (Plan General de Ordenación Urbana) de Aller”, a tenor de la Sentencia de 14 de julio de 2011, por lo que este pronunciamiento se sustenta en “lo claro y manifiesto del incumplimiento” del retranqueo por el ático, “anulando la (...) licencia de obras en el solo extremo referido a la planta ático, por constituir su concesión una infracción urbanística grave”.

En la posterior Sentencia de 2 de octubre de 2012 se declara haber lugar a la lesividad por esos dos mismos vicios, desechando otros, y frente a la alegación de la promotora dirigida a reducir el pronunciamiento de 2011 al “control de la suspensión y no de la anulación de la licencia”, se razona que “no

podemos pasar por alto el contenido de la citada sentencia, que es claro tanto en su fundamentación jurídica como en el fallo, en cuanto anula la licencia de obras de la planta ático (...). Si alguna de las partes entendía que ello excedía del objeto del procedimiento debió de plantear dicha cuestión en el citado procedimiento (...) e interponer los correspondientes recursos, pero dado que el fallo de la sentencia es claro, anulando la licencia en cuanto a la planta ático, y que es firme no cabe sino partir de lo declarado en la misma”, y se reitera que “dicha cuestión (el desajuste a los dos preceptos en los que se fundamenta la declaración de lesividad) ya ha sido resuelta en la citada sentencia firme -siendo en dicho procedimiento las partes las mismas y en la misma posición procesal que lo son en el presente-. Sentencia que anula la licencia en el solo extremo referido a la planta ático por incumplir lo establecido en el (Plan General de Ordenación Urbana) de Aller, artículos 2.38.3 y 2.60.4. Por lo que no cabe sino atenerse al contenido de dicha sentencia, en la que se resuelve la cuestión aquí planteada y es firme y definitiva, al haberse aquietado las partes al contenido de la misma”.

La segunda sentencia resuelve aquí un procedimiento ordinario de lesividad al que expresamente se remite el artículo 242.3 del TROTU, que señala la obligatoriedad de la lesividad cuando la licencia constituya, manifiestamente, una infracción grave o muy grave, debiendo formularse recurso contencioso-administrativo. En dicho procedimiento ordinario, en el que el juzgador otorga fuerza vinculante a la declaración de anulabilidad decretada en el primer proceso, se plantean otras cuestiones de gran trascendencia respecto a los efectos dañosos: el Ayuntamiento plantea en su demanda la anulabilidad de toda la licencia, la denunciante de la infracción defiende la nulidad radical de la licencia en su integridad y la empresa promotora ahora reclamante alega infracción del principio de lesividad. Todas ellas fueron examinadas contradictoriamente en el procedimiento y desestimadas de forma razonada por el Juzgado, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo, tras lo cual, la restauración de la legalidad urbanística se hace, pacíficamente, en ejecución de la sentencia dictada en el proceso de lesividad,

entendiéndose que la anterior agotó su finalidad con el mantenimiento de la suspensión, y en estas circunstancias que la interesada aguarde para formular su reclamación de responsabilidad patrimonial a la resolución definitiva del proceso ordinario es un comportamiento razonable que todas las partes parecen compartir, al aceptar sin objeción la tramitación de un segundo proceso sobre la legalidad de la licencia, al aceptar y discutir cuestiones nuevas y al vincular el restablecimiento de la legalidad a su fallo.

Además, en este supuesto específico hemos de reparar en que también la Administración incurre en una conducta anómala o irregular, pues parece que efectivamente en casos anteriores no se había impuesto una recta o estricta interpretación de la norma -lo que explica que los primeros pronunciamientos del Arquitecto Técnico municipal minimicen las consecuencias de la infracción, de espaldas a la necesidad de retirar los casetones-, limitándose a deducir de la Sentencia de 2011 un segundo mandato de paralización de las obras, y solo en ejecución del fallo de 2 de octubre de 2012 se ordena la demolición de lo indebidamente construido como obligación subsiguiente a la anulación de la licencia. El Ayuntamiento viene así a trasladar a los afectados su propia consideración sobre el constreñido alcance del primer proceso judicial, y en estas condiciones no puede excluirse que los perjudicados se sirvan también del pronunciamiento de 2 de octubre de 2012 como *dies a quo* para el ejercicio de las acciones que les atañen. Expresado en otros términos, en tanto que la actuación del Consistorio que concedió indebidamente la licencia desconoce su efectiva anulación -por circunstancias objetivamente atendibles-, es legítimo que la perjudicada aguarde a que esas dudas se despejen, lo que tiene lugar a través de la Sentencia de 2012, por lo que debe entenderse que la acción resarcitoria se ejercita en plazo.

