

Dictamen nº: **266/13**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.07.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría en su sesión de 3 de julio de 2013, sobre la consulta formulada por el delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 17 de enero de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido en nombre y representación de A (en adelante, “*la reclamante*”), sobre daños y perjuicios derivados del retraso en la concesión de una licencia de obras.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de mayo de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno el día 10 de mayo de 2013, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento, comenzando a partir de esa fecha el cómputo del plazo señalado para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

A dicho expediente se le asignó el número 232/13 y su ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la Sección II. En sustitución de la

Presidenta de la Sección, el Consejero, Excmo. Sr. Don Jesús Galera Sanz, preparó y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2013, por seis votos a favor y tres votos en contra, formulando la Consejera, Sra. Laina el voto particular recogido a continuación del dictamen.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por el representante de A, presentada en una oficina de Correos el 18 de octubre de 2011, solicitando la indemnización de los perjuicios económicos derivados del retraso, injustificado para la reclamante, en la concesión de licencia de obras para el edificio sito en la calle B, nº aaa de Madrid.

En su escrito, ponía de manifiesto que, con fecha 23 de enero de 2002, mediante decreto del gerente municipal de Urbanismo, se ordenó a su representada *“proceder a la reparación de todos los elementos constructivos y en su caso a la sustitución de las zonas de estructura que a la vista del resultado del chequeo realizado estime necesario la dirección facultativa”*.

Como consecuencia de lo anterior, y ante la situación que amenazaba ruina inminente, se iniciaron las obras de consolidación, bajo dirección facultativa.

Según la reclamante, en noviembre de 2004 concluyeron las obras de consolidación estructural. No obstante, según manifiesta, se procedió a recalzar el edificio, a cuyo efecto se construyó un segundo sótano para la implantación de pilotes, que se podía aprovechar para la instalación de un garaje.

Con fecha 3 de marzo de 2005, se solicita licencia única de obras de reforma interior y apertura de actividad de garaje en sótano 2.

Siempre en el decir de la reclamante, el 24-25 de mayo de 2005 el expediente pasó a estudio de la Comisión de Protección y Control del Patrimonio, describiéndose la actuación como “*Acondicionamiento general del edificio para comercial oficinas y viviendas (5 por planta de 2^a a 4^a y 4 en la planta 5^a) y construcción de aparcamiento mecánico en sótano 2^º (26 plazas)*”. Sin embargo, el asunto fue retirado, al igual que en las sesiones de 31 de mayo y 1 de junio de 2005. En sesión de 7 y 8 de junio de 2005, se estableció la realización de visita de inspección, la necesidad de justificar la cubrición de patios, la sustitución de estructura de muros originales y la obtención del permiso por parte de la Dirección General de Patrimonio Histórico para llevar a cabo prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas.

En sesión de 21 y 24 de junio de 2005, se emitió el siguiente informe:

“*Realizada visita de inspección, se comprueba que se están realizando obras que en apariencia exceden de la orden de consolidación del Departamento de Control de la Edificación. En consecuencia, se considera que debe darse cuenta al Departamento de Disciplina Urbanística a fin de que paralice las obras.*

“*Se presentará memoria que se ajuste a la realidad de las obras, y planos de las zonas demolidas y reconstruidas, distinguiendo de las consolidadas. Se realizarán calas en crujías delanteras ya tapadas para poder comprobar el alcance real de las obras*”.

Destaca la reclamante que la primera visita de inspección se llevó a cabo el 21 de junio de 2005, cuando hacía más de un mes que la licencia se consideraba otorgada por silencio administrativo, ejecutándose, en consecuencia, las obras.

El 5 de julio de 2005 se giró visita de inspección por parte del Departamento de Disciplina Urbanística. Tras la emisión de diversos

informes, el jefe del Departamento de Control de la Edificación remitió nota de servicio interior al jefe del Departamento de Disciplina Urbanística en el que se exponía que “*Evidentemente aunque no se ha podido concretar el alcance de las consolidaciones y/o sustituciones realizadas, las obras de acondicionamiento interior de viviendas, y la ejecución de plantas de sótano para aparcamiento robotizado, no se encuentran amparadas en ningún caso por la orden de ejecución*”.

Sin embargo, indica la reclamante, no se hizo ninguna referencia al hecho de que se había solicitado la correspondiente licencia y de que la misma ya se encontraba concedida por silencio administrativo.

