

Dictamen Núm. 211/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de octubre de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 25 de mayo de 2023 -registrada de entrada el día 26 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una cesión gratuita de viales a la que no venían obligados.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de diciembre de 2022, los interesados presentan en un registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios sufridos como consecuencia de la imposición por parte de la Administración municipal, como condicionante para la obtención de una licencia de parcelación, de una cesión de viales que no resultaba exigible.

Según refieren, “son propietarios de la parcela 73 del polígono 117 de Gijón (...), la cual se encuentra calificada urbanísticamente como NR-1”, y “procedieron a instar ante el Ayuntamiento licencia de parcelación”, que fue

informada favorablemente con la "condicional" de que "previamente a la expedición de la licencia el interesado habrá de suscribir el acta de alineaciones y rasantes incorporado a este expediente, y acreditar que ha quedado expedita, a disposición del Ayuntamiento, la franja de terreno cedida".

Señalan que "el día 21 de octubre de 2021 se firma con el Ayuntamiento el acta de cesión de viales (...), dictándose el día 19 de noviembre siguiente la resolución aprobatoria del indicado documento de cesión "a fin de cumplir las obligaciones que conlleva la obtención de licencia para parcelación", y que con posterioridad el Ayuntamiento les requiere para que ejecuten la cesión de viales firmada, para lo cual -según expresa en la comunicación cursada el 3 de enero de 2022- el terreno cedido deberá estar "a la misma cota que la vía pública, libre de obstáculos de la propiedad (ej.: muretes, cierres, contador de agua y otros) y de afección a la red de drenaje público". Indican que tras la realización de las obras precisas para cumplir tales condiciones, el Ayuntamiento les concede la licencia de parcelación con fecha 26 de mayo de 2022.

Manifiestan que "tenían suscrito un contrato de promesa de compra y venta con arras penitenciales (...) respecto de una de las parcelas resultantes del expediente de parcelación, con una fecha límite para la formalización de la escritura del día 31 de diciembre de 2021 y que, a la vista de los inconvenientes que se estaban derivando de la condicional impuesta por el Ayuntamiento, hubo necesariamente de ser postergada, poniendo de hecho la propia venta en peligro. Todo ello motivó que los comparecientes se vieran en la necesidad de ejecutar las obras exigidas por el Ayuntamiento como única forma de conseguir la licencia, aun siendo conscientes de que era un requisito inexigible para la parcelación y, solamente en su caso, para la posterior edificabilidad de las parcelas resultantes".

Con posterioridad tuvieron conocimiento de que "una sentencia judicial dictada (...) el pasado mes de marzo declaró que esta condicional exigida por el Ayuntamiento para otorgar las licencias de parcelación era contraria a derecho, razón por la que, según se tiene constancia, actualmente ya no" se exige, "corrigiendo con ello su erróneo criterio anterior".

Afirman que como consecuencia de la aplicación de dicho criterio a su caso “no sólo se vieron obligados a efectuar una cesión de terreno para viales a la que no venían legalmente obligados, sino a efectuar un importante desembolso económico (tanto por lo que se refiere a las obras como a los gastos registrales derivados de la cesión), sufriendo además un retraso más que notable en conseguir la licencia de parcelación y, por ello, en formalizar la compraventa”. Cifran los perjuicios ocasionados en la cantidad de siete mil quinientos cincuenta y cuatro euros con sesenta y tres céntimos (7.554,63 €), comprensiva del coste de las obras (4.439,49 €), los gastos registrales (115,14 €) y los daños morales (3.000 €), “más los intereses legales (...) desde la fecha de interposición de la presente reclamación hasta la de su efectivo abono”.

Adjuntan copia de diversos documentos, entre ellos: a) Acta de cesión de viales. b) Requerimientos municipales dirigidos a obtener de los propietarios que los terrenos quedasen expeditos para la ejecución de los viales. c) Licencia de parcelación. d) Facturas correspondientes a la ejecución de las obras. e) Facturas emitidas por el Registro de la Propiedad N.º 5 de Gijón. f) Contrato de promesa de compra y venta de una de las dos parcelas en que se segregaría la finca.

2. Mediante oficio de 4 de enero de 2023, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación, y les indica el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento y los efectos del eventual silencio administrativo.

3. El día 31 de enero de 2023, la Adjunta al Servicio de Licencias y Disciplina y la Jefa del referido Servicio suscriben un informe en el que destacan que “la resolución de fecha 18 de octubre de 2021 (...) no fue recurrida ni en vía administrativa ni en sede judicial, con lo cual es firme y consentida; así lo evidencian los actos posteriores realizados” por los reclamantes, “tales como la firma del acta de cesión de viales o la ejecución de las obras para dejar expedita

la franja de cesión./ Por otro lado, en ningún caso puede imputarse a la Administración en el ejercicio de sus funciones la demora alegada (...); los trámites administrativos realizados (...) así lo acreditan./ Tampoco puede admitirse la aplicación de la sentencia alegada, dictada por el órgano judicial en marzo de 2022 en un recurso ajeno” a ellos, “por cuanto que la misma no sólo se dicta por el órgano judicial con posterioridad a la Resolución de 18 de octubre de 2021 que como se ha señalado es firme y consentida (...), sino también a la fecha en que (...) ya se habían ejecutado las obras (febrero de 2022), lo que evidencia su conformidad con la citada resolución (...). Se entiende por tanto que se ha producido la denominada ‘cosa juzgada administrativa’ o ‘firmeza administrativa’ que supone la imposibilidad de volver a revisar el acto consentido”.

