

Dictamen n^o: **14/12**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **11.01.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 11 de enero de 2012, sobre consulta formulada por el vicealcalde de Madrid (por delegación del alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, y promovido por J.A.R.G. en nombre y representación de la sociedad mercantil A sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños sufridos por la citada empresa por haber instalado 3.124 plazas de aparcamiento de zona verde en fincas de su propiedad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, mediante escrito de 5 de diciembre de 2011, registrado de entrada el día 7 del mismo mes, se formula preceptiva consulta del alcalde de Madrid a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, con reserva de voto particular concurrente de los Consejeros,

Sra. Laina y Sr. De la Oliva, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 11 de enero de 2012.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

El interesado, mediante escrito presentado en la oficina de registro de la Oficina de Atención al Ciudadano del distrito de Fuencarral-El Pardo el 22 de febrero de 2010, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la citada empresa por haber instalado 3.124 plazas de estacionamiento regulado de zona verde en fincas de su propiedad. En el escrito de reclamación identifica una por una todas las fincas de las que aporta escrituras, inscripción en el Registro de la Propiedad, planos y fotografías. También adjunta a la reclamación escritura de poder acreditativa de la representación que ostenta.

TERCERO.- Por dichos hechos se inició expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

El 10 de mayo de 2010 se cursó requerimiento para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), se completase la solicitud y, en los términos del artículo 6 del Reglamento de los

Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), se aportase documentación por el interesado comprensiva de :

- Declaración en la que manifieste expresamente que no ha sido indemnizado ni va a serlo por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia de los mismos daños reclamados o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas en concepto de indemnización.
- Indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.
- Copia de los recibos del Impuesto de Bienes Inmuebles correspondientes a los últimos cuatro años relativos a las fincas referidas en el escrito de reclamación.
- Representación gráfica con la referencia catastral de cada una de las fincas expedida por la Dirección General del Catastro.
- Evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto o factura, en su caso.

Mediante escrito presentado en oficina de Correos el 4 de junio de 2010 se dio cumplimiento al requerimiento practicado, declarando que no se había recibido ni iba a recibir otra indemnización por estos hechos ni se había efectuado ninguna otra reclamación. Aporta algunos de los recibos del Impuesto de Bienes Inmuebles e indica que los que no aporta no han sido emitidos por el Ayuntamiento también invoca el artículo 34. h) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que establece el derecho del contribuyente a no aportar los documentos que obren en poder de la Administración actuante. Respecto de la representación gráfica con la referencia catastral aporta solicitud de corrección presentada en la

Dirección General del Catastro por entender que la existente en el catastro no está actualizada.

En concepto de indemnización solicita cuarenta millones doscientos cuarenta y tres mil seiscientos ochenta y dos euros (40.243.682 €) como cuantía fijada a 31 de mayo de 2010 que indica que deberá ampliarse hasta que el daño cese más los intereses de estas cantidades hasta el momento en que se realice la indemnización.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 10.1 RPRP, se recabó el 2 de marzo de 2010 informe del Servicio de Estacionamiento Regulado, que lo emitió el 5 de marzo señalando que *“según recoge el artículo 30 de la vigente Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid que especifica que: <<Corresponderá exclusivamente a la autoridad municipal autorizar la ordenación del estacionamiento y la circulación en los viales de uso público, aunque fueran de propiedad privada. Y consecuentemente con ella, queda prohibida, y se considerará infracción grave, la ordenación del estacionamiento efectuada por particulares, consistente en la reserva de espacio, y no se podrá cortar la circulación ni instalar señal o indicación de ningún tipo sin la autorización expresada>>, desde este Departamento se ha procedido, en virtud de lo anterior, a establecer el Servicio de Estacionamiento Regulado en todas las zonas y viales que cumplen con el citado artículo”*.

El 14 de julio de 2010 se solicitó informe de la coordinadora general de Urbanismo, solicitud que se reiteró los días 15 de septiembre, 1, 15 y 29 de octubre de 2010.