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 Responsabilidad Patrimonial.

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, se observan algunas irregularidades formales; entre ellas, una deficiente ordenación de las actuaciones, que se integran irregularmente en el expediente de licencia cuando la reclamación de responsabilidad patrimonial debe abrir un expediente autónomo, al que han de incorporarse los elementos que lo demanden.

Asimismo, 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la anulación parcial de la licencia de obras para la construcción de un edificio, y a resultas de la cual ha de recomponerse su planta ático, cuyas

dimensiones y aprovechamiento en el proyecto autorizado excedían de lo que el planeamiento permite.

En lo que atañe a la efectividad del daño, la reclamante no acredita ningún desembolso económico, pero de la anulación de la licencia se deriva un daño cierto -que se concreta, cuando menos, en los costes de la demolición de lo indebidamente autorizado y la necesaria reconstrucción de una parte de la cubierta del edificio-, por lo que, constando la elaboración de un proyecto y la ejecución de obras dirigidas al ajuste de lo edificado a lo resuelto en la sentencia anulatoria, estamos ante un daño efectivo, con independencia de su entidad y valoración económica.

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 a la perjudicada el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, debe analizarse si los perjuicios sufridos son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del servicio público y si son antijurídicos.

El nexo causal entre la ilegalidad de la licencia y el funcionamiento del servicio público no puede negarse. Al respecto, el artículo 604.8 del Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, al señalar que "En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado", viene a recoger un criterio jurisprudencial reiterado por el que se excluye la responsabilidad en este ámbito cuando en la concesión de la licencia media ocultación o mala fe por parte del peticionario o cuando es manifiesto que el favorecido por la autorización anulada debe conocer -conforme a un estándar de diligencia empresarial- la improcedencia del derecho que se allí se le otorga. En el supuesto analizado no puede imputarse a la promotora una ocultación en la concesión de la licencia, tal como sugiere la propuesta de resolución; máxime cuando aquella presenta un segundo proyecto -también informado favorablemente- que se constriñe a

proponer para la fachada posterior del edificio la misma solución controvertida y anulada: un aprovechamiento del vuelo sin retranqueo a colindantes y casetón con retiro computado desde el vuelo y no desde fachada. Por esta misma razón no puede tampoco sostenerse que la mercantil conozca o deba conocer la ilegalidad de la licencia en cuanto a esos extremos, pues, aunque resulte extraño que el retranqueo lateral de voladizos se exima para una de las plantas consistiendo su finalidad en impedir las "vistas en perpendicular" sobre el colindante, los dos elementos viciosos se someten puntualmente a la consideración de la Oficina Técnica -a través del aludido segundo proyecto- y el Ayuntamiento resuelve, previo informe pericial, que el ático propuesto -con su vuelo, casetones y distancias- se ajusta al planeamiento urbanístico, por lo que el operador obra en confianza, sin que de la interpretación errónea o desviada de la normativa se deduzca culpa o negligencia graves de la promotora, al igual que no se imputan al técnico municipal.

Ahora bien, no todos los daños dimanantes de la nulidad de la licencia son susceptibles de satisfacción por la vía de la responsabilidad patrimonial. Así, el demérito y la invocada pérdida de superficie en el ático -sin descender ahora a su realidad- no proceden de la anulación de la licencia, sino que derivan del planeamiento urbanístico, por lo que la reclamación por pérdida de metros y distinta configuración de la vivienda (que se articula aquí como reintegro de lo supuestamente abonado al comprador que desiste) no puede ser acogida, al basarse en una cabida y disposición que vulneraban la legalidad. Esta doctrina, que ha sido objeto de jurisprudencia constante (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:2644-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), y asumida también por este Consejo en el Dictamen Núm. 279/2014, impediría, aun en el caso de que su efectividad estuviera acreditada, el resarcimiento del daño irrogado a la empresa reclamante por el valor del aprovechamiento urbanístico que nunca adquirió válidamente. Como señala el Tribunal Supremo en la sentencia citada, si la Administración tuviese que pechar con daños de esta naturaleza se mantendría "la irregularidad que la anulación de la licencia trata de subsanar, plasmada en

la incorporación al patrimonio de la recurrente de la indemnización equivalente a un derecho inexistente". En suma, la promotora perjudicada está ahora obligada a soportar el daño derivado de la merma del aprovechamiento urbanístico autorizado para la planta ático; daño que no sería antijurídico ni indemnizable, en la medida en que no podía adquirirlo conforme al Plan ni, por tanto, lucrarse con él mediante la venta a terceros.

