

Dictamen Núm. 26/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 18 de febrero de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 7 de enero de 2021 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Peñamellera Baja formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución subsidiaria de obras de restauración de la legalidad urbanística en una cabaña ganadera.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de agosto de 2020, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Peñamellera Baja una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la ejecución subsidiaria de obras de restitución de la legalidad urbanística, que consistieron en la demolición de lo ilegalmente edificado sobre la base de una primigenia cabaña ganadera y la

posterior reconstrucción de esta, ajustada a la naturaleza y usos permitidos en el correspondiente suelo.

Expone que realizadas "obras de demolición (...)" en la cabaña sita en la parcela 419 de polígono 8 del Plano Oficial de Concentración Parcelaria de la Zona Bores-Robriguero en el expediente de disciplina urbanística, y supuestamente finalizadas las mismas, se ha observado que se han causado diversos daños en la edificación e incumplimientos del proyecto durante su ejecución que deben ser reparados (...). Estas obras corresponden a la ejecución subsidiaria de las previstas y definidas en el proyecto redactado por la Arquitecta Municipal y aprobado por la Junta de Gobierno Local de 26-12-2019, con un importe de 13.966,72 €./ Se desconoce si tales obras han finalizado completa y oficialmente, pues no se ha trasladado al compareciente el correspondiente certificado final de obra o documento similar de la Dirección Técnica que acredite su efectiva y correcta conclusión, si bien el abandono definitivo de las obras por el personal que las ejecutó hace suponer que así se ha considerado también por este Ayuntamiento, razón por la que se ha procedido a su revisión" por parte de un arquitecto, "quien ha constatado la presencia de una serie de defectos e incumplimientos que exigen su reparación y correcta ejecución conforme a lo proyectado, daños y perjuicios que son los reclamados en este escrito".

Refiere que "personado en la obra (el) referido arquitecto, en primer lugar llama la atención del profesional que no se haya trasladado al compareciente ni el acta de recepción, ni la certificación de las obras realizadas, o cuanto menos la factura de las mismas, ni por supuesto el preceptivo certificado final de la obra acreditativo de que las mismas se corresponden con lo proyectado y han sido correctamente ejecutadas, documentos esenciales que el Ayuntamiento debe haber recibido e incorporado al expediente con el consiguiente traslado al compareciente, pues el hecho de que tales obras se hayan ejecutado subsidiariamente no exime de la aportación de tales documentos y traslado de los mismos a su beneficiario, el compareciente".

Indica que "los defectos concretos que ha identificado" el arquitecto personado en la obra "son los que se reseñan en el informe emitido por este y que se adjunta a este escrito; concretamente, "no se ha construido la milana prevista en la fachada Sur, descrita al punto 9 de la memoria descriptiva y en el plano 11 del proyecto básico y de ejecución, y con un coste adjudicado de 975,00 euros (...). No se han retirado los escombros de la obra, tal como estaba previsto y adjudicado en el punto 4 de la memoria constructiva y con un coste de 1.085 euros (...). La cubierta está mal ejecutada y no cumple lo proyectado (...). La mampostería está mal ejecutada pues (...) lo previsto en el apartado del proyecto, Definición constructiva de los sistemas de albañilería, es que (...) se reconstruirá el muro con mampostería de piedra caliza similar a la existente en el resto de fachadas, colocada con poca junta y aparejos tradicionales (...). Las obras carecen de terminados interiores pues, si se exigía que su terminación se correspondiese con la que tenía la casa y se valoró en 658 euros, lo que reflejan las fotos exige insistir en que no parece un problema de simple impericia, sino que parece reflejar más un ánimo de perjudicar y causar daño al compareciente (...). Ausencia de documentación esencial pues, como ya se ha adelantado, no se conoce la existencia del certificado final de obra, ni del acta de recepción definitiva, ni de la certificación final. Igualmente se desconoce si ha habido un Libro de Órdenes o Acta de obra que le sustituya, ni tampoco del Plan de Seguridad y Salud con su Libro de Incidencias, todo lo que, de confirmarse su ausencia, hace suponer que esta obra se ha realizado sin intervención de la obligada Dirección Técnica que supervise la obra, la total y correcta ejecución de lo proyectado (...). Honorarios e (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) improcedentes, si a esto se añade que los honorarios del Arquitecto Municipal se han fijado en el 42,96 % del PEM, ya nos encontramos ante un simple abuso y encima se ha cobrado por (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) el 10,37 % sobre el PEM (...). En suma, los daños y perjuicios causados ascienden a 9.271 euros, así como el reintegro de los 666,76 euros cobrados indebidamente por (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras), más los 3.677,35 euros para la

devolución del exceso de honorarios por el proyecto (calculados como procedentes al 5 %)".

Advierte que "los daños causados son consecuencia directa de esta ejecución subsidiaria en el patrimonio del compareciente, y que deben ser resarcidos por su causante, el Ayuntamiento de Peñamellera Baja, quien al desistir de su obligación de supervisar la correcta ejecución de las obras conforme a las determinaciones del proyecto que él mismo aprobó obliga al reintegro del importe de las obras mal o no ejecutadas, lo que se reclama conforme al importe previsto para cada una de ellas en tal proyecto, deducidos los materiales aprovechables, más los importes de honorarios e (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) incorrectamente calculados en exceso".

Señala que "la relación de causalidad entre los daños y la actividad municipal es manifiesta, pues ella es quien ha aprobado el proyecto, por tanto la definición de las obras y la forma de ejecutarse, y también ha adjudicado la obra a quien ha causado el daño, lo que tampoco la exime de su responsabilidad, tal como la Ley 40/2015 lo ha venido a refrendar con una norma legal expresa, el artículo 35, relativo a la Responsabilidad de Derecho Privado, al disponer que "Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad" (...). Y por último, la antijuridicidad del daño padecido también resulta manifiesta, pues el compareciente no tiene obligación alguna de soportar unas obras mal ejecutadas, tal como lo demuestra que no hayan respetado las instrucciones del proyecto, de modo que el compareciente sí puede y debe exigir su correcto cumplimiento, como en este caso, mediante el resarcimiento de los daños que ha de padecer para la correcta ejecución de lo proyectado./ A estos daños habría que añadir los que se pudieran acarrear por

el hecho de que finalmente no se otorgase el certificado final de obra, de modo que el expediente de disciplina urbanística terminase sin su culminación, haciendo inútil el resultado final de restitución de la legalidad urbanística, llevando el expediente a la restitución del inmueble al estado anterior a estas obras para iniciar de nuevo los expedientes correspondientes”.

Solicita que la cuantía indemnizatoria ascienda a la suma de 9.271 €, más el reintegro de los 666,76 € satisfechos por el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, y 3.677,35 € para devolución del exceso de honorarios por el proyecto, ascendiendo la cantidad total reclamada a trece mil seiscientos quince euros con once céntimos (13.615,11 €). Subsidiariamente, y para el caso de que las obras realizadas careciesen de certificado final de obra, insta a que la cantidad a satisfacer en concepto de indemnización se eleve a trece mil novecientos sesenta y seis euros con setenta y dos céntimos (13.966,72 €).