La directora general de Gestión Urbanística emitió informe el 11 de noviembre de 2010 en el que examina la titularidad de los suelos sobre los que se realiza la reclamación así como el uso y destino de los mismos y concluye que doce de las fincas indicadas en la reclamación fueron cedidas

al Ayuntamiento y destinadas a viario público según consta en actas de cesión de 28 de febrero de 1978 y 8 de marzo de 1982.

Otra finca registral fue cedida para zona verde y red viaria en aplicación de la Ley especial para al municipio de Madrid, cuyo artículo 69 establecía que la aprobación definitiva de los planes parciales de iniciativa privada llevaban consigo la cesión obligatoria de pleno derecho al municipio de todos los terrenos destinados a vías, parques y dependencias públicas, por lo que aunque no consta acta de cesión de esta finca, la misma no era necesaria la tratarse de una cesión *ope legis*.

Respecto de otras dos fincas, identificadas en el Registro de la Propiedad con los números 10.263 y 13.058, afirma que no puede acreditar documentalmente la titularidad municipal de las mismas lo que, según expone, no impide que se pueda dedicar estacionamiento público.

El 4 de noviembre de 2010 la mercantil B solicitó vista del expediente argumentando ser la titular de la finca número aaa, continuadora de la bbb, y que ha solicitado la construcción de un aparcamiento subterráneo cuyo expediente se encuentra a la espera de la resolución de la reclamación formulada sobre la finca. Se otorgó el trámite de vista del expediente que se verificó mediante comparecencia del representante de la empresa el 18 de noviembre.

El mismo 18 de noviembre de 2010 B presenta escrito de renuncia a cualquier acción resarcitoria frente al Ayuntamiento por la instalación de parquímetros del Servicio de Estacionamiento Regulado en las fincas de su propiedad: las fincas registrales ccc y aaa, continuadora de la bbb, y solicita que se deje sin efecto la reclamación efectuada sobre estas dos fincas de su propiedad y que se continúe la tramitación del expediente para la construcción del aparcamiento subterráneo.

El 30 de noviembre de 2011 la directora general de Gestión Urbanística emite nuevo informe en el que expone que la reclamación de A sobre estas fincas se refiere a un periodo anterior a su transmisión por lo que la solicitud de B no puede tener efecto sobre la reclamación.

Una vez instruido el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 RPRP, el 2 de diciembre de 2010 se dio trámite de audiencia y vista del expediente al reclamante y a la otra empresa interesada.

En uso de este trámite A presentó alegaciones el 31 de diciembre de 2010 en las que propone una terminación convencional del procedimiento planteando una quita del 60 por ciento de la cantidad reclamada o, alternativamente, que la cantidad solicitada en concepto de indemnización se sustituya por propiedades o terrenos del patrimonio municipal no afectos al servicio o interés público. Respecto de la titularidad de las fincas reitera que la misma es de la mercantil como se acredita por la documentación registral aportada y apoya también esta afirmación en la emisión de recibos del Impuesto de Bienes Inmuebles sobre las fincas a nombre de la empresa así como el embargo de una de las fincas por parte del Ayuntamiento por deudas tributarias, invocando la doctrina de actos propios en cuya virtud la Administración municipal, expone, no podría negar la titularidad de la fincas por A.

El 10 de noviembre de 2011 por el director general de Organización y Régimen Jurídico se ha elevado propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- Consta en el expediente que se ha presentado recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de esta reclamación, el cual se tramita ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de los de Madrid en el Procedimiento Ordinario 74/11.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13. 1 f) 1º de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 39 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

Ostenta legitimación activa el Ayuntamiento de Madrid en tanto que es la entidad pública que ha establecido la zona de estacionamiento regulado en aplicación de la Ordenanza de Movilidad.

Es preciso atender a la legitimación activa de la empresa reclamante habida cuenta de la discrepancia entre esta y el Ayuntamiento de Madrid sobre la titularidad de las fincas.