Deben igualmente excluirse, por su inconsistencia, otros daños que se alegan, como son los costes asociados a la necesidad de presentar un nuevo proyecto, los pretendidos daños morales o el invocado lucro cesante. Respecto a los primeros, no puede desconocerse que, de haber sido acertado *ab initio* el criterio del técnico municipal, con el consiguiente rechazo del proyecto original, hubiera sido necesaria la elaboración de otro a cargo de la promotora. En cuanto a los daños morales que se anudan al quebranto de la "reputación de la empresa", no se objetiva indicio alguno de tales perjuicios, documentándose en la primera pericial encargada por el Consistorio que "pudo vender sus promociones a un ritmo bastante bueno teniendo en cuenta la coyuntura económica", sin que quepa deducir lesión del "buen nombre" de la mercantil cuando el correctivo recae sobre el criterio interpretativo de los técnicos municipales; observándose además que la acusada sensibilidad de la reclamante en la apreciación de estos daños padece ante las descalificaciones que gratuitamente dirige a otros actores en el proceso (tales como su "constreñida capacitación profesional"). Por lo que se refiere al lucro cesante, no se aporta tampoco ningún elemento objetivo o deducido de hechos contrastados que sustente esta suerte de perjuicios, de apreciación restrictiva, según reiterada jurisprudencia, excluyéndose los meramente hipotéticos o "sueños de ganancia".

Descartados los anteriores resarcimientos, observamos, al enfrentarnos al resto de daños alegados, que la propuesta de resolución desestimatoria de toda compensación se funda, asumiendo el criterio de un anterior informe jurídico, en la "conducta dolosa grave imputable al contratista (...) que determina, condiciona y agrava los posibles daños", en cuanto que el promotor

de la obra y el arquitecto redactor del proyecto “debieron conocer” las normas del planeamiento que se vulneraban. Ciertamente, se aprecia a lo largo de lo actuado una conducta irregular en la reclamante, una contumacia dirigida a la obtención de un provecho -económico y edificatorio- desde el momento mismo en que queda de manifiesto el error cometido, pero -tal y como razonamos- no se objetiva esa “conducta dolosa” de la promotora al tiempo de la obtención de la licencia ni antes de la comunicación explícita de sus vicios, aunque con posterioridad opte abiertamente por consumir la edificación asumiendo el riesgo de su suerte. Podría sospecharse que la interesada y sus técnicos conocían *ab initio* -con anterioridad a la ejecución de la obra, no siendo su primera edificación en el entorno- que la composición autorizada para la planta ático, siendo provechosa, no se ajustaba a la literalidad del Plan General de Ordenación Urbana, aunque por inercia o tolerancia se admitiera por el Consistorio. Si así se constatare, habría de concluirse que en ese escenario de precariedad -imputable al Ayuntamiento, pero notoriamente frágil a la reacción de un particular lesionado- la promotora no puede pretender una compensación, en cuanto abusa de aquella irregular tolerancia al ejecutar una obra que, por su ubicación física, no solo habilita las proscritas “vistas en perpendicular” sino que, además, ciega las vistas abiertas de un colindante, que naturalmente reacciona, y persiste en el abuso -desencadenando el proceso que conduce a la anulación parcial de la licencia- cuando se resiste a remover el nimio elemento que el denunciante interesa (el peto que se levanta sobre una de las esquinas del vuelo del ático arruinando sus vistas). No obstante, amparada la construcción en la licencia municipal, nada permite sustentar con solidez que la promotora tuviera conocimiento de sus vicios con anterioridad a la advertencia del Arquitecto municipal en enero de 2011. Debe rechazarse, desde luego, la pretendida ignorancia de la actora “hasta la orden de paralización del mes de mayo”, pues consta la notificación, el 16 de febrero de 2011, del informe del Arquitecto Técnico de 31 de enero de 2011 en el que se constata que la construcción del bajo cubierta no cumple con la norma. En el mismo informe se advierte que el incumplimiento “se puede apreciar en las