Con fecha 12 de julio de 2005, por decreto del director general de Gestión Urbanística, se ordenó la paralización y legalización de las obras de “*Acondicionamiento general y ejecución de nueva planta bajo rasante (2.º sótano) sin tener concedida licencia en tramitación y sin estar amparado por la orden de ejecución para consolidación y reparaciones de estructura*”.

Afirma la reclamante que con fecha 9 de mayo de 2006 se emitió propuesta de denegación que, básicamente, consideraba que las obras realizadas no eran de consolidación, sino de reestructuración general del edificio, no siendo éstas últimas legalizables. Finalmente, el 19 de julio de 2006, la coordinadora general del Área de Urbanismo emitió resolución por la que se denegaba la licencia solicitada, contra la que se interpuso recurso contencioso-administrativo.

Según la reclamante, el Servicio de Control de la Edificación dictó resolución (sic) de fecha 26 de junio de 2006 por la que entendía que se había comprobado “*la realización de las obras de reparación ordenadas*” y procedió al archivo del expediente. Entiende por ello la reclamante que Control de la Edificación en ningún momento consideró que se estaba llevando a cabo la reestructuración del edificio, “*pues si tal hecho hubiera*

“sido detectado en las sucesivas visitas efectuadas, se hubiera denunciado y adoptado las medidas correspondientes”.

Mediante resolución del director general de Gestión Urbanística, de 22 de noviembre de 2006, se declaró la caducidad del expediente de disciplina inicialmente abierto, procediéndose a la apertura de un nuevo expediente en el que, tras la emisión de diversos informes y alegaciones, con fecha 13 de junio de 2007, se dictó orden de demolición de algunas de las obras realizadas al entender que parte de ellas no eran legalizables.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por decreto de la coordinadora general de Urbanismo, de 5 de noviembre de 2007.

Con fecha 30 de enero de 2009 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid dictó sentencia declarando nula la resolución de 19 de julio de 2006 por la que se denegó la licencia de obras.

Por decreto del director general de Ejecución y Control de la Edificación, de 18 de octubre de 2010, se concedió la licencia de obras. Destaca la reclamante que el Ayuntamiento ha tardado más de un año y medio, desde que se declaró la firmeza de la sentencia en marzo de 2009, en otorgar una licencia a la que su representado tenía derecho, y más de cinco desde que se solicitase el 5 de marzo de 2005.

La reclamante afirma en su escrito que respecto al expediente de disciplina urbanística se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por Sentencia de 15 de enero de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado por Sentencia de 22 de septiembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 2^a) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid declarando nulas las resoluciones impugnadas.

Considera la reclamante que la denegación en un primer momento de la licencia de obras y el retraso después en el otorgamiento de la misma, así como el inicio del expediente de disciplina urbanística, han causado graves perjuicios a su representado consistentes en la imposibilidad de enajenar el inmueble, poner en funcionamiento el aparcamiento mecánico y explotar un local comercial, a lo que suma los intereses abonados a entidad bancaria por el préstamo hipotecario, desde el 5 de junio de 2005 hasta el 18 de octubre de 2010.

Por todo lo anterior, solicita una indemnización por importe de ocho millones setecientos setenta y siete mil quinientos noventa euros con sesenta y ocho céntimos de euros (8.777.590,68 €).

TERCERO.- Recibida la reclamación, por acuerdo de la instructora, de 28 de noviembre de 2011, se requirió al reclamante, por medio de su representante, a fin de que aportara una declaración relativa a no haber sido o no estar en el trance de ser indemnizado por otras personas o entidades por los mismos hechos; indicación de si por los mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas; acreditación de la propiedad del inmueble; copia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 9 e indicación de los restantes medios de prueba.

Mediante escrito presentado el día 30 de enero de 2012, el representante de la reclamante aportó la documentación requerida por la instructora e informa del encargo a C de informe pericial, por lo que se solicita la apertura de un periodo de prueba por treinta días.

Se ha incorporado al expediente administrativo (a los folios 64 a 1286) informe de la Dirección General de Control de la Edificación, de fecha 2 de abril de 2012, que difiere en varios puntos de los hechos expuestos en la reclamación, en el que se afirma:

“1º.- Con fecha 04-07-2005 el Jefe del Departamento de Zonas Protegida II cursa n.s.i. al Jefe del Departamento de Disciplina Urbanística dando cuenta de la realización de obras en la c/ B nº aaa, que en apariencia exceden de la orden de consolidación del Departamento de Control de la Edificación, a fin de que se paralicen dichas obras.