La reclamante invoca como títulos las inscripciones registrales de las fincas a su favor citando el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: *“A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos”*.

Por su parte, el Ayuntamiento invoca las actas de cesión de terrenos suscritas el 28 de febrero de 1978 y el 8 de marzo de 1982 para doce de las fincas.

De acuerdo con lo informado por la Dirección General de Gestión Urbanística las fincas cedidas han sido calificadas por el planeamiento vigente como viario público principal o secundario y han venido siendo destinadas a este uso desde su cesión, lo que determina que son bienes de dominio público de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, conforme al cual: *“Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”*.

Respecto de los bienes de dominio público la inscripción registral no era necesaria en el momento en que la cesión se produjo ya que les era de aplicación el Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria cuyo artículo 5, en su apartado segundo, exceptuaba la inscripción de *“Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial”*.

En la actualidad, el artículo 5 del Reglamento Hipotecario modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre dispone que *“los bienes*

de domino público podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial”, lo que significa que su inscripción es posible pero no obligatoria.

Ante esta circunstancia y habiendo incorporado la Administración municipal al expediente las actas de cesión de los terrenos, la presunción *iuris tantum* establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria debe considerarse destruida, puesto que existe prueba en contrario de la misma.

Al carecer de la titularidad de las fincas la reclamante carece también de legitimación activa para reclamar un daño por el uso por parte del Ayuntamiento de unos terrenos de titularidad municipal.

El informe de la Dirección General de Coordinación Urbanística reconoce que no puede acreditar documentalmente la titularidad de dos fincas que también se comprenden en la reclamación: las números ccc y bbb. Sin embargo, como ha quedado expuesto en antecedentes, la reclamante transmitió estas dos fincas a terceros, la primera en escritura pública de 28 de septiembre de 2007 y la segunda en escritura pública de 14 de diciembre de 2006. Bien es cierto que la reclamación sobre estas fincas se ciñe al periodo anterior a su transmisión, pero no es menos cierto que, por eso mismo, el daño producido sobre la mercantil en relación con estas fincas habría terminado de producirse en el momento de transmisión de las mismas. Se pretende el resarcimiento del daño el día 22 de febrero de octubre de 2010. El artículo 142.5 de la LRJAP-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*, habiéndose producido la venta de estas fincas más de un año antes de la formulación de la reclamación solo cabe considerar que el derecho a reclamar sobre las mismas había prescrito.

Sobre la finca ddd el informe de la Dirección General de Coordinación Urbanística indica que fue cedida para zona verde y red viaria en aplicación de la Ley especial para al municipio de Madrid, cuyo artículo 69 establecía que la aprobación definitiva de los planes parciales de iniciativa privada llevaban consigo la cesión obligatoria de pleno derecho al municipio de todos los terrenos destinados a vías, parques y dependencias públicas, por lo que aunque no consta acta de cesión de esta finca, la misma no era necesaria la tratarse de una cesión *ope legis*. Sin embargo, en este caso este órgano consultivo entiende que la mera afirmación de la directora general de Gestión Urbanística en su informe no destruye la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a favor de la mercantil reclamante al no constituir prueba suficiente en contrario, sin que ello implique un juicio por parte de este Consejo Consultivo sobre la titularidad de la finca, cuestión que excede de su ámbito de competencia y que únicamente se menciona a los efectos de señalar que entendemos que, por seguridad jurídica, procede dictaminar respecto del daño derivado de la utilización de esta finca para el establecimiento de zona de estacionamiento regulado.

CUARTA.- Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva

realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

QUINTA.- Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

En primer lugar hemos de considerar si en el caso que nos ocupa existe daño real y efectivo. La empresa reclamante no indica cuál es el perjuicio que ha sufrido por la colocación de parquímetros de zona verde de estacionamiento regulado en las parcelas cuya titularidad invoca sino que lo que plantea es que al Ayuntamiento de Madrid ha tenido un enriquecimiento injusto por instalar estos parquímetros en parcelas de titularidad privada. Pero ese pretendido enriquecimiento injusto, de haber existido, en ningún caso hubiera sido a costa de la empresa reclamante sino a costa de los usuarios de las plazas de estacionamiento regulado que hubieran satisfecho el importe correspondiente al tiempo de uso de la plaza de estacionamiento. Por lo tanto, no cabe considerar que la actuación municipal haya ocasionado daño alguno al reclamante.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada al carece la reclamante de legitimación activa respecto de parte de lo reclamado, haber prescrito el derecho a reclamar respecto de otra parte y no haber acreditado el daño.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA ROSARIO LAINA VALENCIANO Y AL QUE SE ADHIERE EL CONSEJERO ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS.

«María del Rosario Laina Valenciano, Consejera electiva del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular concurrente con el dictamen aprobado unánimemente por el citado Consejo, en la sesión de la Comisión Permanente del día 11 de enero de 2012, respecto de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el Ayuntamiento de Madrid por la mercantil A, solicitando una indemnización de 40.243.682 € en resarcimiento de los daños ocasionados, reprochando al citado ente público una utilización

ilegítima y sin permiso de los terrenos de su propiedad en los que se ha implantado el Servicio de Estacionamiento Regulado (SER).

Dicha reclamación fue objeto del dictamen nº 14/2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, concluyéndose la desestimación de la misma, resultado al que en absoluto me opongo, emitiéndose el presente voto concurrente para aportar a la Administración una nueva argumentación en que fundar la postura de rechazo que plasmó en la propuesta de resolución sometida a dictamen, frente a una reclamación presentada con absoluta carencia de fundamento jurídico.

I. Improcedencia de la acción de responsabilidad patrimonial.

Entiende la empresa reclamante que resulta procedente la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto la Administración Municipal a la que se dirige, ha realizado una "*utilización ilegítima y sin permiso*", imponiendo el Servicio de Estacionamiento Regulado (SER) en unos terrenos de su propiedad. Esa actuación pública es interpretada como un funcionamiento anormal de un servicio público estimando que concurre el presupuesto exigido por la LRJ-PAC (artículos 139 y 141) para la exigencia de responsabilidad patrimonial de un ente público. Asimismo, vincula a la citada actuación un daño a modo de lucro cesante, que cuantifica en 40.243.682 €, cantidad que resulta del cálculo de los ingresos percibidos por el ente público a través del SER en los terrenos que aduce que forman parte de su patrimonio.

Estoy completamente de acuerdo con la conclusión de ausencia de daño acreditado a la que se llega en el dictamen 14/2012, pues no solo es que el daño alegado no constituya un perjuicio real por carecer de una certeza más allá de la pura hipótesis de futuro eventual y contingente, tal y como exige la jurisprudencia para considerar resarcible el lucro cesante, sino que en el presente caso lo que concurre es una absoluta evidencia de que los

beneficios derivados de la implantación del SER nunca pudieron ser obtenidos por la mercantil reclamante, dada la naturaleza tributaria de dicho concepto regulado en el artículo 23 u) de la Ley de Haciendas Locales 39/1988 de 28 de diciembre, y como tal, con potestad de exacción exclusivamente pública *ex* artículo 133 de la Constitución Española.

Añado a dicha causa que impide prosperar la acción ejercitada, razones que inciden en la improcedencia de dicha acción, de análisis previo a los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Así, resulta de difícil encaje la citada acción de responsabilidad patrimonial ejercitada frente a una denuncia de usurpación de propiedad (*“utilización ilegítima y sin permiso”*), que es en definitiva lo que suscita el reclamante. Entiendo, por ello, que la absoluta incompatibilidad entre las pretensiones del reclamante y la naturaleza de la acción ejercitada, pudieran fundamentar la causa del rechazo a la misma en la improcedencia de la referida acción, opción esta ausente de análisis a lo largo de la fundamentación jurídica tanto de la propuesta de resolución como del dictamen objeto de este voto concurrente.

La responsabilidad patrimonial de la Administración, tiene su origen en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que al efecto dispone: *“Los particulares, en los términos establecidos en 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”*.

Para encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual, es preciso que nos encontremos ante el desarrollo normal o anormal de un servicio público, y no ante daños nacidos en virtud de vínculos dimanantes de relaciones jurídicas específicas, como es en el presente caso la relación dominical cuestionada.

En ausencia de servicio público, el daño alegado ha de ser resarcido, no por la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración, sino por la que se prevea en el Ordenamiento jurídico, para indemnizar daños derivados de esas concretas relaciones jurídicas, en este caso las acciones reivindicatorias de la propiedad o las inherentes al ejercicio de la potestad expropiatoria.

En este sentido se pronunciaba el Consejo de Estado, en su Memoria de 2003:

“... las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración eventualmente productora de un evento lesivo tienen, conforme a derecho una vía formal adecuada en función del instituto jurídico del que trae causa la obligación de reparación en cuestión. Con carácter general el Consejo de Estado ha venido reiterando que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, cual sería entre otros, el caso en el que el daño se produce en el seno de una relación de servicios profesionales. Ello, es debido a la configuración del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto para que no pueda ser conceptuado e interpretado como un instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria”.

Tal y como se ha mantenido con anterioridad, si el reproche que se realiza a la Administración municipal es la ocupación de bienes sin atenerse a los procedimientos legalmente establecidos (vía de hecho), estimando que se han producido daños derivados de esa ocupación, el procedimiento al que se debió acudir en defensa de sus intereses es el procedimiento expropiatorio.

El Tribunal Supremo ha diferenciado el procedimiento de expropiación forzosa y el de responsabilidad patrimonial. Así se ha mantenido en sus sentencias de 5 de abril de 2001 y 22 febrero 2000, precisándose en esta última: " Alega, en primer término, la apelante C, que se ha hecho una aplicación indebida del artículo 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Esta alegación debe ser estimada, pues esta Sala tiene declarado que cuando se ejercita una acción contra las vías de hecho de la Administración por ocupación de terrenos sin haber seguido el procedimiento legalmente establecido para la expropiación forzosa no es aplicable el plazo de prescripción establecido para la acción encaminada a exigir responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así, entre otras, en las sentencias de 25 octubre de 1993 (recurso de apelación 6410/1990) (RJ 1993, 7503) y de 8 de abril de 1995 (recurso número 4285/1991) (RJ 1995, 3228), hemos declarado, ante la alegación de que había prescrito la acción de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial formulada por la parte demandante al amparo de lo dispuesto por los artículos 120 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, que no se ejercita, en contra de lo que sigue sosteniendo el apelante, una acción derivada de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo plazo de prescripción se fija en un año por el artículo 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, sino que lo que pidió, y se ha dirimido en primera instancia, es su derecho a que se incoe un procedimiento expropiatorio respecto de los bienes de su propiedad ocupados por la Administración Municipal demandada con el pago del consiguiente justiprecio, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 33.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), 349 del Código Civil, 1 a 55 y 124 a 126 de la Ley de

Expropiación Forzosa y 1, 2, 3, 10 a 55, 139 y 140 de su Reglamento (RCL 1957, 843 y NDL 12533) ”.

También ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa (*vid.* por todas la Sentencia de la Sala 3^a, Sección 4^a, de 22 de septiembre de 2003; n^o de recurso 8039/1999), que: *“En el artículo 101 de la LRJ y PAC, bajo la rúbrica de “Prohibición de interdictos” (antes de que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se sustituyeran dichos interdictos por un procedimiento especial de protección posesoria), ha visto la doctrina y la jurisprudencia una referencia a la vía de hecho a través de una formulación negativa susceptible de una lectura a contrario sensu, es decir, siempre que un órgano administrativo lleve a cabo actuaciones materiales careciendo de competencia o sin respetar el procedimiento normativamente previsto, se admite a reacción interdictal por los particulares. Y es que la vía de hecho administrativa coloca a la Administración al pie de igualdad con los particulares, de manera que estos se ven liberados de la carga del onus probando frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa –que la vía de hecho destruye–, por un lado, y por otro, permite utilizar los medios de reacción del Derecho Civil, fundamentalmente los procesos posesorios, sin perjuicio, dice el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, de los demás medios legales procedentes”.*

Los procedimientos legalmente previstos para cada caso no son intercambiables por hallarse establecidos con una finalidad específica con trámites adecuados para tal fin, y en el presente caso, la prueba de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial elegido por la reclamante y seguido por la Administración no constituye el cauce jurídico adecuado para resarcir el peculiar daño alegado es que la fundamentación jurídica que se acompaña tanto en la propuesta de resolución como en el cuerpo del dictamen objeto de este voto, pivota en torno al análisis de la forma de

adquirir la propiedad de los terrenos objeto de controversia, con alusiones reiteradas a la legislación hipotecaria. La argumentación, propia de un procedimiento adecuado a la protección dominical o posesoria, coherente con la actuación pública objeto de reproche (*"utilización por esa Administración Municipal de unos terrenos propiedad de un particular para lucrarse percibiendo un canon"*), pero en absoluto compatible con el de responsabilidad patrimonial con trámites legalmente encaminados a determinar el enlace entre los daños alegados y la actuación pública en el desarrollo de los servicios públicos, a mi juicio fundamenta en definitiva el rechazo a la reclamación planteada por no constituir la vía formal de resarcimiento del daño alegado.

II. Prescripción.

Se aborda la siguiente cuestión relativa a la prescripción, pues si la Administración consultante decidiese entrar en el análisis de la situación dominical de los bienes respecto de los que se reprocha haber sido ilegítimamente utilizados, se echa de menos en la fundamentación tanto de la propuesta de resolución como del dictamen objeto del presente voto, el análisis de la concurrencia de la prescripción adquisitiva a favor del ente público, es decir la adquisición del dominio mediante usucapión que, sin necesidad de acudir a otros títulos, a veces de consecución difícil por el largo tiempo transcurrido como ocurre en el presente caso, destruiría las reivindicaciones dominicales del reclamante sustentadas fundamentalmente en su condición de titular registral.

Efectivamente, la propiedad de las fincas que constituyen viales significativos del municipio madrileño, se mantiene por el reclamante sobre la base de que aparece como titular de los mismos en el Registro de la Propiedad. No aparecen cuestionadas ni la publicidad registral de la titularidad a favor del reclamante ni que las fincas se hallan destinadas a viales desde los años 70, por lo que partiendo de estas dos realidades,

pacíficamente aceptadas, la aplicación de la denominada usucapio contra tabulas, por la prevalencia de la realidad extrarregistral sobre la constancia obrante en el Registro de la Propiedad, nos llevaría a entender que el propietario de los bienes es el Ayuntamiento de Madrid. Esta figura tiene su fundamento en la propia naturaleza del Registro de la Propiedad al que la legislación hipotecaria le atribuye la misión de dar publicidad de titularidades en interés de terceros que contratan sobre bienes raíces, no constituyendo en absoluto un repertorio inerte de titularidades jurídico-reales.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 diciembre 2006 RJ 2007\970 y de 17 mayo 2006 RJ 2006\4468, son reveladoras de la eficacia de la usucapio destruyendo la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en favor de quien aparece como titular registral. Así se pronuncia al respecto la segunda de las citadas:

