

Dictamen nº:

300/18

Consulta:

**Consejera de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**

Asunto:

Responsabilidad Patrimonial

Aprobación:

28.06.18

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 28 de junio de 2018, sobre la consulta formulada por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido en nombre de “*Servicios Técnicos para el Desarrollo de Programas Urbanos, S.A.*” sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con un error en la aplicación de los precios máximos de venta de viviendas con protección pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de octubre de 2012 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, solicitud indemnizatoria presentada en nombre de la sociedad mercantil reclamante anteriormente identificada.

En el escrito de reclamación, ponía de manifiesto haber solicitado en abril de 2009 y obtenido en el mes de julio de aquel mismo año, la calificación provisional para una promoción de noventa y dos viviendas de protección pública. En la cédula de calificación provisional, que le había sido notificada en el mes de julio de ese mismo año, se había fijado el precio máximo de venta de las viviendas en un importe de 1.263,49€ por metro cuadrado, precio que la Administración había derivado de la aplicación de una orden sobre la materia de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio del año 2004.

Resalta la reclamante que, sin embargo, la orden de 2004 había sido derogada por otra de 2008, que era la que les resultaba de aplicación al estar vigente tanto en el momento de la solicitud como en el del otorgamiento de la calificación provisional, y que, conforme a la misma, el precio máximo por metro cuadrado que se tenía que haber aplicado a la promoción era de 1.576,64 euros.

Con base en ese motivo, en julio de 2009 formularon recurso de alzada, al igual que otros promotores en idéntica situación, siendo así que, ya en octubre de 2011, le sería comunicada la estimación de la impugnación. Conforme a ello, se le venía a aplicar a la promoción de que era titular el precio máximo establecido en la orden del año 2008, que también quedó reflejado en la calificación definitiva expedida en la misma fecha en que fue resuelto el recurso de alzada.

Llamaba la atención sobre el perjuicio que le había deparado el haber tenido que suscribir en el ínterin entre la calificación provisional y la definitiva (diciembre de 2009 y mayo de 2011), los contratos

privados con los compradores aplicando el precio máximo establecido en la derogada orden de 2004. En los tres años y medio que habían separado uno y otro acto administrativo, había tenido que seguir adelante con la promoción al estar sometida al cumplimiento de los plazos de ejecución y, llegado ya el momento de la elevación a públicas de las escrituras, estaba vinculada a los precios fijados en los documentos privados sin margen ninguno para su elevación.

Cifraba el perjuicio sufrido por la diferencia entre el precio aplicado y el que se hubiera podido obtener en las ochenta y tres viviendas vendidas, en la cantidad de 2.284.588,94 euros.

Adjuntaba a la reclamación escritura de poder general suscrito con fecha 4 de marzo de 2010 a favor de las dos personas que presentaban la reclamación en nombre de la mercantil promotora de las viviendas, la solicitud de calificación provisional, la cédula de calificación provisional, el recurso de alzada formulado contra esta, la orden por la que se estimaron el recurso de alzada de la reclamante y de otras promotoras y algunos documentos relacionados con la venta de las viviendas (escrituras privadas y públicas y notas simples del Registro de la Propiedad).

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

Mediante Acuerdo del Consejo de Administración del Consorcio Urbanístico "Los Molinos-Buenavista" de 8 de mayo de 2007, se adjudicó a la sociedad anónima actualmente reclamante la parcela B2-

2 del Sector PP-03 "Buenavista" de Getafe, por valor de 2.088.953 euros más IVA.

Según refieren los informes aportados al procedimiento, con fecha 22 de junio de 2007, la adjudicataria aceptó expresamente y sin reserva alguna la adjudicación de la parcela, comprometiéndose al cumplimiento de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que habían regido el concurso.

El 14 de abril de 2009, solicitó la calificación provisional de 92 viviendas con protección pública de precio básico, 92 trasteros y 188 plazas de garaje.