2º.- Por su decreto de 12-07-2005 el Director General de Gestión Urbanística dispone ordenar a A la paralización de las obras de acondicionamiento general y ejecución de nueva planta bajo rasante (2º sótano) sin tener concedida la solicitud de licencia en tramitación y sin estar amparado por la orden de ejecución para consolidación y reparaciones de la estructura.

En la misma resolución se requiere la legalización de las obras descritas con advertencia de demolición en caso de incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 193 y 194 de la ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Con fecha 15-07-2005 se gira visita de inspección y se comprueba que la orden de paralización ha sido acatada.

Con fecha 22-11-2006 se resuelve el archivo del expediente de disciplina urbanística bbb por caducidad del procedimiento al haberse rebasado el plazo de tramitación y resolución de diez meses previsto en el artº. 194.7 de la citada Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid.

3º.- Incoado nuevo expediente (ccc) se dicta resolución de demolición el 13-06-2007 para las siguientes obras:

- Obras de sustitución de gran parte del edificio manteniéndose parte de la estructura de la primera crujía de nueva ejecución el resto.

- *Cubrición de patio en planta sótano y baja en aproximadamente el 50 % su superficie.*
- *Demolición la escalera principal y reconstrucción con materiales distintos de los originales tabicando el hueco central y eliminando la barandilla.*
- *Construcción de dos plantas de sótano, una para uso de local comercial (1º) y otra para garaje aparcamiento (2º). Instalación de garaje robotizado.*
- *Modificación de fachada con el nuevo acceso al garaje.*
- *Implantación de oficinas en planta primera.*

La citada resolución es en reposición por 05-11-2007, interponiéndose contra ambas recurso contencioso-administrativo P.O. 11/2008 ante el Juzgado nº 22 de ese orden, resuelto sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22-09-2011 por la que se anula la orden de demolición al haberse declarado previamente la nulidad de la denegación de la licencia de obras solicitada (P.O. 11/2008, Juzgado Contencioso- Administrativo nº 9).

4º.- Con fecha 16-11-2011 se emite informe por la Unidad Técnica de Control de Obras del Servicio de Disciplina Urbanística sobre la adecuación de las obras a la licencia antes referida, con el siguiente resultado:

La licencia ddd, de acondicionamiento parcial legaliza por un lado obras de acondicionamiento general consistentes en:

- *Acondicionamiento sótano 2 para aparcamiento mecánico.*
- *Acondicionamiento general de las plantas sobre rasante.*

- *Obras de rehabilitación de la fachada.*
- *Obras de acabados de fachadas interiores de patio.*
- *Instalación del garaje aparcamiento mecánico.*
- *Instalaciones generales del edificio.*

Por otro lado, la licencia contempla las obras de adaptación que se deben de ejecutar consistentes en:

- *Sustitución de beatas por velux en los faldones de cubierta.*
- *Desmontaje del cerramiento del hueco de ascensor para sustituirlo por malla metálica, incluso cabina.*
- *Colocación de barandilla igual a la original.*
- *Modificación la carpintería interior de puertas de acceso a vivienda para reproducir los modelos originales.*

Por tanto, las obras que no se encuentran autorizadas en la licencia son:

- *Las beatas situadas en la cubierta.*
- *El cerramiento perimetral del hueco de ascensor actual así como la cabina instalada.*
- *La carpintería actual de acceso a las distintas viviendas.*

5º.- Mediante resolución de 13-01-2012 el Director General de Control de la Edificación ha dispuesto requerir a A la legalización de las obras no autorizadas en la licencia ddd concedida en cumplimiento de la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº 9 consistente en:

- *Construcción de beatas en cubierta (no se han sustituido por ventanas tipo velux como prescribe la licencia).*
- *Cerramiento perimetral del hueco de ascensor e instalación de cabina (no se ha sustituido por malla metálica como prescribe la licencia, incluso la cabina).*
- *Modificación de carpintería de acceso a viviendas (no se han reproducido los modelos originales como prescribe la licencia).*

6º.- *Los antecedentes expuestos ponen de manifiesto que las obras realmente ejecutadas en la finca no coinciden con las autorizadas en la licencia objeto del P.O. 11/2008, por lo que a juicio de quien suscribe no procede invocar perjuicio alguno por la denegación primero de la licencia, ni por el retraso luego en su otorgamiento, ni por el inicio del expediente de disciplina urbanística, puesto que dicho perjuicio podría, en su caso, ser tenido en consideración si el titular hubiese ejecutado las obras contempladas en la repetida licencia, pero no si la obra realizada ha sido otra distinta. Por más que la licencia hubiese sido concedida en su momento ello no hubiera significado la adecuación del titular a la legalidad urbanística, ni la no tramitación de un procedimiento de disciplina urbanística. De hecho, a pesar de las sentencias estimatorias la Administración continua instando el restablecimiento de la legalidad infringida, el cual solo se producirá cuando la construcción se adecue a la repetida licencia”.*