2. El día 23 de septiembre de 2020, emite un informe la Arquitecta Municipal en el que señala que “la intervención en el inmueble, que se trata de una cabaña ganadera, se ha desarrollado correctamente, tal como consta en el certificado final de obra (...) y en el acta de recepción de las mismas, y ambos documentos, junto con la factura y el proyecto, se remitieron al reclamante con fecha 24 de junio de 2020, cuando presenta recurso de reposición contra la liquidación definitiva del derribo (...), aunque ahora manifiesta (...) que lo desconoce”.

Indica que “en el escrito presentado no se acredita ningún perjuicio ni ningún daño puesto que solo se dice que están mal ejecutados, y lo cierto es que con la actuación municipal, primero redactando el proyecto de legalización y luego ejecutando el derribo de lo ilegalmente construido, lo único (que) se ha conseguido es ordenar el inmueble pasando a ser una obra legal al eliminar la ilegalidad de la misma y, por lo tanto, produciendo una revalorización efectiva del inmueble”.

Sostiene que “los cambios en el proyecto, o el decir que las obras están mal ejecutadas, no supone daño alguno puesto que no se acredita en ningún momento ni que esté mal, ni la efectividad de los daños. Solo se presenta un informe de un técnico que establece que las obras no se hicieron exactamente como señala el proyecto, pero (...) esos cambios no suponen daño alguno al no presentarse documentación (facturas que justifiquen el daño), e identificar los precios que establece el proyecto de demolición como la evaluación de un daño no constituye justificación alguna”.

Respecto a los cambios en el proyecto, expone que “han sido consecuencia de la pasividad del reclamante infractor puesto que sus incumplimientos y falta de colaboración, tanto en la redacción del proyecto como en la ejecución del mismo incumpliendo la orden de derribo, impidió conocer el estado completo del edificio ilegal en su interior, y estas razones son las que en ejecución de la obra obligaron a adoptar algunos cambios no contemplados en el proyecto (...); así, la cubierta hubo que replantearla en la obra para reutilizar los pontones y vigas existentes cuando se descubrió la existencia de tabiques y baño en el interior con los cuales no se contaba por tratarse de una cabaña ganadera, debiendo incluir la demolición de los mismos, o la decisión de no abrir el hueco de la milana de la fachada Sur para que no quedara abierto, puesto que no se contemplaba su cierre en el proyecto, y no dejar la intemperie el inmueble, que no tienen incidencia alguna en el objetivo del proyecto, que es la legalización de la cabaña y su ajuste a las normas, que se culminó efectivamente”.

Concluye que “la ejecución del proyecto es correcta, los cambios mínimos realizados sobre el proyecto han sido consecuencia de la actitud del infractor, que han impedido conocer el interior del inmueble ilegal y de sus incumplimientos y ha habido que adoptar decisiones en el momento de la ejecución. Por supuesto, dichos cambios no han causado ningún daño al inmueble, y de hecho no se acredita ningún daño; se describe el precio de las unidades de obra establecidas en el proyecto, pero eso no es un daño, y con la actuación se ajusta la edificación a lo establecido en las normas urbanísticas, y

repito que con las obras lo que se ha logrado es hacer legal unas obras que eran ilegales, revalorizando el inmueble”.

3. Con fecha 20 de octubre de 2020 se incorpora al expediente un informe de la Secretaria-Interventora municipal. En él pone de manifiesto que “este Ayuntamiento ha iniciado, hace 11 años, un expediente (...) para restablecimiento de la legalidad urbanística infringida” por el ahora reclamante por “la realización de obras sin licencia, consistentes en demolición total de cuadra en Bores y construcción de una edificación de nueva planta destinada a vivienda en la parcela 419 del polígono 8, suelo no urbanizable de interés agroganadero, con uso vividero que no es permitido en este tipo de suelo según el art. 10.6 de las Normas Subsidiarias de Peñamellera Baja”.

Reseña que “el Ayuntamiento inicia expediente de restablecimiento de la legalidad (...) con fecha 12 de junio de 2009 y culmina, tras la correspondiente tramitación, con el acuerdo municipal de (...) 24 de junio de 2010, en el cual se requiere (al interesado) para que en el plazo de dos meses presente proyecto de legalización que cumpla las condiciones establecidas y exigidas por la Corporación, recogidas en el informe de la Arquitecta Municipal de fecha 1 de junio de 2010 (...). No atendido este acuerdo, se le reitera con fecha 17-01-2011 y se le otorga un nuevo plazo que no es atendido, presentando recurso de reposición que se desestima por haberse presentado fuera de plazo./ Dicho acuerdo ha sido impugnado ante los tribunales dando lugar a distintos procedimientos judiciales, siendo el último la Sentencia (...) de 1 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 6 de Oviedo (...), en la cual se anula la Resolución de la Alcaldía” de 14 de octubre de 2015, “por entender que `procede resolver el recurso de reposición´ (...). En consecuencia, el Ayuntamiento por acuerdo de la Junta de Gobierno resuelve el recurso de reposición con fecha 8-06-2017 y, a los efectos de determinar el alcance de la legalización, se cita al (interesado) a una inspección urbanística en el lugar de las obras a (la que) no comparece (siendo infructuosas las notificaciones y, de conformidad con el art. 44 de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento de las Administraciones Publicas, se realiza la citación por medio del Tablón Edictal Único), y se le requiere para que en el plazo de dos meses presente proyecto de legalización que cumpla las condiciones establecidas y exigidas por la Corporación, recogidas en el informe de la Arquitecta Municipal de fecha 1 de junio de 2010 (...). Las notificaciones de estos acuerdos resultan infructuosas y se publican en el Tablón Edictal Único de fecha 5 de julio de 2017, de modo que con fecha 5 de septiembre de 2017, según consta en certificado de (...) 21-09-2017, termina el plazo de dos meses otorgado para la presentación del proyecto requerido sin que este haya sido presentado y, de conformidad con el art. 243 y siguientes del título VIII 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, por medio de la Resolución de Alcaldía (...) de fecha 21-09-2017 se ordena a la Arquitecta Municipal la redacción del proyecto de legalización vía ejecución subsidiaria (...), que se tramita con notificaciones al interesado a través del Tablón Edictal Único por resultar infructuosas”.