Mediante Resolución del director general de Vivienda y Rehabilitación de 2 de julio de 2009, se otorgó la cédula de calificación provisional. En ella, se estableció el precio máximo de venta por metro cuadrado de superficie útil en 1.263,49 euros en atención a lo dispuesto en el artículo 2.a) de la Orden 2863/2004, de 8 de noviembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se adecuan los precios máximos de venta de las viviendas protegidas a lo dispuesto en el Real Decreto 1721/2004, de 23 de julio, en relación con el municipio de Getafe, zona B.

La mercantil interesada, mediante escrito de 31 de julio de 2009, formalizó recurso de alzada contra la cédula de calificación provisional al considerar que se debía haber aplicado la Orden 116/2008, de 1 de abril, que adecua y adapta los precios máximos de venta y arrendamiento de las viviendas con protección pública a lo dispuesto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, y su modificación por Real

Decreto 14/2008, de 11 de enero. Por esa razón, instaba que se aplicara la cantidad de 1.576,64 euros como precio máximo del metro cuadrado de la superficie útil.

Mediante nuevo escrito de 23 de agosto de 2011, solicitó la calificación definitiva para 92 viviendas, 92 trasteros y 188 plazas de garaje. Adjuntó a la solicitud 91 contratos de compraventa que, a tenor de los informes incorporados al procedimiento, contemplaban un precio de 1.576,64 €/m² superficie útil sin hacer mención a la pendencia del recurso de alzada en el que solicitaban la aplicación de la Orden 116/2008, de 1 de abril.

Mediante Orden de 22 de septiembre de 2011, notificada el 3 de octubre, la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio estimó el recurso de alzada formulado por la actual reclamante contra la cédula de calificación provisional, así como otras cuarenta y tres impugnaciones similares, reconociendo la aplicación de la Orden 116/2008, de 1 de abril, a las promociones que solicitaron la calificación provisional con posterioridad a su entrada en vigor.

En aplicación del nuevo criterio, mediante Diligencia del director general de Vivienda y Rehabilitación de 19 de octubre de 2011, notificada el día 25 de octubre de 2011, se procedió a aplicar a la promoción los precios de la Orden 116/2008, de 1 de abril (1.576,64€/m² superficie útil).

Ya por Resolución del mismo director general de 20 de octubre de 2011, se otorgó la cédula de calificación definitiva para las 92 viviendas con protección pública y el mismo número de trasteros y

para las 188 plazas de garaje, fijando el precio máximo de venta por metro cuadrado de superficie útil en los ya referidos 1.576,64 euros.

TERCERO.- En el expediente administrativo que nos ha sido remitido, consta como primera diligencia del procedimiento de responsabilidad patrimonial, la emisión de un informe por parte del Área de Recursos e Informes de la Consejería afectada. Dicho documento, fechado el 27 de septiembre de 2013, aparece firmado por una técnica y por la jefa del Área de Calificaciones, con el visto bueno del subdirector general de Calificaciones y Subvenciones y de la directora general de Vivienda y Rehabilitación.

En el mismo, como aspecto más significativo de su contenido, se señalaba que, aunque la reclamante podía haber acudido en el año 2009 a la vía judicial contencioso-administrativa como otras promotoras en idéntica situación y no lo hizo,

“... parece, a la vista de las Sentencias números 37, 149, 201, 392, 395, 422 y 476 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, que de haber interpuesto STU recurso contencioso administrativo contra la calificación provisional habría obtenido un fallo favorable a su petición, esto es, a la aplicación de la Orden 116/2008, de 1 de abril.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que aunque, la Comunidad de Madrid mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda establece el precio máximo legal de venta de las viviendas con protección pública en virtud de lo dispuesto en el

artículo 13.2 de Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por el Decreto 11/2005, de 27 de enero; no significa que haya que obviar lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas que rigieron el concurso para la adjudicación del suelo respecto al precio ya que en el momento de adjudicación -8 de mayo de 2007- no podía contemplar otros precios de venta para las viviendas y anejos que los recogidos en la Orden 2863/2004, de 8 de noviembre, por ser la normativa vigente en aquel momento”.