fotografías (...) realizadas (...) en visita de comprobación en fase de hormigonado de la misma planta donde se le había apercibido a los promotores de dicha irregularidad”, y se concluye proponiendo que sean notificados “dichos errores a la propiedad, por escrito, dado que (...) su existencia se posee desde el momento de visita en obra”, debiendo presentarse un “proyecto ajustado a (la) normativa con modificación de la planta bajo cubierta”. A partir de esa advertencia la reclamante se embarca en la oposición a la visible nulidad de lo concedido y se aventura en la continuación de los trabajos, resultando que la sentencia anulatoria califica la infracción de “grave y manifiesta”, por lo que debe excluirse cualquier compensación por actuaciones posteriores al momento en que se le trasladan los “errores” de la licencia, pues desde entonces los daños ya no son imputables al Ayuntamiento. En consecuencia, han de deslindarse dos tiempos en el proceso edificatorio separados por ese tránsito entre la actuación dudosa y la dolosa de la promotora, sin que proceda confundir ambos, y acudir al mecanismo de la concurrencia de culpas, tal y como se propone en algún informe municipal, pues la idea de buena fe -presupuesto del resarcimiento que aquí se impetra- no tolera la gradación en la que se sustenta aquella concurrencia. Para el referido deslinde de tiempos debemos estar a lo manifestado por el Arquitecto municipal cuando informa que “había apercibido” a la promotora en su visita de inspección de enero de 2011, no ya por su condición de empleado público, sino porque sus afirmaciones se revelan coherentes con el hecho de la denuncia de la infracción que se registra el día 26 de enero de 2011, en contraste con la inconsistencia de lo sostenido por la interesada, que desafía un orden lógico de cosas, desoye una comunicación recibida y no encuentra aval en su propia conducta, en cuanto se obstina en consumir la edificación aun después de aquel informe de la Oficina Técnica, del acuerdo de suspensión de efectos de la licencia e incluso de la propia sentencia anulatoria.

Se impone así atender al estado de cosas en el mes de enero de 2011, cuando la planta ático se encuentra “en fase de hormigonado”, a tenor del informe del técnico municipal, o en fase de “estructura”, según la primera

pericial encargada por el Consistorio. Conforme se puntualiza en la posterior pericial incorporada a las actuaciones, a la denuncia de los colindantes se acompaña un reportaje fotográfico y la fecha de revelado de las fotografías es de 17 de enero de 2011, deduciéndose que en ese momento “se ha finalizado la estructura, se están realizando los tabiques palomeros de la cubierta, se ha realizado el muro exterior con el colindante cuyo edificio tiene menor altura y los petos de la terraza./ No parece haberse realizado ningún trabajo de distribución interior ni de instalaciones”. En suma, debemos partir de ese *status quo* en cuanto que no hay elemento alguno que lo contradiga.

Para la valoración del daño en relación a lo edificado en ese momento, hemos de reparar en que no se aporta factura o justificante alguno de los costes de demolición, reconstrucción u honorarios, resultando groseramente desproporcionado el cálculo efectuado por la reclamante, que excede del presupuesto de ejecución de todo el edificio. En la primera pericial encargada por el Consistorio se indica que “en las fotografías que se anexan se aprecian pequeñas modificaciones en la terraza y el alero de la planta ático, y según se aprecia en los planos del proyecto esas modificaciones son mínimas”, insistiéndose en que estando “advertida la promotora por el Ayuntamiento de Aller de la ilegalidad de lo ejecutado (...) el coste podía haber sido mínimo o incluso nulo”. En la segunda pericial aportada por el Ayuntamiento se concluye, a la vista del proyecto de modificación aprobado y de las fotografías que se acompañan a la denuncia del colindante, que el daño merece una valoración de 2.426,88 € por la parte entonces construida que tiene que ser demolida, 1.390,67 € por los gastos de la demolición y 2.038,02 € por la nueva obra de cierre, sumando en total 5.855,87 €. Frente a esa cuantificación razonada -y pormenorizada- se vierten solo descalificaciones genéricas, sin que se aporten elementos objetivos que la contradigan, por lo que se considera suficientemente motivada, sirviendo aquí de soporte al *quantum* indemnizatorio.