Refiere que “por la Junta de Gobierno de fecha 26-12-2017 se aprueba el proyecto técnico para la legalización y se ordena el derribo de aquella parte de la construcción que no es legalizable de conformidad con el proyecto aprobado, redactado por la Arquitecta Municipal, otorgando un plazo de dos meses para su demolición y la restitución de los elementos físicos alterados a la situación originaria; se fija el coste de los honorarios de redacción del proyecto realizado en 4.167,24 €, de conformidad con los honorarios recomendados por el Colegio de Arquitectos de Asturias; se impone la multa de 1.722,22 € a la que hace referencia el art. 243.2 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (...), en cuanto la pasividad del promotor ha obligado al Ayuntamiento a la elaboración de los documentos técnicos precisos para pronunciarse sobre la legalidad de la actuación, tipificando una infracción urbanística que tiene por sanción una multa del cincuenta por cien del coste de los trabajos que se hubiesen realizado por cuenta del interesado, y se aprueba la liquidación provisional del (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) y la liquidación de la tasa (...);

acuerdo que se notifica a través del (Tablón Edictal Único) por resultar infructuosas las notificaciones al interesado”.

Indica que “no se han presentado alegaciones al inicio del expediente de ejecución forzosa para cumplir la orden de derribo, y (...) tras la publicación del expediente de inicio de la ejecución forzosa (...) se han solicitado” por el interesado “los exactos y concretos actos administrativos de los que dimanar cada uno de los conceptos reclamados”. Seguidamente, señala que “el expediente remitido a los Servicios Tributarios para el cobro de las cantidades adeudadas en este expediente por importe de 11.604,33 € ha sido” incobrable “por los Servicios Tributarios (...) y declarado fallido”.

Reseña que “en el escrito remitido por el interesado con fecha 13 de noviembre de 2018 figura” un domicilio “al cual se le envía la Resolución de la Alcaldía (...) de fecha 9 de agosto de 2019, por la cual se aprueba definitivamente la ejecución subsidiaria de las obras (...), en tanto que son ilegalizables (...), y se fijan las actuaciones a realizar en 13.966,72 € y se requiere al (interesado) para que proceda a su pago sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación definitiva./ Asimismo, y por medio de esta resolución, se solicita autorización judicial para proceder, de forma subsidiaria, al derribo de lo ilegalizable, y la autorización judicial se obtiene por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 (...) de fecha 29 de octubre de 2019”, frente al cual presenta recurso el interesado que es rechazado por el Juzgado, “autorizando la entrada al Ayuntamiento que, tras el correspondiente expediente de contratación para proceder al derribo, lo ejecuta (...). No habiendo realizado el abono de la liquidación provisional, se procede a la notificación de la liquidación definitiva, y se presenta un recurso de reposición contra la misma con fecha 22 de junio de 2020, solicitando el expediente de contratación, el proyecto, el acta de recepción y el de fin de obra, que son remitidos, resolviendo en plazo el recurso de reposición confirmando la liquidación definitiva. No se han satisfecho los gastos de la ejecución del derribo y se ha iniciado el expediente de apremio”.

Afirma que “resulta claro en este supuesto que el daño en modo alguno sería antijurídico, por lo que ya no se daría uno de los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento. Y la propia conducta ilegal de la víctima rompería el nexo causal, por lo que tampoco se daría otro de los requisitos necesarios que harían nacer la responsabilidad patrimonial, y ello porque el propietario que realizó las obras sin licencia y que no atendió ninguno de los requerimientos para la legalización y para la ejecución del proyecto de legalización coloca al reclamante en una situación clara de ilegalidad, con una actuación gravemente negligente, puesto que a sabiendas de que no disponía de licencia ejecutó las obras y a sabiendas de que no eran legalizables no atendió ninguno de los requerimientos municipales, perpetuando la ilegalidad y obligando al Ayuntamiento de Peñamellera Baja a redactar el proyecto de legalización, y tras la aprobación del mismo fue la propia actuación del interesado, negándose a ejecutar el derribo ordenado e incluso recurriendo la autorización judicial dictada para que el Ayuntamiento ejecutase subsidiariamente el derribo, lo que ocasiona que este sea realizado por el Ayuntamiento, y así debe entenderse que el (interesado) tiene el deber jurídico de soportar el daño que con su propia acción desencadenó el derribo por el cual quiere reclamar”.

Concluye que, “tal y como dispone el art. 21 de la LPAC (...), procede admitir a trámite (la) reclamación de responsabilidad patrimonial, nombrar instructor y secretario del expediente y continuar la tramitación”.

4. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Peñamellera Baja de 20 de octubre de 2020, se procede a la designación de instructora y secretaria del procedimiento.

5. Con fecha 26 de octubre de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda requerir al reclamante “la documentación que acredite la propiedad del bien inmueble en el (...) que se ha producido la lesión”; admitir el informe presentado sobre la descripción del daño y evaluación del mismo, redactado

por un arquitecto colegiado, y requerir al interesado, respecto al carácter efectivo del mismo, para que “incorpore el expediente de recaudación en vía de apremio de la liquidación definitiva del expediente de legalización, que recoge los conceptos de redacción del proyecto, liquidación de tasa e impuestos y sanción por inactividad del infractor”, y, en cuanto a la relación de causalidad, para que aporte “el expediente de disciplina urbanística (...) y la pieza separada del mismo de autorización judicial para la entrada en el inmueble para ejecutar las obras de ejecución subsidiaria”. También dispone trasladar “este acuerdo de apertura de periodo de pruebas y de admisión o rechazo de los documentos presentados al interesado, emplazándolo para la presentación de la prueba documental” que acredite “la legitimación activa”, incorporar “el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable y que se emita informe por los Servicios Técnicos del Ayuntamiento sobre la valoración de los daños causados”, así como comunicar “a la entidad aseguradora del Ayuntamiento la presentación del expediente de responsabilidad patrimonial”.

Según consta en la documentación incorporada al expediente, el 3 de noviembre de 2020 se notifica al interesado “la apertura del periodo de prueba para que (...) aporte la prueba documental de legitimación activa sobre la propiedad del inmueble objeto del daño alegado (...) en el plazo de diez días naturales desde el recibo de esta comunicación”.

6. El día 12 de noviembre de 2020 un letrado, que dice actuar en nombre y representación del interesado, presenta en el registro municipal un escrito en el que “solicita de manera expresa la recusación de la nombrada instructora del expediente (...), solicitando la apertura del incidente de recusación./ El motivo (...) es su intervención en el procedimiento de disciplina urbanística (...) origen del presente, y en el que se han observado diversas irregularidades comenzando por la reclamada (...) y que darán, en su caso, lugar a la exigencia de las responsabilidades penales pertinentes frente a las personas y cargos que tramitaron aquel./ Por tanto, su interés es evidente, así como su incompetencia

para ser nombrada instructora en un expediente de cuyo resultado penden acciones, no ya de contenido económico sino igualmente penal”.

En cuanto a la acreditación de la titularidad de la finca, señala que “la propia Alcaldía (...) inició” el procedimiento de disciplina urbanística frente al ahora reclamante “por ser el titular de la finca, lo que ratificó en la Resolución” que especifica, “donde se le reconoce tal condición al (interesado), ello sin contar con los embargos trabados por el propio Ayuntamiento./ Consecuentemente, nos remitimos a dichos procedimientos para acreditar la titularidad y, por tanto, legitimación activa”.