Posteriormente, en fecha 15 de diciembre de 2017, los tres funcionarios que habían corroborado el anterior informe emitieron uno nuevo, a la vista de los pronunciamientos judiciales que habían ido recayendo sobre asuntos de temática similar al planteado por la reclamante. En ellos, se resumía la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la que se hará referencia en las consideraciones en derecho de este dictamen.

Tras la incorporación de estos informes, se ha concedido el trámite de audiencia a la mercantil reclamante. Sus representantes, mediante escrito presentado el 5 de febrero de 2018, se opusieron a las consideraciones vertidas en los dos informes administrativos incorporados al procedimiento, y reiteraron la pretensión ejercitada en el escrito de reclamación.

Finalmente, la técnico de apoyo del Área de Recursos y Asuntos Contenciosos, con el visto bueno del subdirector general de Régimen Jurídico, han formulado con fecha 4 de mayo de 2018 propuesta de

resolución en cuya virtud se sugiere del órgano competente para resolver la desestimación de la reclamación.

CUARTO.- La consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras formula mediante oficio que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el día 1 de junio, preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada por unanimidad en la sesión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de 28 de junio de 2018.

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

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión

Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La sociedad mercantil reclamante ostenta legitimación activa para formular la reclamación, al ser la entidad afectada por el acto administrativo, de otorgamiento de una cédula de calificación provisional sobre viviendas de protección pública, en el que se fundamenta la reclamación.

En su nombre actúan dos personas cuya capacidad de representación ha sido acreditada mediante la aportación de una escritura pública en la que se les otorga poder suficiente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, que es la Administración Pública que ha dictado los actos administrativos de los que la parte reclamante deduce la posible responsabilidad patrimonial.

En materia de procedimiento, se han observado los trámites legales y reglamentarios, marcados en la LRJ-PAC y en el RPRP. En concreto, y tal como previene el artículo 10.1 de la norma reglamentaria, se ha recabado informe de los servicios a cuyo funcionamiento se atribuye el daño causado, que ha sido emitido por el Área de Calificaciones adscrito a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación. Igualmente, se ha concedido el trámite de audiencia a la reclamante. No se observan por consiguiente defectos procedimentales de carácter esencial, o que puedan acarrear indefensión, a lo largo del procedimiento.

A tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año desde el momento de producción del hecho que motive la indemnización o desde la fecha en que se hayan manifestado sus efectos lesivos.

En el caso examinado, la reclamación trae causa de un acuerdo de calificación provisional de fecha 2 de julio de 2009, contra el cual planteó la interesada recurso de alzada que no fue resuelto hasta la fecha del 22 de septiembre de 2011, siéndole notificada la correspondiente Orden de la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio el 3 de octubre de 2011. Es en este momento de la resolución del recurso cuando, conforme a la doctrina de la *actio nata*, se unen los dos elementos del concepto de lesión, el daño y la comprobación de su ilegitimidad. De esta forma, la reclamación, presentada el 1 de octubre de 2012, ha de considerarse promovida dentro del plazo legal.

No debe finalizarse el examen del procedimiento seguido sin dejar mención de lo excesivo e injustificado del plazo de tramitación del procedimiento, que supera con mucho el máximo legalmente establecido.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su Título X, artículos 139 y siguientes, que ha de considerarse la norma de referencia en la cuestión objeto de dictamen, actualmente sustituida por las reglas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

- a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente 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 de los servicios

públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

- c) ausencia de fuerza mayor, y
- d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de

soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño".

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que, sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que

"... la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado".

El daño que alega la mercantil reclamante reside en la diferencia entre el precio máximo de venta aplicado a las viviendas en la calificación provisional y el más alto que, posteriormente, y a raíz del recurso de alzada formulado por la actual reclamante, les sería aplicado en la calificación definitiva.