"Por otra parte y en lo que atañe a las alegaciones relativas a la titularidad registral y su protección jurídica por los preceptos y principios que se invocan, ha de señalarse que el litigio precisamente lo que plantea es la extinción de dicha titularidad por la prescripción adquisitiva ganada por la Administración, es decir, por ser otra la realidad jurídica extrarregistral, de manera que carecen de virtualidad las alegaciones sobre la legitimación del titular registral para intervenir en las actuaciones del expediente expropiatorio, que se contemplan en el art. 3 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) y que no tienen en cuenta que la propia Ley en su art. 5 señala quien habrá de intervenir cuando «fuere la propiedad litigiosa», como es el caso; y del mismo modo la invocación de la presunción establecida a favor del titular registral en el art. 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886), que como presunción iuris tantum está sujeta a la acreditación en contrario de ser otra la realidad jurídica extraregistral (Ss. 27-2-1998 [RJ 1998, 2861],

14-9-2000 [RJ 2000, 8016] de esta Sala y Ss. 19-7-1995, 24-7-2003 [RJ 2003, 5857], 31-10-2003 [RJ 2003, 7977] Sala 1^a) y de cuyo resultado dependerá la eficacia de la protección jurídica que se invoca por la recurrente y que se contiene en los preceptos y principios alegados, así como la regularización que se pretende."

Como se ha visto, aun cuando la jurisprudencia admite que la adquisición de bienes de dominio público puede realizarse por medios o modos de Derecho Administrativo y también de Derecho Privado, entre ellos la prescripción adquisitiva o usucapión, esta forma de adquisición de la propiedad ha encontrado obstáculos cuando el acceso inicial a los terrenos por parte del ente público se hubiera producido sin mediar negocio jurídico traslativo de dominio, o cuando la posesión del ente público en concepto de dueño no quedara demostrada de una manera clara (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2002 RJ 2002\6549), protegiendo la normal confianza que el administrado tiene respecto de una actuación de la Administración sometida a la legalidad. En el caso que nos ocupa, la Administración ha acreditado que el acceso inicial a la propiedad se produjo, no por vía de hecho, sino dentro del proceso de ejecución del Plan de Ordenación del Sector Veguilla-Valdezarza-Vertedero, con cesiones voluntarias de terrenos por parte de la mercantil reclamante, acreditadas respecto de numerosas fincas. Como bien pone de manifiesto la propuesta de resolución, el referido acceso no se reflejó en el Registro de la Propiedad porque la legislación hipotecaria vigente en aquel momento (artículo 5 del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947), exceptuaba de inscripción registral los bienes de dominio público sobre la base de considerar que escasos beneficios podría aportar la publicidad registral a bienes fuera del tráfico jurídico y con titularidad notoria por las propias características de los mismos. Por otro lado, la documental fotográfica acompañada al expediente, revela una indiscutible posesión pública en concepto de dueño de los terrenos litigiosos por su

destino a viario público del municipio madrileño. Así lo entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8680) al señalar que el que reivindicaba la propiedad: "...conoció o desde luego tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que aquellos estaban afectados al uso público y poseídos, pues, a título de dueño por la entidad municipal". Esta situación que la reclamante ha conocido desde los años 70 sin que conste acreditada manifestación en contra de tal situación hasta el 22 de febrero de 2010, fecha de interposición de la presente reclamación, me lleva a concluir que a pesar de la publicidad registral, la realidad extrarregistral evidencia la titularidad pública de los bienes controvertidos. La falta de titularidad de la reclamante redundaría, no en ausencia de legitimación tal y como se mantiene en el dictamen, pues por su condición de titular registral ostenta innegables intereses en las fincas en cuestión, sino en falta de nexo causal entre la actuación pública, que supone un uso legítimo de los bienes de su titularidad destinándolos a uso público y el hipotético daño alegado. La inexistencia de este requisito esencial que se erige en soporte lógico del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, supone la ausencia de obligación indemnizatoria a cargo de la Administración.

Este es el voto particular concurrente que emito en Madrid, a 18 de enero de 2012».

Madrid, 19 de enero de 2012