Se ha incorporado al expediente el informe del Departamento Jurídico de Edificación, de fecha 12 de abril de 2012 en el que se afirma que al día de la fecha no consta que por parte de A se haya solicitado licencia de primera ocupación y funcionamiento a los citados efectos y concluye afirmando que:

“Por todo lo expuesto en los apartados precedentes, teniendo en cuenta que no se ha ejecutado la totalidad de las obras autorizadas en licencia, aun cuando el citado garaje-aparcamiento está finalizado según manifestaciones del propio interesado en el año 2005, la licencia de funcionamiento tanto del garaje-aparcamiento como del local está condicionada a la de primera ocupación o de funcionamiento de la totalidad del edificio ya que precisamente es la licencia de primera ocupación la que permite la utilización del edificio y la de funcionamiento la que acredita el cumplimiento de las exigencias establecidas en la normativa ambiental o de prevención de incendios y la citada solicitud no se ha producido al estar parte de las obras pendientes de ejecución.”

Con fecha 16 de agosto de 2012, la reclamante presenta escrito al que adjunta informe pericial elaborado por C, conforme al cual, incrementa el importe de la indemnización pretendida a 11.139.437,40 euros.

Mediante acuerdo de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, de 18 de octubre de 2012, se confirió el trámite de audiencia a la reclamante que, con fecha 7 de diciembre de 2012, presenta escrito de alegaciones en el que se remite a lo expuesto en su escrito de 16 de agosto de 2012, al que acompaña informe pericial elaborado por C. Reitera, igualmente, la solicitud de indemnización por importe de 11.139.437,40 euros.

Con fecha 23 de noviembre de 2012, la Asesoría Jurídica municipal comunica a la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico que la entidad reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid.

Obra en el expediente Auto de 1 de febrero de 2013 del citado Juzgado declarando caducado el recurso por no haber presentado el escrito de demanda en el plazo legal.

Ultimada la tramitación, el 9 de abril de 2013 la instructora formuló propuesta de resolución, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que no se han ocasionado a la reclamante daños antijurídicos y efectivos.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado 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 (LCC) y se efectúa por el delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional de Madrid, por delegación efectuada por la Alcaldesa, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

Procede informar la presente reclamación toda vez, que supera los 15.000 euros fijados por el artículo 13.1 f) LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de la interesada, y su tramitación se encuentra regulada, por remisión del artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), 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 (en adelante LRJ-PAC) y el 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 (en adelante RPRP)

Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC por cuanto es la solicitante de la licencia cuyo otorgamiento tardío ha originado los daños por los que reclama una indemnización.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto titular de la competencia de gestión y disciplina urbanística conforme el artículo 25.2 d) de la LBRL.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y se haya determinado el alcance de las secuelas. Reclamándose en este caso, daños derivados del retraso en la concesión definitiva de la licencia de obras, habrá de estarse como *dies a quo* al momento en el que se concedió, esto es, el 18 de octubre de 2010 por lo que la reclamación interpuesta el 18 de octubre de 2011 lo fue en plazo.

En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha aportado por el reclamante la prueba que ha considerado pertinente y se han recabado informes de los servicios cuyo funcionamiento, supuestamente, han ocasionado el daño y se ha evaucado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 de la LRJ-PAC, dándose traslado al reclamante.

TERCERA.- 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 Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, como bien se razona en la propuesta de resolución, 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. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo,

Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización por los ciudadanos de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

CUARTA.- La reclamante solicita una indemnización por las pérdidas ocasionadas por el retraso en la concesión de la licencia de obras solicitada el 3 de marzo de 2005, puesto que la resolución denegatoria de la misma fue anulada por sentencia de 30 de enero de 2009 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de los de Madrid, y no fue hasta el 18 de octubre de 2010 cuando le fue concedida y por el expediente de disciplina urbanística abierto.

La reclamación se apoya en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC sin mencionar lo establecido en la normativa urbanística que recoge

expresamente la responsabilidad de la Administración en los casos de anulación de licencias y retraso injustificado en su concesión (actual artículo 35 d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio y artículo 44.2 de la ya derogada Ley 6/1998, de 13 de julio, de régimen del suelo y valoraciones).