En cuanto al carácter indemnizable de ese daño, ya han sido varias las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 10^a, que, siguiendo la línea marcada por la dictada con fecha 23 de octubre de 2015 por su Sección 10 (R. 875/2013), han rechazado pretensiones similares a la que sustenta la mercantil actualmente reclamante. Entre ellas, pueden citarse a título de mero ejemplo las sentencias de la misma Sala y Sección de 24 de noviembre de 2015, R. 1185/2012, y de 9 de diciembre de 2015, R. 1164/2012.

En ellas, la Sala sentenciadora insiste en la trascendencia para el caso de la demora de las promotoras en la presentación de la solicitud de la cédula de calificación provisional, como elemento determinante de la ruptura del nexo causal. En dicho sentido, la lesión patrimonial invocada por las respectivas reclamantes a título de lucro cesante, encuentra dos objeciones a la hora de su posible imputación a la Administración.

La primera objeción aplicada en vía judicial se relaciona con la circunstancia de que la calificación provisional habría quedado sujeta a la Orden 2863/2004, de 8 de noviembre, y, por tanto, a un precio máximo de venta de 1.474,07 euros por metro cuadrado útil, si las promotoras hubiesen cumplido con su obligación de solicitarla dentro del plazo de cuatro meses al que se vinculaban cuando asumieron el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato de Adjudicación de Parcela. Esto no ocurrió así porque la solicitud se realizó cuando, de modo favorable a sus intereses empresariales y previo incumplimiento del contrato, había entrado en vigor una orden

que había incrementado notablemente el precio máximo de venta de las viviendas protegidas.

En este sentido, la Sala llama la atención sobre el artículo 21.2 del Decreto 11/2005, de 27 de enero, que impide que, una vez otorgada la calificación provisional, pueda procederse a la actualización del precio de las viviendas, pudiendo tan solo anularse una calificación provisional a través de los mecanismos de revisión administrativa previstos en la legislación básica de procedimiento administrativo (artículo 21.4 del referido decreto).

Sostiene además la Sala que, sin necesidad de acoger la posición de la Administración sobre que el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales fuera buscado de propósito por las promotoras para favorecer sus intereses empresariales, el incumplimiento del plazo para solicitar la cédula de calificación provisional es el único elemento que ha supuesto la aplicación de la orden de 2008, en vez de la de 2004, al precio máximo de las viviendas. En dichos términos, considera que, ignorar la inobservancia de una obligación contractual adquirida entre las partes para conceder la indemnización de un resultado lesivo que, de haber cumplido oportunamente la promotora, no se habría producido, equivaldría a premiar dicha dejación y favorecer el incumplimiento de los deberes a los que vincula la buena fe contractual y, en suma, a admitir la más palmaria contradicción del aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* que se ha de traducir en que quien deje de cumplir con sus obligaciones no puede después pretender obtener provecho de ello.

La segunda objeción, que supone para la Sala un argumento adicional para la desestimación de pretensiones patrimoniales similares a la actualmente ejercitada por el reclamante, se relaciona con el hecho de haber procedido las promotoras a la venta de las viviendas protegidas sin haber obtenido una resolución expresa del recurso de alzada interpuesto contra la calificación provisional. En este sentido, considera que la decisión de arriesgarse a la venta de las viviendas a un precio más bajo que el que pretendía que se fijase sin haber obtenido la resolución expresa de su alzada, o, incluso, de no haber recurrido en sede jurisdiccional la desestimación presunta del recurso administrativo, tampoco es imputable a la Administración.

En atención en cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial al haberse producido la ruptura del nexo causal debido al retraso de la promotora en solicitar la calificación provisional de las viviendas y a la circunstancia de haber procedido a la venta de las viviendas sin esperar al resultado de la impugnación que había formulado en vía administrativa con respecto al precio máximo aplicable a su venta.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, 28 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 300/18

Excma. Sra. Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid