

Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad, en la sesión de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, celebrada el día 11 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido trae causa del escrito presentado el día 23 de julio de 2009 en el que se reclaman los daños y perjuicios que se le han ocasionado al reclamante como consecuencia de la dilación, a su juicio, indebida en la tramitación del procedimiento urbanístico para la ejecución del A.P.E. referido en el encabezado, que terminó con la declaración de la imposibilidad material de continuarlo debido a la aplicación de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, que derogó los preceptos de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM) que regulaban la figura del agente urbanizador.

Entiende la reclamante que se le han irrogado dos tipos de daños: el daño emergente consistente en el coste del proyecto de urbanización, del proyecto de jardinería, los honorarios de asesoramiento legal y los gastos financieros del aval prestado el 23 de noviembre de 2006; y el lucro cesante del desarrollo urbanístico no realizado. Para acreditar los primeros se aportan las correspondientes facturas, minutas de abogados y certificado bancario de los gastos financieros del aval; y para los segundos, informe de tasación realizado por Arquitecto y visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.

De los documentos obrantes en el expediente resultan los siguientes hechos de relevancia para la emisión del presente dictamen:

El 6 de mayo de 2004 la reclamante presenta iniciativa para la ejecución del meritado A.P.E., asimismo en calidad de agente urbanizador, presentando proyecto de urbanización el 24 de mayo del mismo año.

Se somete a la Comisión Permanente del Pleno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, de 14 de julio de 2004, la propuesta de estimar la iniciativa para la gestión de los terrenos comprendido en el A.P.E. 10.01 “Meiques”, para su ejecución por adjudicatario en concurso, que emite su conformidad a la propuesta.

El 29 de julio de 2004 el director de Servicios para la Gestión Privada, siguiendo instrucciones verbales de la gerente Municipal de Urbanismo, da la orden de paralizar todas las actuaciones administrativas sobre iniciativas de agente urbanizador hasta el mes de septiembre, en que se redactará una instrucción en la que se establezca la tramitación de estas iniciativas y las condiciones del concurso (folio 736).

Al día siguiente el representante de la reclamante presenta escrito en el que, dado que ha tenido conocimiento de los problemas de tramitación de los expedientes por la Gerencia Municipal de Urbanismo, solicita la paralización de los expedientes iniciados a su instancia por un plazo nunca superior a dos meses (folios 737 y 738).

El 18 de febrero de 2005 la empresa reclamante presenta escrito en el que se denuncia la dilación en la tramitación del procedimiento, por lo que solicita la reanudación de la tramitación del expediente y que se inicie procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños que el retraso le está ocasionando.

El 28 de abril de 2005 se reanuda la tramitación del expediente de gestión urbanística correspondiente al A.P.E. 10.01 “Meiques”, conforme a la resolución de la directora general de Gestión Urbanística de 1 de abril

de 2005, por la que se aprueba la instrucción relativa a la ejecución por adjudicatario en concurso (folio 755).

Por escritos de 28 de abril y 7 de junio de 2005, se requiere al reclamante para que aporte determinada documentación (folios 771 a 773), requerimiento que es cumplimentado el 15 de septiembre de 2005 (folios 775 a 778).

El 27 de marzo de 2006 se dispone la iniciación del expediente de contratación para la resolución del concurso, por procedimiento abierto, para la selección del promotor para la ejecución urbanística del referido A.P.E. (folio 783).

La Asesoría Jurídica emite, el 22 de junio de 2006, informe jurídico sobre los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que se plantean entre otras cuestiones, reparos a la calificación como contrato administrativo especial y a la aplicación directa de la legislación contractual (folios 833 a 847). A la vista del informe jurídico se procede a aprobar, con fecha 28 de septiembre de 2006, unas bases reguladoras del sistema de adjudicación por concurso y a la apertura de un periodo de información pública (folios 887 a 916).

El día anterior la reclamante presentó informe de un conocido despacho de abogados sobre el alcance interpretativo que ha de darse, al elaborar las bases del sistema de adjudicación por concurso, a las reglas de preferencia contenidas en el artículo 111.5 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Las meritadas bases fueron recurridas en reposición por el Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas (propietaria de los terrenos incluidos en el A.P.E.), la reclamante y otra empresa. La solicitud, de la primera de las recurrentes citadas, de suspensión cautelar del acuerdo recurrido fue desestimada por acuerdo de la Junta de Gobierno de 28 de diciembre de

2006 (folios 983 a 987). Todos los recursos fueron desestimados por sendos acuerdos de la Junta de Gobierno de 3 de mayo de 2007 (folios 1091 a 1097); de 10 de mayo de 2007 (folios 1098 a 1101); y de 24 de mayo de 2007 (folios 1102 a 1106).

Entretanto, la reclamante presenta, el 25 de noviembre de 2006, la documentación prevista en las mencionadas bases. En esa misma fecha otra empresa presenta alternativa a la iniciativa ejercida por la reclamante (folio 996 a 1077).

El 8 de enero de 2007 se procede al acto de apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa, conforme a lo previsto en las bases del concurso, y el día 18 al de los sobres 2 y 3. Casi dos meses después, el 13 de marzo de 2007, la Asesoría Jurídica emite informe acerca de los criterios de prevalencia previstos en el artículo 111.5 de la LSCM.

La reclamante vuelve a presentar, el 2 de agosto de 2007, escrito en el que se denuncia la falta de resolución del procedimiento, lo que está suponiendo perjuicios que, a su criterio, no tiene el deber jurídico de soportar, instando a la resolución definitiva del procedimiento urbanístico, lo que se reitera el 11 de septiembre de 2007.

El 19 de diciembre de 2007, la empresa que presentó alternativa a la iniciativa presenta escrito por el que abandona su proposición, solicitando la devolución del aval presentado. Al tener conocimiento la reclamante de que la otra empresa licitadora se retiraba del concurso, presentó escrito el 5 de febrero de 2008, instando a la continuación del procedimiento y a la adjudicación, a su favor, de la ejecución urbanística.

En el curso del procedimiento, se informa por la Coordinación General de Urbanismo, el 14 de febrero de 2008, que al expediente tramitado le sería de aplicación la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de

Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 17 suprime la figura del agente urbanizador, y en consecuencia procede terminar el procedimiento por imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, al amparo del artículo 87.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) (folios 1132 a 1140). A resultas de este informe se emite otro por la Subdirección General de Promoción del Suelo sobre la tramitación a seguir en los diferentes expedientes de ejecución urbanística que se siguen en el Ayuntamiento con agente urbanizador, y un tercer informe emitido el 13 de marzo de 2008 por el Departamento de Gestión Zona I que coincide en considerar procedente la aplicación del artículo 87.2 de la LRJAP-PAC y declarar la finalización del procedimiento por imposibilidad material de continuarlo, previo trámite de audiencia a los interesados.

Se concede a los interesados trámite de audiencia, en uso del cual presentan alegaciones tanto el propietario de los terrenos, como la reclamante. Esta última insiste en la continuación del procedimiento, rechaza la aplicación retroactiva de la Ley 3/2007, niega que la figura del agente urbanizador sea contrario al derecho de propiedad y denuncia trato discriminatorio respecto a otras iniciativas urbanísticas en otros ámbitos, en los que se ha adjudicado el concurso a favor de los propietarios. Las alegaciones son informadas por la Coordinación General de Urbanismo, el 10 de junio de 2008, en términos similares a los de su informe anterior, y por la Subdirección General de Promoción del Suelo, el 10 de julio de 2008.

Atendiendo a los informes emitidos, el 24 de julio de 2008, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid acuerda estimar las alegaciones del propietario del suelo y desestimar las de la reclamante, y *“declarar la finalización del procedimiento de ejecución urbanística por adjudicatario”*

en concurso del Área de Planeamiento Específico 10.01 “Meques”, por imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 87.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haber resultado derogada por la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, la regulación que daba cobertura a dicho procedimiento” (folio 1178).

TERCERO.- Interpuesta la reclamación, se procede a incoar expediente de responsabilidad patrimonial y mediante escrito de 8 de septiembre de 2009 se da traslado de aquélla a la correduría de seguros B (folio 281).

Por escrito de 22 de septiembre del mismo año, notificado el 21, se requiere al reclamante para que aporte manifestación de si ha sido o va a ser indemnizado por compañía de seguros o por cualquier otra entidad pública o privada como consecuencia de los daños objeto de la reclamación, e indicación de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones (folios 282 y 283), con apercibimiento de tenerle por desistido de su reclamación si no atiende el requerimiento efectuado.

Cumplimentando el anterior requerimiento, el 15 de octubre de 2009 se presenta escrito en el que se manifiesta que no ha sido indemnizado ni va a serlo. Asimismo, se indica que no se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas por los mismos hechos, sin perjuicio de que se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Junta de Gobierno, de 24 de julio de 2008, por el que se declaraba la finalización del procedimiento de ejecución urbanística por imposibilidad de continuarlo al haberse derogado la regulación que daba cobertura normativa a dicho procedimiento, si bien se especifica que en este recurso no se reclama responsabilidad patrimonial (folios 286 y 287).

Con fecha 7 de mayo de 2008, se remite el expediente a la Coordinadora General de Urbanismo, a fin de que se emita informe sobre los siguientes extremos:

- “• *Si está aprobado definitivamente el Proyecto de Urbanización del APE 10.01 Meques.*
- *Si el Proyecto de Urbanización aprobado es el presentado por A, en cuyo caso, se deberá detallar todos los documentos que fueron aportados, así como los proyectos redactados y visados por los Colegios Profesionales correspondientes.*
- *Si la oferta presentada por A, en el concurso para la ejecución urbanística del APE 10.01 Meques, se ajustaba a las Bases.*
- *Si C, representaba al menos el 50 % de los propietarios del ámbito y si iba a ser la adjudicataria del ámbito antes de presentar el 19 de diciembre de 2007, escrito de desistimiento.*
- *Si se ha ejecutado el APE 10.01 Meques o se encuentra en fase de ejecución.*
- *Motivos por los que se retrasó la adjudicación del concurso para la ejecución del ámbito urbanístico del APE 10.01 Meques.*
- *Copia del expediente aaa y de la Instrucción de 1 de abril de 2005 de la Directora General de Gestión Urbanística.*
- *Asimismo, podrá incluirse en el informe cualquier otro extremo que se considere oportuno y sea de interés para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada” (folios 314 y 315).*

Con fecha 15 de marzo de 2010, por la Subdirección General de Adecuación Urbanística se informa que:

“(..) en aplicación del acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 12 de marzo de 2009, por el que se modifica parcialmente el acuerdo de 18 de junio de 2007 relativo a la organización y estructura de las Áreas de Gobierno de Urbanismo y Vivienda y de Obras y Espacios Públicos, publicado en el BOAM nº 5903 de 20 de marzo de 2009 el expediente relativo al Proyecto de Urbanización del APE 10.01 Meques fue remitido con fecha 1 de abril de 2009 a la Dirección General de Evaluación Urbana del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos para continuar su tramitación.

De acuerdo con lo anterior se comunica que por lo que respecta a las cuestiones planteadas relativas al proyecto de urbanización, deberían ser solventadas por la Dirección General de Evaluación Urbana, al estar en posesión del expediente y ser de su competencia su tramitación. En cuanto al resto de cuestiones así como a la copia del expediente aaa, relativo a la Formalización de la Iniciativa, son competencia del Departamento de Gestión Zona 1” (folio 316).

Con fecha 8 de abril de 2010, se solicita a la Coordinadora General de Urbanismo que, a la mayor brevedad posible, recabe informe del Departamento de Gestión Zona 1, para que informe sobre los siguientes extremos:

- “• Si la oferta presentada por A, en el concurso para la ejecución urbanística del APE 10.01 Meques, se ajustaba a las Bases.*
- Si C, representaba al menos el 50 % de los propietarios del ámbito y si iba a ser la adjudicataria del ámbito antes de presentar el 19 de diciembre de 2007, escrito de desistimiento.*
- Si se ha ejecutado el APE 10.01 Meques o se encuentra en fase de ejecución.*

- *Motivos por los que se retrasó la adjudicación del concurso para la ejecución de un ámbito urbanístico del APE 10.01 Meques.*
- *Copia del expediente aaa y de la Instrucción de 1 de abril de 2005 de la Directora de Gestión Urbanística”.*

Con la misma fecha se requiere a la Dirección General de Evaluación Urbana para que se emita informe sobre si está aprobado el proyecto de urbanización del A.P.E. 10.01 “Meques” y si el aprobado es el presentado por la reclamante.

Por esta Dirección General se emite informe el 20 de abril de 2010 en el que se indica que el proyecto de urbanización fue aprobado inicialmente con fecha de 28 de septiembre de 2006 y, al haberse declarado la finalización del procedimiento por imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, no se ha seguido con la tramitación para la aprobación definitiva del proyecto de urbanización (folio 327).

El 27 de abril de 2010 se emite informe por el Departamento de Gestión Zona 1 del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, en el que se efectúa un relato de los hechos acaecidos en el curso del procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, con fecha 11 de septiembre de 2008, notificado el día 25 del mismo mes y año, se procede a dar trámite de audiencia a la reclamante, que comparece para vista del expediente y presenta alegaciones el 6 de octubre de 2010, ratificándose en las de su escrito inicial y advirtiendo que los informes incorporados al expediente se limitan a efectuar una relación sucinta de los hechos, sin responder a las cuestiones planteadas en la solicitud de informe.

Consta en el expediente que la reclamante ha presentado, ante el juzgado de lo Contencioso-Administrativo, recurso contencioso-administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de

responsabilidad patrimonial, que ha dado lugar al procedimiento ordinario 110/2010. No se tiene conocimiento de que se haya resuelto el citado recurso.

CUARTO.- Concluida la instrucción del expediente, se emite propuesta de resolución el 26 de febrero de 2011, en la que se concluye la desestimación de la reclamación por ejercicio extemporáneo de la acción para reclamar responsabilidad patrimonial.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo, LCC), según el cual: “1. *El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”. En el caso que nos ocupa, la cuantía de la reclamación asciende a 14.018.441,66 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

Por otra parte, la solicitud de dictamen ha sido cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia e Interior, de conformidad con el artículo 14.3 de la LCC “*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los presidentes de las mismas, y se cursarán a través del*

consejero competente en relaciones con la Administración local”, en relación con el artículo 32.2 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

El Ayuntamiento de Madrid es el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo, habiéndose en el caso presente hecho llegar la solicitud al consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio del vicealcalde de Madrid, de 8 de marzo de 2011, por delegación del alcalde.

SEGUNDA.- La reclamante formula su pretensión indemnizatoria, al haber ejercido la iniciativa urbanística para la ejecución del A.P.E. 10.01 “Meques”, *ex* artículo 31 de la LRJAP-PAC.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, al amparo del artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que atribuye a los municipios competencias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; título competencial que justifica la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

En lo que al plazo se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJAP-PAC, *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”*. La reclamación cuyo expediente se dictamina se fundamenta en la presunta responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid por el retraso injustificado en la tramitación de la iniciativa para la ejecución urbanística del Área de Planeamiento Especial (A.P.E.) 10.01, “Meques”, de Madrid, a través de agente urbanizador.

El procedimiento se resolvió finalmente por acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 24 de julio de 2008, por el que se declara la finalización del procedimiento por imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas al amparo de lo dispuesto en el artículo

87.2 de la LRJAP-PAC al haber resultado derogada por la Ley 3/2007, de 26 de junio, de medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, la regulación que daba cobertura a dicho procedimiento. Dicho acuerdo fue notificado a la reclamante el 4 de septiembre de 2008 y la reclamación cuyo expediente se dictamina fue presentada el 23 de julio de 2009.

Se considera en la propuesta de resolución que la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada es extemporánea porque si los daños se han ocasionado por los retrasos en la adjudicación del concurso, la fecha en la que se concreta dicha imposibilidad de adjudicación es la de la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 26 de julio, por la que se suprime la figura del agente urbanizador, esto es, el 31 de julio de 2007, por lo que la reclamación presentada el 23 de julio de 2009 se encontraría prescrita.

Sin embargo, este Consejo Consultivo no comparte el criterio seguido en la propuesta de resolución en cuanto a la extemporaneidad de la acción, pues el motivo de la reclamación estriba en que la dilación injustificada del procedimiento administrativo ha dado lugar a un acuerdo de finalización del procedimiento por imposibilidad material de continuarlo al haber sido derogados, por la Ley 3/2007, los correspondientes artículos de la LSCM relativos al agente urbanizador, de modo tal que si dicha dilación no se hubiera producido, la reclamante hubiera resultado adjudicataria y, en consecuencia, hubiera podido efectuar el desarrollo urbanístico del área en cuestión.

Ahora bien, el que la aprobación de la Ley 3/2007 haya supuesto la supresión de la figura del agente urbanizador, y en consonancia con esa supresión se haya puesto fin al procedimiento administrativo sin adjudicar el concurso, no significa que el *dies a quo* para el cómputo del plazo sea, en este caso, la entrada en vigor de la meritada Ley, pues en ese momento la empresa reclamante no conocía el alcance del quebranto al no haber

finalizado aún el procedimiento administrativo de ejecución urbanística en el que era parte interesada.

Al caso que nos ocupa le es de aplicación la doctrina jurisprudencial de la *actio nata* recogida, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (recurso 1545/04), que citando la de 23 de enero de 2001 afirma: “*el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello es posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (Sentencias de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitárla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad*”.

Sobre este punto es posible traer a colación la Sentencia 373/2004, de 13 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (RJCA 2004\418), recaída en un supuesto en el se solicitó licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar que resultó denegada por la aplicación de una nueva legislación que no estaba vigente en el momento de solicitarse. Considera el Tribunal que: “*Aun cuando la Ley causante de la supuesta lesión entró en vigor en fecha 13.10.1999, lo cierto es que en aquella fecha la eventual lesión todavía no se había manifestado por cuanto estaba pendiente de resolución la concesión/denegación de licencia interesada. No fue hasta el acuerdo del Consell Insular de fecha 19.04.2000 informándose desfavorablemente la solicitud de licencia cuando quedó cerrada la posibilidad de edificar a consecuencia de la Ley 9/1999, por cuanto fue en esta fecha en la que se confirmó administrativamente la imposibilidad de obtención de licencia y por tanto a partir de este momento se completaron los elementos fácticos y jurídicos que*

permiten el ejercicio de la acción. Entretanto no se resuelva la petición de licencia, puede considerarse prematura –o en todo caso no obligada– la reclamación como consecuencia de unos «gastos que han devenido inútiles al denegarse la licencia» ya que precisamente todavía no se ha denegado y se está pendiente de resolver la misma.

Por clara que aparezca la redacción de la Ley y la necesaria afectación al caso que nos ocupa, debe recordarse que la prescripción, como institución no fundamentada en principios de justicia intrínseca sino como mecanismo sancionador del abandono en el ejercicio de derechos, debe aplicarse con carácter restrictivo y sobre la premisa de que toda duda interpretativa debe resolverse en base a la constancia de esta dejación de derechos. [...]

Para el caso que nos ocupa, la «actio nata» se produce cuando, solicitada la licencia al amparo de la legislación anterior, luego se deniega por la aparición de una nueva legislación no vigente al tiempo de solicitarse la licencia. La denegación de la licencia es el presupuesto necesario para reclamar».

Lo mismo sucede, *mutatis mutandis*, en el caso objeto del presente dictamen, en el que hasta que no se acuerda la finalización del procedimiento por imposibilidad de continuarlo, no conoció en toda su magnitud el daño que el retraso en la tramitación del procedimiento le ha supuesto, máxime cuando la Ley 3/2007 no establece un régimen de derecho transitorio, ni resulta incontrovertida su aplicación a los procedimientos iniciados con anterioridad, como lo pone de manifiesto la circunstancia de haberse recabado en el seno del procedimiento diversos informes jurídicos sobre la procedencia de su aplicación al procedimiento.

TERCERA.- Nos encontramos ante un expediente de responsabilidad patrimonial, y como tal ha sido tramitado. No obstante, el acuerdo presuntamente generador de la responsabilidad patrimonial, esto es, el

acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 24 de julio de 2008, por el que se pone fin al procedimiento por imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, al haber sido derogada la regulación que daba cobertura al procedimiento, ha sido recurrido en vía contencioso-administrativa por la hoy reclamante, no constando que se haya dictado sentencia, circunstancia que debe ser tenida en cuenta dada la conexión que pudiera existir entre la resolución que ponga fin al proceso contencioso-administrativo contra el meritado acuerdo y la responsabilidad patrimonial que ahora se dictamina.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los cauces previstos tanto en la LRJAP-PAC como en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en lo sucesivo RPRP). Se ha recabado informe del servicio supuestamente causante del daño, exigido por el artículo 10.2 de la misma norma reglamentaria y se ha evaucado trámite de audiencia a los interesados, de acuerdo con el artículo 11.1 del precitado Real Decreto, que establece: *“instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, salvo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Al notificar a los interesados la iniciación del trámite se les facilitará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes, y concediéndoles un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.”*

CUARTA.- Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula la reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene

su fundamento en el artículo 106.2 de nuestra Carta Magna, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia: 1º) La efectiva realidad de un daño, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 [RJ 2003\6721], 12 de julio de 2005 [RJ 2005\5337] y 31 de octubre de 2007 [RJ 2007\7266], entre otras*); 2º) Que entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio público medie una relación directa de causa a efecto, con exclusión de los supuestos en que el daño se haya producido por fuerza mayor (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 [RJ 2003\886], 9 de mayo de 2005 [RJ 2005\4902] y 16 de octubre de 2007 [RJ 2007\7620], entre otras*); y 3º) Que la reclamación se formule en el plazo de un año desde que se produjo el evento lesivo o, en su caso, desde la curación o estabilización de las secuelas, si se trata de daños físicos o psíquicos (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2003 [RJ 2003\8308], 25 de enero de 2005 [RJ 2005\728] y 21 de mayo de 2007 [RJ 2007\3226], entre otras*).

Dichas notas han de completarse con la consideración de que la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, procede analizar la concurrencia del daño alegado, su relación causal con el funcionamiento de los servicios públicos y la antijuridicidad de aquél. Para ello es preciso atender al fundamento de la pretensión ejercitada. Considera la entidad reclamante que de no haberse producido un retraso en la

tramitación del procedimiento hubiera resultado adjudicataria del concurso para la ejecución urbanística.

Con carácter previo debe indicarse que la iniciativa para la ejecución urbanística que ejercitó la reclamante se hizo al amparo del artículo 104.c) de la LSCM, esto es, se trata de una iniciativa ejercida por quien no es propietario del terreno y una vez transcurridos los plazos previstos en la legislación urbanística para que los propietarios del suelo puedan ejercer la iniciativa.

Estamos ante la figura del agente urbanizador, si bien en la legislación madrileña se prescindió de tal denominación para considerarlo como “*adjudicatario en concurso*”. Ahora bien, al margen de nominalismos, el ejercicio de la iniciativa por parte de una persona que no tenga la condición de propietario no genera un derecho a la ejecución urbanística, desde el mismo momento en que la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid preveía, en su artículo 109, la posibilidad de presentación de alternativas a la iniciativa que concurrirían, en régimen competitivo, a la adjudicación a través de concurso.

A esta misma conclusión se llega en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1154/2008, de 20 de julio (RJCA 2009\25), que parcialmente reproducimos por su claridad: “*No se debe confundir el "derecho de iniciativa" en el mundo del urbanismo con el "derecho a la tramitación de un PAI" o con el "derecho de adjudicación"; la legislación urbanística estatal arts. 4, 15 y 16 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones y en el art. 6 de la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, de Suelo, establece ese derecho a la iniciativa de los particulares con base en el principio de libertad de empresa, ese mismo criterio es el que se establecía en el art. 45 de la Ley 6/1994, de 15 de Noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística y el art. 118.2, 129 y 130 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat,*

Urbanística Valenciana, por tanto, se puede concluir que existe un derecho a la iniciativa y participación de los ciudadanos y empresas en el urbanismo.

En cuanto al derecho a la tramitación, tenemos que afirmar que no existe como tal derecho pues no podemos olvidar que todas las leyes urbanísticas estatales o autonómicas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas, parten de dos premisas:

a) El urbanismo, en tanto que diseño de la ciudad, es una función pública, art. 1.1 de la Ley Valenciana de la Ley 6/1994, art. 3.1 de la Ley Valenciana 16/2005, criterio que podemos ver en todas las Leyes que precedieron y Jurisprudencia del Tribunal Supremo, actualmente el art. 3.1 de la Ley estatal 8/2007 remarca este carácter "...La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción..."

b) Esa función pública en que consiste la actuación urbanística se traduce en discrecionalidad a la hora de diseñar la ciudad y el "ius variandi" por parte de los Municipios como han puesto de relieve cientos de sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a lo largo de los años, así en la de 3.07.2005 (Sección Quinta) nos dirá el Alto Tribunal "...el planificador de gran discrecionalidad, teniendo en cuenta una multitud de factores, tales como el modelo urbanístico elegido para el municipio, la voluntad de desarrollo sostenido o desarrollo fomentado, la forma y localización en que el planificador desea que el desarrollo se materialice, etc.,..", discrecionalidad que no significa arbitrariedad como afirma el Alto Tribunal en sentencia 25.07.2007 (RJ 2007, 6918) (Sección Quinta)".

Además, en el caso que nos ocupa se da la circunstancia, de ningún modo baladí, que a la iniciativa presentada por la reclamante, se presentó

una alternativa por otra empresa, lo que excluye *per se* que necesariamente la reclamante tuviera que resultar adjudicataria del concurso. Es cierto que esta otra empresa que presentó alternativa la retiró, pero también lo es que esta retirada se produjo el 19 de diciembre de 2007, cuando ya había entrado en vigor la Ley 3/2007, por lo que el hecho de la retirada no hubiera modificado en absoluto el sentido del acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid. Así pues, aunque se hubiera adoptado unos meses antes de lo que se hizo, pero con posterioridad a la retirada de la alternativa, la consecuencia no hubiera sido, como sostiene la reclamante, la adjudicación a esta última, sino igualmente la finalización del procedimiento por imposibilidad sobrevenida de continuarlo, pues ya había entrado en vigor la ley que derogaba los artículos que daban cobertura jurídica al procedimiento.

Por otra parte, si la resolución del procedimiento se hubiera producido con anterioridad, esto es, antes de la retirada de la alternativa, como ya se ha señalado, nada obliga a pensar que necesariamente hubiera sido adjudicataria la reclamante, pues ello hubiera dependido de la puntuación que conforme a la baremación incluida en la base quinta del concurso se hubiera otorgado a cada propuesta, siendo posible, en hipótesis, que la adjudicación recayese en la otra empresa, en cuyo caso hubiera tenido que asumir los mismos costes económicos que ahora reclama, a excepción del coste del proyecto de urbanización que hubiera debido ser reintegrado por la adjudicataria del concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 110.2 de la LSCM.

E incluso hubiera podido darse otra alternativa: que el concurso quedara desierto, en aplicación del artículo 88.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo TRLCAP), aplicable al caso por razones temporales, que otorga a la Administración la facultad alternativa de adjudicar el concurso o declararlo

desierto, motivándolo con referencia a los criterios de adjudicación que figuren en los pliegos; lo que constituye una muestra más de que la reclamante carecía de un derecho a que se le adjudicara el concurso.

Sobre la aplicabilidad de la legislación de contratos a los concursos para la selección de adjudicatario para la ejecución urbanística, si bien inicialmente dio lugar a posiciones doctrinales y jurisprudenciales vacilantes, se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia decantándose por la tesis favorable a su aplicabilidad. Valga por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2009 (RJ 2009/574), que con cita de otras anteriores señala: *“Lo primero que hemos de decir es que esta Sala ha declarado repetidamente que a las adjudicaciones de Programas de Actuación Urbanística les es aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así lo hemos señalado, con cita de sentencias anteriores, en la de 8 de Abril de 2008 (RJ 2008, 3747) (casación 1231/04), con estas palabras literales: “En nuestras Sentencias de fechas 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 473) (recurso de casación 4839/2003) y 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1881) (recurso de casación 714/2004) hemos tenido ocasión de indicar que los preceptos legales y reglamentarios autonómicos han de interpretarse en armonía con la legislación estatal básica, pero, en cualquier caso, en esas mismas sentencias y en las de fechas 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 405) (recurso de casación 4245/2003), 27 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3149) (recurso de casación 6007/2003), 6 de junio de 2007 (RJ 2007, 4829) (recurso de casación 7376/2003), 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 674) (recurso de casación 10/2004) y 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1436) (recurso de casación 6745/2005), hemos declarado que es aplicable a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas contempladas en la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, y en el Texto*

Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dado que estos textos legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el artículo 149.1.18^a de la Constitución y han incorporado a nuestro ordenamiento interno el propio de la Unión Europea, entre otras la Directiva 93/37/CEE en materia de contratos de obras".