4. Mediante escritos de 1 de marzo de 2023, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

5. El día 9 de marzo de 2023, uno de los interesados presenta en el registro municipal un escrito de alegaciones en el que afirma que “el mero hecho de no haber sido recurrida la resolución del Ayuntamiento por la que, como condicional previa a la concesión de la licencia solicitada, se exigía la suscripción” de la correspondiente “acta de alineaciones y rasantes y la acreditación de haber dejado expedita, a la plena disposición del Ayuntamiento, la franja de terreno cedida, ni impide ni puede impedir la existencia de responsabilidad patrimonial, todo ello sin perjuicio de las razones por las que no se llevó a cabo la impugnación y que ya fueron explicadas en la reclamación inicial./ Al igual que la mera anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o las disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a indemnización, tampoco la falta de impugnación de los mismos, si (...) eran erróneos o contrarios a derecho, impide la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración si resulta que el administrado

no tenía el deber jurídico de soportar el daño que le ha sido injustamente causado”.

Tras invocar los principios de buena fe y de confianza legítima, afirma que “se antoja contrario a las más elementales normas de la buena fe exigir a un ciudadano un condicionante ilícito y en todo caso innecesario para poder obtener una licencia, obligándole a efectuar un importante desembolso económico y luego intentar rehuir la responsabilidad por no haber recurrido aquel acto administrativo que, se supone, era lícito y ajustado a derecho, razones todas ellas que nos llevan a insistir en nuestra reclamación”.

6. Con fecha 24 de mayo de 2023, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos, la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos y el Director General Económico Financiero elaboran propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella invocan una sentencia del Tribunal Supremo de la que, según señalan, resulta que “no cabe la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial cuando el perjudicado por actos administrativos `haya consentido el acto administrativo dejándolo firme, porque esta situación afecta necesariamente al requisito de la antijuridicidad, definido por la inexistencia del deber jurídico del perjudicado de soportar los daños, requisito que no puede entenderse acreditado, dado que la falta de impugnación del acto administrativo determina la ficción de que el mismo ha sido consentido por el interesado (art. 28 de la LJCA) y éste viene obligado a soportar las consecuencias de sus propios actos´”.

A mayor abundamiento, indican que “incluso en la hipótesis de que hubiere actuaciones inválidas (...) es necesario valorar una serie de elementos, como `la razonabilidad que corresponde al caso´, es decir, si la actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad aplicable./ Por tanto, el prisma de enjuiciamiento y análisis de la reclamación de indemnización ha de centrarse en si la actuación municipal ha incurrido en vía de hecho, o desprovista de apariencia de legalidad, o fuera del margen de tolerancia que disfruta la Administración” pues, como se señala en la sentencia del Tribunal

Supremo que citan, la antijuridicidad del daño se excluye “cuando `la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados´”. Destacan, al respecto, que “tanto la normativa autonómica como la municipal (PGOU 2019) exigen que los cierres en los núcleos rurales se separen de la vía la mayor 4 metros del eje o 1 metro al borde del pavimento, siendo objeto de cesión gratuita al Ayuntamiento los terrenos exteriores a éste, por lo que la actuación de la Administración fue en todo momento razonable”.

Tras poner de relieve que “la propia doctrina jurisprudencial recoge que el error de derecho no supone la responsabilidad administrativa, a menos que concurra una `flagrante desatención normativa´ y no un simple error jurídico de la Administración”, siendo necesario que “el vicio de legalidad sea claro, ostensible e inequívoco”, pues “en caso contrario no existirá derecho indemnizatorio alguno”, significan, “en relación a la invocación de los principios de buena fe y confianza legítima”, que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que no hay un derecho subjetivo a que un inicial criterio administrativo se mantenga en el tiempo, perviviendo a los cambios de criterio o de opinión, siempre que estos se razonen cumplidamente, suficientemente y bajo el ulterior y definitivo control judicial”, para concluir finalmente que “no existe (...) nexo causal entre los daños que se reclaman y la actuación de la Administración”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de mayo de 2023, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón objeto del expediente núm., facilitando a tal fin el en enlace correspondiente para acceder electrónicamente al mismo.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Gijón está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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”.

En el supuesto ahora examinado, al objeto de determinar el *dies a quo* para formular la reclamación ha de considerarse que la manifestación del efecto lesivo se produce en el momento en que los interesados realizan las obras necesarias para cumplir con la condición impuesta por el Ayuntamiento; esto es, en febrero de 2022, a tenor de lo señalado en el informe del servicio responsable. A la vista de ello, es claro que la reclamación formulada el día 30 de diciembre de 2022 resulta tempestiva, pues se ejercita dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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 del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que en la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, pero sí los plazos parciales para la adopción de los actos de trámite e instrucción que, junto al plazo de dos meses para la emisión de dictamen por este Consejo, constituyen el tiempo reglamentariamente fijado para la resolución del procedimiento. Presentada la reclamación que ahora examinamos con fecha 30 de diciembre de 2022, y recibida la solicitud de dictamen en este Consejo el día 26 de mayo de 2022, no podrá la Administración aprobar en tiempo la correspondiente resolución. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 (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 perjuicios derivados del cumplimiento de una condición impuesta para la obtención de una licencia de parcelación, consistente en la cesión de terrenos destinados a la ejecución de viales que se estima contraria a derecho.

En el análisis de los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial debemos comenzar por examinar la realidad del daño pues, según viene reiterando este Consejo (por todos, Dictámenes Núm. 10/2014 y 273/2019), el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Tal requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, correspondiendo a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

Los interesados vinculan al cumplimiento de la condición impuesta por el acto administrativo que reputan ilegal tres clases de perjuicios, los patrimoniales derivados de la realización de las obras precisas para que los terrenos objeto de cesión quedasen efectivamente libres, los correspondientes a los gastos en que tuvieron que incurrir para la inscripción registral de la cesión y los daños morales ligados al retraso en la materialización de la parcelación como consecuencia de la exigencia de realización de las obras, el cual -según afirman- llegó a poner en riesgo el compromiso de compra de una de las fincas resultantes de la parcelación.

No existe duda de la efectividad de los perjuicios patrimoniales derivados de la realización de las obras y la inscripción registral de la cesión, aunque no habrían de valorarse conforme a las facturas que se aportan ya que son, en definitiva, gastos útiles y sólo se impone su anticipación. En cuanto al daño

moral, ha de destacarse que los reclamantes no aportan prueba alguna sobre su efectividad. En relación con esta cuestión hemos de reiterar una vez más (por todos, Dictamen Núm. 134/2015) que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como también pusimos de manifiesto en el Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”. En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que el daño “debe estar acreditado, pues la indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles”, y ha de ser “real, cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, y sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1211-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), y descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad también ha reconocido que su apreciación puede en ocasiones inferirse sin necesidad de una específica prueba cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Pues bien, en el asunto que nos ocupa, en el que el daño moral invocado no ha sido acreditado, los hechos probados no permiten suponer su efectividad, ya que la parcelación se materializó sin apreciable demora una vez que los interesados cumplieron con el condicionante impuesto para su obtención.

En cualquier caso, la realidad de unos perjuicios patrimoniales no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón, pues debemos analizar si el daño examinado es antijurídico.

En relación con esta cuestión, ha de destacarse que los afectados fundamentan su reclamación en un pronunciamiento judicial, conocido con posterioridad a la firmeza del acto al que se vincula la antijuridicidad, que

declaró contraria a derecho la condicional a la que se supeditaba la concesión de la licencia de parcelación. Ahora bien, como destaca la Administración municipal y se asume en el escrito de alegaciones, los perjudicados no recurrieron el acto administrativo por el que se impuso tal condición, dejando que adquiriera firmeza; circunstancia que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 14 de noviembre de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:3639-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), “afecta necesariamente al requisito de la antijuridicidad, definido por la inexistencia del deber jurídico del perjudicado de soportar los daños, requisito que no puede entenderse acreditado, dado que la falta de impugnación del acto administrativo determina la ficción de que el mismo ha sido consentido por el interesado (art. 28 de la LJCA), y éste viene obligado a soportar las consecuencias de sus propios actos”. En caso contrario la responsabilidad patrimonial se erigiría en vía alternativa para revisar actos consentidos y firmes, lo que no resulta posible, ni siquiera asumiendo que una sentencia posterior, aplicable a otros interesados y cuyo contenido no conocemos por no haber sido incorporada al expediente, ha anulado la condición de cesión de terrenos impuesta para la parcelación por el Ayuntamiento en otro asunto.

A mayor abundamiento, debemos señalar que los principios de buena fe y confianza legítima invocados por uno de los interesados en el escrito de alegaciones no resultan aplicables al caso, toda vez que ni estamos ante una situación en la que la Administración haya alterado de manera arbitraria su actuación habitual, ni permitirían, aun siendo de aplicación, neutralizar el de intangibilidad de los actos administrativos firmes cuya presunción de legalidad no se ha desvirtuado.

En definitiva, el análisis de la documentación obrante en el expediente sometido a nuestra consideración no permite apreciar en este caso la antijuridicidad de los daños reclamados, requisito sin el cual no resulta posible el reconocimiento de la responsabilidad demandada.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.