La Instructora recusada incorpora un escrito, el 13 de noviembre de 2020, en el que expone que “la causa alegada por el representante del (reclamante) no es ninguna de las que justifican la recusación (...), y el conocimiento del expediente al que hace referencia es el (...) que deriva de sus funciones como Secretaria-Interventora del Ayuntamiento, funciones de fe pública, asesoramiento legal preceptivo, funciones de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación, reservadas por la ley a su cargo”.

La Alcaldía del Ayuntamiento de Peñamellera Baja, mediante Resolución de 16 de noviembre de 2020, desestima” la recusación interpuesta contra la instructora asignada al expediente de responsabilidad patrimonial”, dado que el motivo de la misma “no constituye ninguna de las causas de recusación establecidas en la legislación aplicable (art. 24.1, en relación al art. 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico)”.

7. Con fecha 17 de noviembre de 2020, la Arquitecta Municipal emite un informe sobre la valoración del daño partiendo del esquema seguido en la pericial aportada por el interesado.

En relación con la no construcción de la milana prevista en la fachada Sur, señala que “no es ningún daño la no construcción de la milana, y esta decisión se tomó”, como se ha indicado en el informe de 23 de septiembre de 2020, “para evitar daños a la cabaña en una época de lluvias y en tanto no

estaba prevista puerta alguna al efecto. Al ejecutar las obras se vio que las dos plantas de la cabaña estaban unidas interiormente por una escalera, por lo que la necesidad de abrir un hueco para entrada a la planta primera desde el exterior no se hacía totalmente imprescindible. De haberse ejecutado y quedado abierta, puesto que no se disponía (de) cierre de la misma en el proyecto, sí hubiera habido daños./ De hecho, en el informe redactado por (el perito del interesado) no se acredita daño alguno por la no construcción de la milana. Ha sido una decisión adoptada en el transcurso de las obras para evitar daños, en cuanto no se ha podido consensuar con el (reclamante) al no haber obtenido colaboración ni relación alguna al respecto durante la ejecución subsidiaria del derribo, lo mismo que en los 10 años anteriores./ Por tanto, el importe que figura en el proyecto no es un daño”.

En cuanto a la falta de retirada de los escombros, indica que los “relativos a la demolición sí se han retirado”, precisando que parte de ellos “se utilizaron para consolidar el acceso hasta la cabaña con vehículos y poder sacar los escombros. Lo que no se ha retirado es lo que ya existía en la finca con anterioridad a la intervención del Ayuntamiento. Se puede observar en el expediente que las obras en dicho inmueble se han prolongado durante muchos años y siempre existían restos de elementos./ No se ha acreditado daño alguno al efecto. Se señala una cantidad que establece el proyecto, pero dicha cantidad ha sido para los escombros de la demolición, no para toda la obra que se realiza por el interesado”.

Respecto a que la cubierta está mal ejecutada y no cumple con lo proyectado, refiere que “para evitar gastos mayores en las obras de reposición se decidió reutilizar todos los materiales posibles en las obras de restitución de la construcción. Por la falta de colaboración del interesado con la Administración no se pudo entrar a la obra a la hora de redactar el proyecto y medir la realidad de esos elementos constructivos, por lo que en el proyecto se consideraron unas dimensiones aproximadas que pueden no corresponderse con la realidad./ Todos estos elementos, vigas y pontones existentes, se reutilizaron efectivamente para las obras no habiéndose cambiado sus

dimensiones y siendo estas y su colocación las que tenían previamente./ No se ha acreditado daño alguno al efecto. Se señala una cantidad que establece el proyecto para la completa reconstrucción de la cubierta, pero no (...) que la reutilización de los materiales existentes (y) construcción de la cubierta con los materiales existentes previamente haya causado ningún tipo de daño en el edificio”.

Sobre la afirmación de que la mampostería está mal ejecutada, advierte que “la terminación se corresponde con el inmueble, que es el destinado a cabaña ganadera, no justificándose en ningún caso su reconstrucción. No existe ningún daño acreditado al respecto”, reiterando, en relación con la alegación de que las obras carecen de terminados interiores, que “la terminación se corresponde con el inmueble, que es el destinado a cabaña ganadera. No se corresponde con vivienda, como señala el reclamante. No existe ningún daño acreditado al respecto”.

En cuanto a la ausencia de documentación esencial, refiere que “constan en el expediente el certificado final de obra, el acta de recepción y el Plan de Seguridad y Salud”, y “que los documentos relativos a/ certificado final de obra emitido por el técnico redactor del proyecto,/ certificado de finalización de las obras emitido por la empresa adjudicataria/ y copia de las facturas giradas por la empresa adjudicataria con desglose de los trabajos y precios unitarios aplicados/ se remitieron a la dirección electrónica del representante del reclamante (...) el día 24 de junio de 2020, al día siguiente de la presentación del recurso de reposición contra la liquidación definitiva de los gastos de la ejecución subsidiaria, y la resolución del recurso de reposición se notificó con fecha 23 de julio de 2020 a la dirección electrónica del (representante), quedando agotada la vía administrativa y no habiéndose presentado recurso judicial”.

A continuación, señala que “no constituye un daño liquidar los gastos que supone la ejecución subsidiaria a la cual ha obligado el reclamante al no cumplir con la orden de derribo, puesto que es una obligación para el

Ayuntamiento./ Dicha liquidación justificada y documentada por importe de 11.616,00 € no se ha abonado por el reclamante y está en vía de apremio”.

Sobre la alegación de honorarios e (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) improcedentes, expone que “no es cierto lo alegado por el reclamante, puesto que reduce el proyecto de la legalización al anexo del proyecto de demolición. El proyecto de legalización asciende a 19.000,22 € de PEM, y el anexo de derribo a 9.699,78 € de PEM, con lo cual el montante completo del expediente de legalización en su presupuesto de ejecución material es de 28.699,72 €./ Cuando se redactó el proyecto, y a los efectos de calcular los presupuestos de referencia y los honorarios que supondrían la realización de estos documentos, se utilizaron los baremos orientativos del Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias. Para ello, se calculó un presupuesto de referencia en base a la superficie construida y la tabla de cálculo de presupuestos de referencia CV del citado Colegio para los usos que se tenían, y se consideró necesario contabilizar el coste real de la demolición y sumárselo a otros presupuestos. Aplicando estas superficies en la hoja CV se obtuvo un presupuesto de referencia PEM de 28.700 €./ Según las recomendaciones del Colegio, para una obra de superficie inferior a 200 m² se recomiendan unos honorarios del 12 % del PEM. Por lo tanto, los honorarios recomendados para la realización del expediente de legalización de reconstrucción de cabaña ganadera y proyecto básico y de ejecución de reconstrucción de cubierta y demás obras para devolver a su estado original la construcción de cabaña, ascenderían a la cantidad de: 3.444 € + IVA (4.167,24 €)./ Para el cálculo del presupuesto de ejecución material que aplicar a cada uno de los documentos, se optó por considerar para el proyecto básico y de ejecución la cantidad real que resulta al hacer el presupuesto de las obras a ejecutar, incluido el derribo de lo ilegalmente construido, que ascienden a un valor de 9.699,78 €./ El resto del presupuesto, es decir 19.000,22 €, correspondería a la legalización de las obras realizadas primeramente por el promotor./ De modo que el (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras) ha sido perfectamente liquidado y los honorarios de la Arquitecta Municipal se han fijado correctamente./ La