Más concretamente, sobre la aplicabilidad del artículo 89.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (equivalente al 88.2 del TRLCAP) al procedimiento de adjudicación de la ejecución se ha pronunciado expresamente el Alto Tribunal en su Sentencia de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007\405), en un caso en el que se discutía la adecuación a derecho de la adjudicación de la ejecución de un Programa de Actuación Integrada, señalando lo siguiente: *"Los criterios establecidos por el artículo 47 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de las Cortes Valencianas, reguladora de la actividad urbanística, para elegir una proposición entre las presentadas, eran acordes con lo dispuesto en los artículos 87 y 89.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1995), que vino precisamente a incorporar el texto de la Directiva 93/37 /CEE en materia de contratos de obras y era el ordenamiento vigente al tiempo de dictarse por el Pleno Municipal la resolución administrativa impugnada según lo establecido en la Disposición Transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 89.2 establecía que «la Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 87, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del*

concurso que figuren en el pliego», preceptos que, como más adelante vamos a explicar, han sido respetados por el Ayuntamiento recurrente al adjudicar la ejecución de la urbanización del sector destinado a polígono industrial a la entidad P.”

A la vista de lo anterior resulta meridianamente claro que el ejercicio de la iniciativa para la ejecución urbanística no comporta sin solución de continuidad un derecho a la adjudicación de la misma.

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la base séptima del concurso “*la adjudicación no crea derecho alguno a favor del adjudicatario propuesto, que no los adquirirá, respecto a la Administración, mientras no se haya formalizado el Convenio Urbanístico de gestión, que se tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes de la Ley 9/2001, lo que conlleva la necesidad de una posterior tramitación de un Convenio Urbanístico de gestión, cuyo contenido estará predeterminado por las obligaciones que adquieran las partes en virtud del presente Convenio*”.

Sentado lo anterior, la cuestión a analizar es si ha existido una dilación injustificada que ha ocasionado unos daños al reclamante que no tenga el deber jurídico de soportar.

La jurisprudencia exige un extremado rigor en la demostración clara y tajante de sus requisitos, supeditada a la acreditación inequívoca de que la Administración actuó con un criterio torpe y negligente en su modo de proceder, no dando la respuesta adecuada a cuestiones básicas ajenas a cualquier tipo de interpretación conflictiva, o mostrando una excesiva, arbitraria e injustificada tardanza en dar solución a los problemas que se fueran presentando, en este caso, en el desarrollo, gestión y ejecución de la unidad urbanística de que se trataba (*vid. Sentencia del TSJ de Galicia de 4 de abril de 2007 (JUR 2008/325211)*).

El examen del expediente pone de manifiesto la tramitación dificultosa del mismo por la novedad de la figura del agente urbanizador, unido a otras vicisitudes habidas durante el procedimiento, como la interposición de sendos recursos de reposición contra las bases que habían de regir el concurso para la adjudicación de la ejecución urbanística, lo que permite concluir que no se aprecian los requisitos de la responsabilidad patrimonial.

En efecto, una vez estimada la iniciativa por acuerdo de la Comisión Permanente del Pleno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid, de 14 de julio de 2004, el procedimiento administrativo se torna dificultoso por la escasez de regulación sobre la materia, lo cual afectó a todos los ámbitos, no solo al concurso del A.P.E 10.1, “Meques”.

Ello justificó la paralización de las actuaciones a la espera de que se dictaran unas instrucciones, paralización que, asimismo, fue instada por la reclamante.

En este sentido, con fecha de 1 de abril de 2005, la Dirección General de Gestión Urbanística dicta una instrucción relativa a la ejecución por adjudicatario en concurso, y con arreglo a ello se redacta el pliego de cláusulas administrativas particulares que había de regir el concurso para la adjudicación por procedimiento abierto, pero al aceptarse las consideraciones señaladas por la Asesoría Jurídica municipal en su informe de 22 de junio de 2006 relativas a *“Prescindir de las remisiones al Texto Refundido de la Ley de Contratos en lo relativo a los efectos y extinción; en concreto, la regulación que contienen sobre cesión del contrato, subcontratación, modificación y extinción”*, todos los pliegos tuvieron que ser sustituidos por unas nuevas Bases.

Además, el acuerdo aprobatorio de las Bases fue recurrido tanto por la reclamante, como por otra empresa y por el Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas, propietaria de los terrenos, quien solicitó la medida

cautelar de suspensión del acuerdo recurrido, medida que fue desestimada por acuerdo de la Junta de Gobierno de 28 de diciembre de 2006, y los recursos de reposición resueltos en sentido desestimatorio por sendos acuerdos de 3, 10 y 24 de mayo de 2007.

Todas estas vicisitudes, unidas al hecho de que la empresa reclamante no ostentaba un derecho a la adjudicación del concurso, conducen a rechazar la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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.

Madrid, 11 de mayo de 2011