Cuantificada la lesión, no pueden ignorarse aquí las evidencias que se deducen del proyecto finalmente presentado por la interesada y de las

fotografías que revelan el estado actual del ático controvertido, que se acompañan a la solicitud de licencia de primera ocupación. Ciertamente, el Ayuntamiento, previos los preceptivos informes técnicos, autoriza el proyecto de modificación y aprecia el ajuste de lo construido al mismo al conceder aquella licencia de ocupación. Se resuelven así extremos ajenos a la ciencia de este Consejo, pero que no cabe asumir desde una posición acrítica, pues no puede el profano soslayar lo que solo el ciego no ve; los planos pudieran ser confusos, pero no se oculta en el proyecto presentado que los casetones, en ambas fachadas, sobresalen prácticamente a la par del tejado que ahora cubre el voladizo a cada lado del casetón, y si ese vuelo sobresale 0,80 m de la línea de fachada difícilmente los casetones se arremeten respecto a esa misma línea. En las señaladas instantáneas se observa que los casetones sobresalen respecto a la vertical de fachada, que en la principal el exceso visible no es de fábrica, sino de carpintería metálica, habiéndose colocado ventanas "laterales", mientras que en la posterior se elimina la terraza arremetiéndose parcialmente el vuelo, pero en ninguna se atisban los 2,50 metros de retiro exigidos por la norma. Además, en el curso de lo actuado queda de manifiesto la resistencia de la promotora al recto ajuste de estos elementos: en todos los planos o proyectos que sucesivamente se presentan se omite cualquier intervención sustancial sobre ellos; en el informe complementario que el Arquitecto municipal libra el 21 de marzo de 2011 se advierte que "rechaza la ejecución de cualquier modificación, ya que (...) dejaría de ganar el metro de vivienda por línea de terraza por ambas fachadas", y en la Sentencia de 2 de octubre de 2012 se recoge que, conforme a lo concluido por el "perito judicial", los incumplimientos comportan "mayor aprovechamiento: casetón a línea de vuelo y no de fachada como exige el (Plan General de Ordenación Urbana) (ganando 1 metro) y el retranqueo del ático que no se lleva a línea de fachada". Cabe así concluir que la reclamante ha obtenido una ventaja edificatoria en relación con lo estrictamente contemplado en la norma, y esa ventaja se ha incorporado a su patrimonio, pues ha obtenido licencia de obras (aunque el proyecto pudiera no ajustarse al planeamiento) y licencia de primera ocupación (a pesar de que

lo construido pudiera no ajustarse al proyecto); en estas condiciones, la eventual revisión de una u otra vendría a amparar el ejercicio de una acción resarcitoria, pues la promotora ostenta un título y no un precario fundado en la mera pasividad de otros actores, y por ese mismo motivo la ventaja obtenida debe ahora ponderarse mediante el mecanismo de la *compensatio lucri cum damno*. No siendo objeto de este procedimiento revisar la aplicación del principio de proporcionalidad en esta suerte de relaciones, ha de valorarse aquí el novedoso aprovechamiento incorporado al patrimonio de la interesada, pues, en su caso, la remoción del título que ampara lo sobreedificado permitiría reclamar el valor del derecho que ahora se compensa, pero no pueden convivir de espaldas en este momento aquella ganancia y el resarcimiento económico del daño sin incurrir en duplicidad indemnizatoria. Respecto a su cuantificación, se advierte que la composición actual de la planta ático representa una ventaja -cuantitativa y cualitativa- por la que la promotora posterga o sacrifica otros intereses, pues ya en la primera solución que propone, presentada el 15 de abril de 2011, renuncia a la utilidad del otro elemento infractor mientras conserve la integridad de los casetones, no repara después en gastos para sucesivos planos o proyectos, dilata con el mismo fin los tiempos cuya premura ahora denuncia (desistiendo incluso de la acción procesal frente a la desestimación presunta de su reclamación, turnada al Juzgado que había dictado la sentencia anulatoria faltando el retiro de 2,50 metros a fachada) y centra, en suma, sus empeños en la obtención de la ventaja que finalmente adquiere. La entidad de ese aprovechamiento es de compleja cuantificación, pero se revela superior a los otros intereses que la promotora parece dispuesta a sacrificar y que los informes incorporados por el Consistorio al expediente califican de "mínimas" modificaciones y valoran en 5.855,87 €, por lo que no ha lugar a un resarcimiento adicional al ya obtenido *in natura*.

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. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,