liquidación que ha resultado de la aprobación del expediente de legalización, notificada a través de *Boletín Oficial del Estado*, al resultar infructuosa la notificación en el domicilio del reclamante (...), ha devenido firme al no haberse recurrido ni en vía administrativa ni en vía judicial./ Con lo cual queda demostrado que la liquidación es correcta, que no ha existido daño y que no procede esta alegación en este expediente”.

Concluye que “la ejecución del proyecto es correcta, los cambios mínimos realizados sobre el proyecto han sido consecuencia de la actitud del infractor que ha impedido conocer el interior del inmueble ilegal y de sus incumplimientos, lo que, en consecuencia, ha llevado a la necesidad de adoptar decisiones en el momento de la ejecución de las obras. Por supuesto, dichos cambios no han causado ningún daño al inmueble e incluso han beneficiado (caso de la milana), y de hecho (...) no se acredita ningún daño; se describe el precio de las unidades de obra establecidas en el proyecto, pero eso no es un daño (...), con la actuación se ajusta la edificación a lo establecido en las normas urbanísticas, y (...) con las obras lo que se ha logrado es hacer legal unas obras que era ilegales, revalorizando el inmueble”.

8. El día 18 de noviembre de 2020, se incorpora al expediente una certificación de la Secretaria del procedimiento sobre las pruebas practicadas.

En ella, tras exponer que “se ha dado trámite para la presentación de prueba por un plazo de diez días naturales al interesado que ha transcurrido desde el día 3 al 12 de noviembre”, señala que este ha presentado un “escrito de recusación contra la instructora del expediente”, que se ha resuelto desestimando la recusación por Resolución de la Alcaldía de 16 de noviembre de 2020, y “no se ha presentado documento acreditativo de la propiedad de la cabaña ganadera en la cual se señala que se ha producido la lesión”, alegando “el reclamante que dicha (...) documentación está incluida en el expediente de disciplina urbanística” que se especifica, del que trae su causa el expediente de responsabilidad patrimonial, y se solicita que se una dicho expediente al mismo”.

Indica que, “de conformidad con lo exigido por la Instructora (...), se ha incorporado el expediente de disciplina urbanística (...) el expediente para contratar por ejecución subsidiaria la legalización de la cabaña ganadera (...), el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable (...), el informe de los Servicios técnicos del Ayuntamiento sobre valoración de los daños causados en el bien”. Asimismo, “se ha dado cuenta a la entidad aseguradora del Ayuntamiento” de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

9. Con fecha 18 de noviembre de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días. Al efecto de facilitar el estudio del expediente, conviene en que se pongan a disposición del interesado y en su dirección, en un DVD-CD, todos los documentos y expedientes que lo integran, sin perjuicio de que se remita la notificación del trámite a la dirección electrónica de su representante; representación que habrá de acreditarse en el plazo de audiencia concedido.

En relación con la prueba de la legitimación activa solicitada, señala que “se pone en conocimiento del reclamante que efectivamente consta la titularidad de la finca a favor del (interesado), pero no (...) la acreditación de la propiedad de la construcción realizada en la misma ni en el Catastro ni en el Registro de la Propiedad, por lo que podrá presentarla en este plazo de audiencia”.

El día 10 de diciembre de 2020, quien dice ostentar la representación del interesado presenta un escrito en el registro municipal advirtiéndole que se observa en “el DVD entregado (...) algún fallo, no siendo posible acceder al contenido del mismo al no ser reconocido por los lectores ni de CD ni de DVD./ Por tanto, siendo imposible acceder a la documentación contenida en aquel, se solicita (...) que o bien se remita la documentación vía telemática al compareciente o bien se fije día y hora para, aportando un *pen drive*, se grabe la documentación y se constate *in situ* la posibilidad de acceso a la misma”.

Respecto a la acreditación de la representación, indica que “se acompaña al presente apoderamiento signado por el (interesado) quedando por cumplimentado el trámite”.

Finalmente, en cuanto a la prueba de la titularidad de la edificación, refiere que, “sin que ello presuponga la renuncia a la acción de responsabilidad patrimonial, posibles acciones penales frente a los técnicos y demás personal del (Ayuntamiento) que ha intervenido, es el propio Ayuntamiento quien durante la tramitación del expediente que origina las presentes determina y trata al (reclamante) como propietario de la edificación./ Si tal titularidad no está acreditada el procedimiento administrativo deberá ser declarado nulo debiendo `deshacer` las obras llevadas a efecto e indemnizando (al interesado) por los daños y perjuicios causados”.

Se adjunta un documento privado en el que se recogería la voluntad el reclamante otorgando la representación.

10. Mediante acuerdo de 11 de diciembre de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda ampliar “el plazo de audiencia hasta las 14 horas del día 18 de diciembre de 2020, plazo máximo de 5 días hábiles legales de ampliación (...), para que se persone en el horario de 9 a 14 horas (...) en las oficinas municipales para grabar el expediente contenido en el DVD-CD, que alega que tiene error, y pueda disponer de la documentación que no ha podido leer (...) y presentar en el plazo ampliado las alegaciones correspondientes, en tanto con esta ampliación no se perjudica a terceros y por imposibilidad técnica no puede remitirse la documentación contenida en el DVD-CD de forma electrónica”.

Por Resolución de la Alcaldía de 11 de diciembre de 2020, se acuerda “la suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial por el tiempo que medie entre la solicitud del dictamen preceptivo (que se realizará en el plazo de 10 días a contar desde el 18-12-2020) y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

11. Con fecha 5 de enero de 2021, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

En relación con la legitimación activa, señala que “no se ha presentado la acreditación por el reclamante de la propiedad del inmueble objeto del derribo parcial. Consta la propiedad de la finca en la que se encuentra el inmueble”.

Por lo que atañe al daño indica, respecto a “su descripción y evaluación”, que “se ha emitido un informe del servicio responsable (...), redactado por la Arquitecta Municipal, que rebate los argumentos del informe presentado por el técnico del reclamante”.

Advierte que “resulta claro en este supuesto que la conducta ilegal del reclamante rompe el nexo causal, por lo que no se da el requisito de la causalidad necesario para que nazca la responsabilidad patrimonial, y ello porque el (reclamante), que realizó las obras sin licencia y que no atendió ninguno de los requerimientos para la legalización y para la ejecución del proyecto de legalización, lo coloca en una situación clara de ilegalidad, con una actuación gravemente negligente, cuasi dolosa, puesto que a sabiendas de que no disponía de licencia ejecutó las obras, y a sabiendas de que no eran legalizables no atendió ninguno de los requerimientos municipales perpetuando la ilegalidad y obligando al Ayuntamiento (...) a redactar el proyecto de legalización, y tras la aprobación del mismo fue la propia actuación del interesado, negándose a ejecutar el derribo ordenado e incluso recurriendo la autorización judicial dictada para que el Ayuntamiento ejecutase subsidiariamente el derribo, lo que obliga a que este sea realizado por el Ayuntamiento, siendo deudor de la hacienda municipal por todos los gastos ocasionados desde el inicio del expediente de disciplina urbanística, no habiéndose realizado pago alguno”.

Concluye que procede desestimar la reclamación presentada “porque no se dan ninguno de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial, puesto que la conducta ilegal y negligente del (reclamante) lo coloca en el deber jurídico de soportar la acción del Ayuntamiento, rompiendo el nexo causal, y que conforme se ha acreditado con el informe de la Arquitecta

Municipal no se ha producido daño alguno en el inmueble objeto del derribo parcial, sino que incluso con la acción municipal el inmueble se ha revalorizado al convertirse en una obra legal”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de enero de 2021, 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 Peñamellera Baja objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital, salvo la propuesta de resolución y el extracto de Secretaría, que se aportan en papel.

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 Peñamellera Baja, 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), a cuyo tenor “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”, en relación con lo prevenido en el artículo 4.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), para que pudiese otorgársele al reclamante la consideración de interesado en este procedimiento debería haber justificado su legitimación activa para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se hubiese visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

La Administración ha requerido al interesado a este respecto. Así, la Instructora del procedimiento acuerda, con fecha 26 de octubre de 2020, requerirle para que presente la documentación que acredite la propiedad de la construcción, lo que reitera el 18 de noviembre de 2020 cuando dispone la apertura del trámite de audiencia, momento en el que le informa de que “efectivamente consta la titularidad de la finca a (su) favor (...), pero no (...) la acreditación de la propiedad de la construcción realizada en la misma ni en el Catastro ni en el Registro de la Propiedad, por lo que podrá presentarla en este plazo de audiencia”.

Por su parte, el reclamante se ha limitado a contestar que “la propia Alcaldía” inició el procedimiento de disciplina urbanística frente a él “por ser el titular de la finca, lo que ratificó en la Resolución” que especifica, “donde se le reconoce tal condición (...), ello sin contar con los embargos trabados por el propio Ayuntamiento./ Consecuentemente, nos remitimos a dichos procedimientos para acreditar la titularidad y, por tanto, (la) legitimación activa”.

Es cierto que el propietario de una finca no tiene que resultar, inexorablemente, propietario de lo construido en ella, pudiendo estar gravada esta, por ejemplo, con un derecho de superficie, de tal forma que el titular de la edificación fuese el superficiario. Desde este punto de vista, estaría fundado el requerimiento de la Administración, pues los daños y perjuicios de una eventual demolición se irrogarían para este último y no para titular dominical del fondo. La ausencia de acreditación de la legitimación por parte del reclamante constituiría causa suficiente para desestimar la pretensión, sin necesidad de valorar si existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión alegada, y en el caso de que la Administración municipal

decidiera estimar finalmente la reclamación habría de realizar, con carácter previo, los actos de instrucción necesarios a fin de identificar a los titulares del bien por el que se reclama, requiriendo la subsanación de los defectos de acreditación de la legitimación y adaptando la resolución final a lo que resulte de aquellos.

Ahora bien, no puede orillarse que, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tanto los Notarios como los Registradores de la Propiedad, para autorizar escrituras e inscribir, respectivamente, acerca de obras nuevas están obligados a exigir la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística. En tal tesitura, y partiendo de que haya sido el mismo propietario de la finca el impulsor de la actividad constructiva, la Administración situaría al reclamante ante una suerte de *probatio diabólica*, dado que a este le resultará imposible acreditar la titularidad de una edificación sin licencia y que contraviene el ordenamiento urbanístico.

La documentación incorporada al expediente parece indicar que la Administración ha accedido al Catastro y al Registro de la Propiedad (en el escrito de la Instructora del procedimiento de 18 de noviembre de 2020 se indica que “no consta la acreditación de la propiedad de la construcción realizada en la misma ni en el Catastro ni en el Registro de la Propiedad”). Por otra parte, en la propuesta de resolución -si bien menciona la no aportación de la documentación acreditativa de la propiedad de la edificación- se propone la desestimación “porque no se dan ninguno de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial, puesto que la conducta ilegal y negligente del (reclamante) lo coloca en el deber jurídico de soportar la acción del Ayuntamiento, rompiendo el nexo causal, y (...) conforme se ha acreditado con el informe de la Arquitecta Municipal no se ha producido daño alguno en el inmueble objeto del derribo parcial, sino que incluso con la acción municipal el inmueble se ha revalorizado al convertirse en una obra legal”. No opta, pues,

por la inadmisión vía artículo 88.5 de la LPAC, dando fundamento así a la tesis de que es el reclamante quien ostenta la titularidad de la edificación y reconociéndole la condición de interesado en el procedimiento.

En definitiva, la forma en la que procede el Ayuntamiento lleva a suponer que este considera acreditado por notoriedad que quien suscribe la reclamación es titular de lo construido en la finca, ora por derivación de lo preceptuado en los artículos 350 y 358 y siguientes del Código Civil, ora por el hecho de que tras la consulta efectuada no figura en el Registro de la Propiedad derecho alguno que grave la finca y permita extraer otra conclusión al respecto.

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

En relación con la falta de acreditación de la representación por parte del letrado que dice actuar en nombre del interesado, su primera intervención es a través del escrito de 12 de noviembre de 2020, en el que no se aporta documentación alguna que la avale; la segunda vez que interviene es mediante el escrito presentado el 10 de diciembre de 2020, si bien en este último caso se aporta un documento privado, lo que *ex* artículo 5.4 de la LPAC resulta insuficiente (por todos, Dictámenes núm. 26/2014 y 187/2015). En ninguno de los dos casos consta que la Administración procediese como indica el artículo 5.6 de la LPAC; esto es, advirtiendo que “La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran”. La Administración se limita a requerir que se confirme fidedignamente la representación, pero sin extraer de las desatenciones del reclamante a tales exhortaciones consecuencia alguna para los actos afectados. Lo procedente hubiese sido, una vez transcurrido el plazo de diez días otorgado sin subsanarse el defecto, no considerar producidos los correspondientes actos y continuar con la tramitación del procedimiento. No procede en esta instancia, pues, arrojar sombra de duda sobre una representación que el reclamante asume sin

ambages y que la Administración ha admitido *de facto* por dejación de las opciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición al respecto.

TERCERA.- La reclamación de responsabilidad patrimonial examinada se vincula a la ejecución subsidiaria de una resolución administrativa.

En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo".

A la vista ello, teniendo presente que los perjuicios reclamados se atribuyen por el reclamante a la ejecución subsidiaria, y puesto que la providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 18 de febrero de 2020 prorrogó la autorización para la entrada de la Administración en el inmueble hasta el 15 de marzo de 2020, es obvio que, con independencia de la consumación de la actuación administrativa, la presentación de la reclamación con fecha 4 de agosto de 2020 ha tenido lugar dentro del plazo legalmente previsto.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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 observa que la Administración no ha cumplido, tal y como preceptúa el artículo 21.4 *in fine* de la LPAC, con la obligación de informar al interesado -dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud en el registro electrónico de la Administración competente para su tramitación- sobre la fecha de recepción de la reclamación, del plazo máximo legalmente establecido para la resolución del procedimiento y de los efectos

que pueda producir un eventual silencio administrativo. Este Consejo ha venido insistiendo en que tal trámite no es un mero formalismo, dado que la necesidad de ofrecer al interesado una correcta información sobre este extremo se justifica en que dicha fecha determina el *dies a quo* del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificarlo (entre otros, Dictámenes Núm. 180/2014 y 21/2019).

Asimismo, en cuanto a la recusación planteada y en consonancia con lo resuelto por el Ayuntamiento, se advierte que en la funcionaria designada como instructora no concurre ninguna de las causas que justificarían su apartamiento del procedimiento, *ex* artículo 23.2 de la LRJSP. La circunstancia de haber emitido previamente un informe jurídico sobre el asunto, en su condición de Secretaria del Ayuntamiento, no conlleva que se halle “contaminada” por haber tomado ya contacto con el asunto, dado que la actuación practicada se ha limitado, exclusivamente, a efectuar una valoración, en términos estrictamente jurídicos, de una situación con los datos de los que se disponía en una concreta fecha. Así pues, y aunque semeja que el reclamante pretende efectuar una extensión de lo previsto en el artículo 219.11.^a de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -que establece como causa de recusación de jueces y magistrados el “Haber participado en la instrucción de la causa”, con la finalidad de evitar que “quien deba resolver” se halle mediatizado por convicciones previas-, hemos de entender que ningún reproche cabe efectuar a la decisión de mantener a la Secretaria municipal en la posición de instructora del procedimiento.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que "Solo 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, 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 derivados de las obras de restitución de la legalidad urbanística que implicaron la demolición de lo ilegalmente edificado y la reconstrucción de la primigenia cabaña ganadera que se hallaba en la finca.

En cuanto a la efectividad del daño, un sucinto análisis del asunto permite constatar que, en efecto, el reclamante ha efectuado una inversión en la finca de la que es titular y que esta ha resultado, en buena medida, desvirtuada por la ulterior actuación de la Administración municipal.

Ahora bien, de la documentación obrante en el expediente se desprende que el reclamante procedió a la demolición de una cuadra y la ulterior edificación de una vivienda en la finca de su propiedad, cuyo suelo se halla calificado como “no urbanizable de interés agroganadero” -uso que, como recogen los informes municipales, no está permitido para este tipo de suelo, de conformidad con lo señalado en el artículo 10.6 de las Normas Subsidiarias-. Obviamente, teniendo en cuenta la índole de la actuación llevada a cabo, todo ello se ejecutó sin haber solicitado la preceptiva licencia municipal, motivo por el cual el Ayuntamiento de Peñamellera Baja procedió, en su momento, a la apertura de un procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida. Sin entrar a valorar pormenorizadamente la entidad del desajuste de lo construido con el planeamiento urbanístico -que no procedería en esta sede-, lo cierto es que las fotografías incorporadas al expediente a instancia de la Administración ponen de manifiesto que lo edificado por el reclamante excede ostensiblemente de lo que cabría entender por una cabaña ganadera, por mucho que haya sido, en su tiempo, el celo puesto en el

bienestar de las reses (solana, espacios adosados para esparcimiento, receptores para señales de televisión y, según el informe de la Arquitecta Municipal, tabicado interior y baños).

El escrito de reclamación expone un desordenado y complejo conjunto de pretensiones para cuyo tratamiento convendría proceder a examinar, por separado, los diversos daños alegados.

En primer lugar, señala el reclamante que los defectos existentes en la construcción llevada a cabo en vía de ejecución subsidiaria son de tal magnitud que hacen imposible el otorgamiento del certificado final de obra, invalidando la totalidad de esta y conllevando la inexcusable restitución de las cosas a su estado anterior. Asimismo, expone que se han causado diversos daños en la edificación existente, cuya reparación exige.

Al respecto, cabe traer a colación el informe de la Arquitecta Municipal de 23 de septiembre de 2020, en el que se menciona que el certificado final de obra no solo ya ha sido concedido, sino que fue remitido al reclamante el 24 de junio de 2020 (junto con el acta de recepción de las obras, la factura y el proyecto). Añádase a esto lo inverosímil de la pretensión de restitución de las cosas a un estado anterior caracterizado -según trasluce el expediente- por una evidente conculcación del ordenamiento urbanístico de inadmisibles legalizaciones.

Por otra parte, y en relación con una eventual causación de daños en la edificación llevada a cabo por el reclamante -recordemos, sin licencia y excediendo manifiestamente los usos permitidos en ese tipo de suelo-, el artículo 11.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, recuerda que "El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística". Por otra parte, el apartado 2 del mismo precepto indica que "La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos

por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística". Finalmente, el apartado 3 del referido artículo señala que "Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística". Así pues, si el régimen estatutario de la propiedad del suelo obligaba a que este se dedicase, exclusivamente, al uso permitido por la normativa urbanística y teniendo en cuenta que se han incumplido los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen del suelo correspondiente -incluso prescindiendo de la solicitud de la licencia-, no cabe admitir que el resultado de las obras efectuadas por el ahora reclamante se haya integrado en su patrimonio y, por tanto, que se haya producido daño alguno, puesto que por daño patrimonial (el que aquí se reclama) solo cabe entender un perjuicio lesivo en todos o alguno de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de la persona. No habiéndose integrado lo edificado en el patrimonio del interesado, la actuación de restitución de la legalidad infringida -con la correspondiente demolición y subsiguiente construcción acorde a la normativa urbanística y devolviendo al suelo el uso que legalmente le corresponde- no puede considerarse causante de ningún daño patrimonial a este.

En segundo lugar, en relación con la alegación de que los honorarios repercutidos por el proyecto y el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras liquidado resultan improcedentes, cabe señalar que el interesado simplemente se limita a alegar la impropiedad del impuesto girado, sin efectuar razonamiento jurídico alguno al respecto. Sin embargo, del informe de la Arquitecta Municipal de 17 de noviembre de 2020 se desprende que aquel ha sido correctamente calculado y que esta liquidación no ha sido cuestionada por el reclamante ni en vía administrativa ni en vía judicial, deviniendo firme al haber sido consentida por su destinatario. Por lo que atañe al carácter excesivo de los honorarios por la redacción del proyecto, el mentado informe justifica pormenorizadamente cómo estos habrían sido determinados con base en los

baremos orientativos del Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias, y teniendo en cuenta que el objeto de la proyección de las obras a realizar comprendería no solo la reconstrucción de la cuadra y su ajuste a la legalidad urbanística vigente, sino la demolición de la anterior edificación.

En cuanto a la alegación de no haber sido retirados los escombros de la obra y la necesidad de incluirlos como una partida dentro de la indemnización, basta con acudir al informe de la Arquitecta Municipal de 17 de noviembre de 2020 para concluir que sí se eliminaron los escombros relativos a la actuación instada por la Administración, y que lo no retirado son los remanentes de otras actuaciones previas ya existentes en la finca con anterioridad a la intervención del Ayuntamiento. Además, y como acertadamente refiere el informe, no se habrían cuantificado unos daños, sino señalado una cifra previamente establecida en el proyecto para dicha tarea y que solo se referiría a los restos de la demolición, no a las obras efectuadas por el interesado.

Respecto a la incorrecta ejecución de la mampostería y la falta de acabados interiores, el mencionado informe de la Arquitecta Municipal refiere que la terminación de las obras se corresponde con un inmueble destinado a cabaña ganadera -uso admisible para ese tipo de suelo- y no a vivienda -uso inviable en suelos con esta clasificación-. Así pues, no puede imaginarse que exista daño alguno en el hecho de que el acabado de la edificación (recordemos, en vía de ejecución subsidiaria y para el restablecimiento de la legalidad) se corresponda con lo más conforme para el uso admisible en la clase de suelo de la que se trata. Ni se puede sospechar el daño ni el reclamante lo ha probado.

Sobre las divergencias entre el proyecto elaborado por la Administración para la restitución de la legalidad urbanística y lo finalmente llevado a efecto, hemos de convenir que los informes aportados por la Administración no niegan que haya sido necesario introducir ciertas modificaciones en lo inicialmente proyectado, pero de la documentación obrante en el expediente se concluye que la proyección efectuada por el Ayuntamiento ha debido hacerse con una total falta de colaboración por parte del reclamante, lo que habría conllevado

una mayor dificultad a la hora de efectuar ciertas concreciones técnicas. En efecto, resulta significativo el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 29 de octubre de 2019 -en el proceso para la autorización de entrada de la Administración en el inmueble en orden a la ejecución subsidiaria y que obra en el expediente- cuando señala que, “en este caso, la entrada que pretende la Administración local en el inmueble (...) aparece plenamente razonable a la vista de lo acordado en el expediente administrativo del que trae causa la solicitud de autorización, donde ya por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de enero de 2011 se denegó la legalización de obras, acordando requerir al promotor y propietario de las mismas para que efectúe en el plazo de dos meses su demolición, acto que fue confirmado en su legalidad por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (...) de 24 de abril de 2014./ Por si ello no fuera bastante, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de diciembre de 2017 se requirió al (reclamante) para que presentase proyecto de legalización, de acuerdo con lo informado por el Arquitecto Municipal el 1 de junio de 2010, notificado debidamente al interesado (...), y al no haberse dado cumplimiento al mismo es por lo que por Acuerdo de 10 de agosto de 2018 se incoa expediente de ejecución subsidiaria (...), que ha culminado con la Resolución de Alcaldía (...) de 12 de agosto de 2019, por la que se aprueba definitivamente la ejecución subsidiaria de las obras, que son concretamente las establecidas en el proyecto aprobado, redactado por la Arquitecta Municipal y aprobado por la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de diciembre de 2017, solicitando autorización judicial para proceder, de forma subsidiaria, al derribo de lo ilegalizable de conformidad con lo establecido en el proyecto redactado, notificado al recurrente el 16 de agosto de 2019”. Más adelante, y de forma significativa se recoge que, “como vemos, todas las resoluciones se han notificado a quien aparece como interesado en el expediente (...). En los presentes autos (esta misma persona) alega que tiene la voluntad de cumplir la orden de ejecución que le dirige la Administración, si bien acto seguido alega que el inmueble no es su domicilio./ Pues bien, que el inmueble sobre el que se dirige el

restablecimiento de la legalidad urbanística no constituya el domicilio (...) resulta inane, pues como fácilmente se comprenderá la legalidad urbanística no puede resultar condicionada por el hecho de que el inmueble constituya la morada de su propietario./ En segundo lugar, se dice ahora por el (interesado) que su voluntad es la de cumplir voluntariamente la orden de ejecución, algo que contrasta abiertamente con lo actuado en el expediente, donde ha mostrado una resistencia pasiva a cumplir lo ordenado a lo largo de los últimos años”.

En definitiva, no se acredita por el reclamante en qué medida las modificaciones operadas sobre el proyecto inicial han podido irrogarle daños de índole patrimonial, especialmente teniendo en cuenta que el resultado de la obra ha obtenido el oportuno certificado final de obra. A esto habría que añadir que, aun habiendo existido daños (que no es el caso) y resultando estos antijurídicos, la propia conducta del obligado -caracterizada primero por una conducta irregular al ejecutar una construcción sin el amparo de licencia, y después por una absoluta falta de colaboración con la Administración que el propio auto judicial referido se encarga de destacar, tal y como señala la propuesta de resolución- habría influido de forma decisiva sobre el nexo causal ocasionando su ruptura, dado que la Administración ha debido proceder a la elaboración del proyecto sin que le hubiese sido factible la comprobación *in situ* de la realidad del estado de lo edificado y la entidad de las reformas a efectuar; todo ello, debido a la imposibilidad de acceder a la finca contando con la anuencia de su propietario.

En fin, de la documentación obrante en el expediente y de la estructuración de la reclamación planteada se colige que la única finalidad que mueve al reclamante a iniciar este procedimiento es la búsqueda abusiva de un mecanismo para resarcirse, con cargo al erario público, de la inversión realizada en unas obras que en su momento ejecutó sin la preceptiva licencia administrativa y con absoluto desdén hacia la normativa urbanística, habiendo disfrutado presumiblemente a lo largo de varios años de una segunda residencia en un inmueble cuyo único uso autorizado era el ganadero.

En consecuencia, todas las consideraciones señaladas conducen a que la reclamación deba ser desestimada.

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

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE PEÑAMELLERA BAJA.