En todo caso, esta responsabilidad, expresamente recogida en el ámbito urbanístico, no es diferente de la recogida con carácter general en la normativa de procedimiento administrativo y por ello ha de exigirse con arreglo a lo establecido con carácter general en la LRJ-PAC, por lo que analizaremos la concurrencia de los requisitos mencionados anteriormente.

Debemos analizar la antijuridicidad del daño y su relación de causalidad con la actuación de la Administración.

El artículo 35d) del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal establece que dará derecho a indemnización el retraso injustificado en la concesión de las licencias y su denegación improcedente, siempre y cuando no exista “*dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado*”.

En el presente caso, la reclamante, mediante una licencia derivada de una orden de ejecución de obras de consolidación y reparación de la estructura del edificio (consecuencia del mal estado de conservación del inmueble del que era propietaria) realizó actuaciones no amparadas por la orden de ejecución, aspecto éste reconocido expresamente por la propia reclamante mediante la solicitud de legalización de las obras ejecutadas.

La resolución denegatoria de esa legalización se basaba en que la reclamante había realizado obras que excedían de la autorización y no eran legalizables. Por el contrario, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid apoyándose en la prueba pericial de un perito insaculado, considera que las obras son legalizables y establece que el Ayuntamiento debe “*(...) retrotraer el trámite para conceder a la recurrente*

la posibilidad de subsanación de deficiencias conforme solicita en la demanda” (folio 1562).

Es decir, frente a lo afirmado en la reclamación de responsabilidad, la propia reclamante reconocía en el recurso contencioso que era preciso subsanar deficiencias en su solicitud de legalización. Por ello no resulta procedente afirmar, tal y como hace la reclamante, el que la licencia debía haberse concedido en el año 2005 o, subsidiariamente, en ejecución de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 (año 2009).

Como acabamos de indicar, la sentencia no concede la licencia ni condena al Ayuntamiento a que la otorgue sino que se limita a anular la resolución impugnada y a que se retrotraiga el procedimiento para que por la reclamante se subsanen deficiencias.

La actuación de la reclamante dio lugar a un procedimiento de disciplina urbanística, iniciado a instancias de la Comisión para la Protección del Patrimonio Histórico, Artístico y Natural (CCPHAN) que vigila el cumplimiento de la normativa de protección del patrimonio histórico-artístico y natural, que concluyó en una orden de demolición que fue igualmente recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, si bien en este caso el recurso fue desestimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 de Madrid que consideró que las obras realizadas excedían, notoriamente, de lo permitido por la orden de ejecución.

Esa sentencia fue revocada en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de septiembre de 2011 (recurso de apelación 490/2010) únicamente por entender que se produjo una situación de litispendencia impropia, por lo que, firme la sentencia de 30 de enero de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de

los de Madrid, producía efectos de cosa juzgada sobre el procedimiento sustanciado contra la orden de demolición.

En cualquier caso, es claro que nos encontramos ante un caso en el que la reclamante no actuó cumpliendo de forma estricta y con buena fe la normativa urbanística sino que realizó obras que excedían de la autorización concedida en la orden de ejecución y cuya posibilidad de legalización no dejaba de ser discutible tal y como se deriva de las discrepancias entre los informes técnicos municipales y los peritos intervenientes en los procesos judiciales. Además, como resulta de la sentencia de 30 de enero de 2009, la solicitud de legalización precisaba ser completada subsanando determinadas deficiencias, documentación que no se aportó hasta octubre de 2010.

Esta necesidad de subsanar deficiencias en la documentación aportada para la sentencia hace que no se pueda entender concedida la licencia por silencio positivo ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 (recurso de casación en interés de ley 45/2007) fija como doctrina legal que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la LRJ-PAC modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Si la documentación presentada era incompleta, ha de concluirse que la solicitud no reunía los requisitos exigidos por la normativa urbanística. Hoy día el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de

medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, establece el silencio negativo con carácter general.

A mayor abundamiento la reclamante se contradice, pues consta en el folio 1029 el informe de la CCPHAN, que se estudió en la sesión celebrada por dicha comisión los días 21 y 24 de junio de 2005, en el que se dictamina que *“Realizada visita de inspección se comprueba que se están realizando obras que en apariencia exceden la orden de consolidación del Departamento de Control de la Edificación”*. En cumplimiento del informe de la CCPHAN se procede a requerir a la reclamante, con fecha 15 de noviembre de 2005, para que aporte la documentación que en dicho dictamen se solicita, justificativa del alcance de las obras finalizadas. La reclamante, mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2006, afirma que *“esta parte no ha realizado otras obras que las correspondientes al cumplimiento de la orden de consolidación total para su estabilidad y seguridad dictada por el entonces Gerente Municipal de Urbanismo con fecha 23 de enero de 2002”* (folio 1042 del expediente). Sin embargo, más adelante, considera que acondicionar el sótano para garaje e instalar un ascensor-montacoches y el necesario núcleo de comunicación vertical para instalar el mismo corresponden al cumplimiento de la orden de consolidación total del edificio.

Todo ello hace que no se pueda considerar que hubo una demora *“injustificada”* en la concesión de la licencia sino que el retraso se debió a la propia actuación de la reclamante realizando obras no amparadas por licencia, obras cuya legalización era, cuando menos, discutible y además con una documentación incompleta, hecho éste reconocido por la propia reclamante en el recurso contencioso en el que solicitó la legalización.

Debe recordarse que la buena fe no es solo un principio de actuación de la Administración conforme el artículo 3.1 de la LRJ-PAC, sino que también los ciudadanos deben actuar con buena fe en sus relaciones con la Administración como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2010 (recurso 3371/2006).

Es más, como recogen los informes de los servicios técnicos municipales obrantes en el expediente, las obras realizadas tampoco se ajustan a lo autorizado en la licencia finalmente concedida.

La cuestión a determinar es si en efecto existe un retraso “injustificado” en la concesión de la licencia. A estos efectos, toda vez que ese retraso se ha debido a la anulación jurisdiccional de la denegación de la licencia solicitada, ha de aplicarse lo establecido en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC en cuanto a que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional no presupone por sí misma derecho a indemnización.

Como recientemente recordó nuestro Dictamen 96/13, de 20 de marzo, este Consejo viene señalando (vid. Dictamen 181/12, de 28 de marzo) que en esta materia la responsabilidad de la Administración por sus actos ilegales ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales.

Una primera corriente opta por un sistema de estricta responsabilidad objetiva que considera que los daños causados por actos ilegales son inexorablemente antijurídicos y, por tanto indemnizables sin que las víctimas tengan obligación de soportarlos, así las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (Recurso 7099/1995) y 27 de marzo de 2003 (Recurso 339/2000).

La segunda corriente considera que ha de exigirse una ilegalidad cualificada para considerar antijurídicos y, por tanto, indemnizables los daños producidos por actos administrativos ilegales. Es la llamada “doctrina

del margen de tolerancia” que ha sido acogida por este Consejo en dictámenes como los 450/09, 237/10, 122/11. En ellos se recoge que:

«(...) el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de febrero de 2008 (recurso 315/2006), ha señalado que (...) la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma.

Determinante de que la lesión sea indemnizable es que sea calificable de antijurídica, lo que supone que la Administración haya actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico. En palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 27 mayo 2004 (6/556/2000), 24 enero 2006 (6/536/2002), 14 febrero 2006 (6/256/2002) y 31 enero 2008 (4065/2003), “siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discretionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”. O como señala la sentencia de 14 julio 2008 (6/289/07) “si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica enderezada a satisfacer los fines para los que le ha atribuido la potestad que ejercita” no hay lugar a indemnización».

Esta doctrina se recoge igualmente en el derecho comunitario al exigir para declarar la responsabilidad de las instituciones europeas que hayan cometido una infracción suficientemente caracterizada del derecho comunitario como consecuencia de la inobservancia, manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria de los límites impuestos a su facultad de apreciación (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007 (Holcim, C-282/05)).

En este caso, la aplicación de esa doctrina requiere tener en cuenta, además, dos factores. De un lado, la expresa referencia de la normativa urbanística a que la denegación improcedente de licencias “*da (n) lugar en todo caso a derecho de indemnización*” salvo que exista dolo, culpa o negligencia grave del perjudicado, es decir, culpa exclusiva de la víctima y de otro, que la concesión de licencias urbanísticas es una técnica autorizatoria de la Administración en la que ésta fiscaliza la actividad proyectada y su conformidad a la legalidad urbanística (artículo 152 a) Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid constituyendo una potestad reglada de la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011 (Recurso 6153/2007) y 14 de febrero de 2012 (Recurso 3830/2010)).

Al tratarse por tanto de una actividad reglada, la actuación administrativa carece de márgenes propios de actuación por lo que es más difícil estimar que el proceder público transcurre por cauces de razonabilidad cuando deniega una licencia a la cual se tenía derecho, y así se reconoce posteriormente en vía judicial.

La jurisprudencia española admite, no obstante, la exoneración de la responsabilidad de la Administración en el caso de ejercicio de potestades regladas, aun considerando el mayor rigor que ha de presidir su apreciación, si la Administración actúa de forma razonable. Así podemos

citar las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 y de 16 de febrero de 2009 (recurso 1887/2007), señalando esta última:

“También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente) ”.

La misma doctrina se mantiene en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012 (recurso 7197/2010).

Este último aspecto, en cuanto a la *“interpretación razonable de las normas”*, se tiene en cuenta en dictámenes de este Consejo como el reciente 26/13, de 30 de enero, en el que se indica (a propósito de la anulación de una sanción urbanística) que:

«También ha de tenerse en cuenta en el análisis de la antijuridicidad de la actuación de la Administración, el hecho de que la Sentencia de instancia ratificase el ejercicio de la potestad sancionadora realizado por el ente municipal, pues existe asimismo una jurisprudencia que entiende que la disparidad de criterios entre la primera y la segunda instancia es reveladora de que la Administración no actuó irrazonablemente. En este sentido, nuestros Dictámenes 299/10, de 22 de septiembre y 504/12 de 12 de septiembre, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 y 10 de junio de 1986, manifestando esta última:

“(...) sin perjuicio de admitir como la jurisprudencia citada, que toda denegación de una solicitud ocasiona siempre alguna clase de perjuicios al interesado, siendo susceptible por tanto de configurar el resultado dañoso en abstracto, no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad en la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad, solo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo, revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio mantenido por la Administración local, máxime si como ocurre en materia de licencias municipales, la jurisprudencia abunda en la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial, de no concurrir una flagrante desatención normativa, ausente en el marco de la compleja problemática urbanística contemplado en el recurso... ”».

Este Consejo ha acogido, según lo expuesto, la doctrina llamada “*margen de tolerancia*” en la actuación de la Administración, de tal modo que para valorar la antijuridicidad del daño causado no basta con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que se hace precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables. En este

caso la actuación del Ayuntamiento de Madrid se ha movido dentro de los márgenes razonables por lo que no puede considerarse que el daño tenga el carácter de antijurídico.

Por todo ello ha de concluirse que no ha existido un retraso indebido en la concesión de la licencia, sino que la demora fue debida a la propia actuación de la reclamante. La realización de obras no autorizadas y la insuficiente documentación aportada por la reclamante hicieron que, incluso después de la Sentencia de 30 de enero de 2009 del Juzgado de los Contencioso Administrativo nº 9 de los de Madrid, fuera necesario requerir a la reclamante documentación que permitiera determinar las obras que había llevado a cabo y poder establecer su conformidad con la normativa urbanística. Documentación que no fue totalmente aportada hasta el 6 de octubre de 2010 por lo que no puede en ningún caso entenderse que hubo demora en la concesión de la licencia el 18 de octubre de ese año. En este sentido, la actuación de la Administración fue correcta ya que, una vez subsanadas las deficiencias, concedió rápidamente la licencia sin escudarse en la pendencia del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado que confirmaba la orden de demolición.

En definitiva, no hubo una demora injustificada sino que los retrasos en la concesión de la licencia se debieron a la propia conducta de la reclamante, de tal forma que excluye toda posibilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que, como indica el informe del Departamento Jurídico de Edificación, de fecha 12 de abril de 2012, a ese día no consta que por parte de A se haya solicitado licencia de primera ocupación y funcionamiento a los citados efectos y concluye afirmando que:

“Por todo lo expuesto en los apartados precedentes, teniendo en cuenta que no se ha ejecutado la totalidad de las obras autorizadas en licencia, aun cuando el citado garaje-aparcamiento está finalizado según manifestaciones del propio interesado en el año 2005, la licencia de funcionamiento tanto del garaje-aparcamiento como del local está condicionada a la de primera ocupación o de funcionamiento de la totalidad del edificio ya que precisamente es la licencia de primera ocupación la que permite la utilización del edificio y la de funcionamiento la que acredita el cumplimiento de las exigencias establecidas en la normativa ambiental o de prevención de incendios y la citada solicitud no se ha producido al estar parte de las obras pendientes de ejecución.”

Por tanto, a fecha 12 de abril de 2012, posterior a la presentación de la reclamación, que fue el 18 de octubre de 2011, la reclamante no ha solicitado la licencia de primera ocupación y funcionamiento por lo que, en base a los actos propios de la reclamante, no puede entenderse que se le haya producido daño alguno en la demora de la concesión de la licencia de obras.

QUINTA.- Aunque no se ha producido ningún daño antijurídico es preciso señalar, como indica la propuesta de resolución, que tampoco debería admitirse la indemnización solicitada de 11.139.437,40 euros. Dicha cifra resulta de valorar un daño emergente que deriva de costes por asesoramiento jurídico, peritos, procurador y arquitectos (70.394,22 euros), costes derivados del préstamo hipotecario (1.266.796,18 euros), gastos por seguro e impuestos (162.594,59 euros), gastos por adecuación del garaje a la nueva normativa (210.528,11). A estas cantidades les suma el interés legal del dinero durante el periodo de cinco años en el que considera que hubo retraso en la concesión de la licencia sobre la base de aplicar un promedio de 2,68 años y un tipo medio del 4,5 % de lo que

resulta 1.677.072,92 euros. Añade igualmente 1.889,97 euros por “*impuestos abonados pero que son recuperables*” reclamando un total por daño emergente de 1.889.491 euros. Por lucro cesante reclama 3.875.332 euros, en cuanto diferencia del valor del inmueble entre la fecha de denegación de la licencia y la de su concesión, al que añade el interés legal del dinero sobre el dinero que habría obtenido de haber vendido el inmueble en el año 2005, de lo que resulta una cantidad de 4.844.165 euros. Por último, reclama 530.499,40 euros en concepto de daño moral aplicando, por analogía, el 5% de premio de afección que recoge la legislación de expropiación forzosa a las cantidades obtenidas.

Procede, en todo caso, analizar la efectiva existencia del daño que según la reclamación vendría constituido por la disminución del valor del inmueble, el lucro cesante derivado de no alquilar el garaje y el local comercial y lo que denomina “*intereses bancarios pagados en demasía*”.

Respecto al lucro cesante, es preciso recordar, como ya ha señalado este Consejo en dictámenes anteriores (entre otros, dictamen 436/09 y 392/12) que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que:

- “*a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].*
- “*b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.*
- “*c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de este como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de*

obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998).

En el mismo sentido se orienta la Sentencia de 22 de febrero de 2006 del Tribunal Supremo, (recurso 1761/2002), al afirmar que “*la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas*”.

En cuanto a la disminución del valor del inmueble se justifica aportando una valoración del mismo efectuada por una sociedad de tasación consistente en un certificado en el que consta como medios de valoración utilizados los de “*coste-comparación-residual*” a los efectos de la hipoteca constituida sobre el inmueble, valoración que constituye una mera expectativa sin sustento alguno.

Debe recordarse que el citado informe, como toda prueba pericial, ha de valorarse con arreglo a las reglas de la sana crítica y su análisis permite comprobar que los daños a los que alude son, en gran medida, meramente hipotéticos ya que parte de considerar que la licencia debía haberse concedido en el año 2005 cuando, como hemos dicho, la actuación municipal dista de considerarse irrazonable ya que la propia sentencia que anuló la resolución denegatoria determinaba que la reclamante debía subsanar su solicitud, por lo que se limitó a retrotraer el procedimiento. Por ello la reclamante tuvo que aportar documentación adicional para subsanar determinadas deficiencias del proyecto y que, incluso concedida la licencia, existían aspectos en los que el Ayuntamiento consideró que las obras no se ajustaron la licencia concedida (folios 64-66 y 264).

No procede el abono de cantidades referidas a la constitución del préstamo hipotecario ni los gastos de estudios técnicos y asesoramiento jurídico que no tienen relación con el supuesto retraso en la concesión de la licencia, sino con las actuaciones realizadas para lograr la legalización de las obras, cuestión al margen del supuesto retraso en la concesión de la licencia. Es más, en algún caso se incluyen facturas de asesoramiento jurídico relativos a la transmisión de una licencia, actuación que carece de toda relación con los hechos por los que se reclama (folio 1335).

Tampoco puede admitirse la reclamación del lucro cesante en cuanto que dicha reclamación se realiza a partir de conjeturas como es la venta de los pisos a determinadas valoraciones cuando no está acreditado que la venta se haya realizado a esos valores.

De igual forma no resulta acreditado la necesidad de adaptar el garaje a la nueva normativa que ni siquiera se llega a identificar y resulta absolutamente improcedente la aplicación del premio de afección previsto en la normativa de expropiación forzosa (artículo 47 de la Ley de Expropiación Forzosa) tal y como señalamos en nuestro Dictamen 638/12,

de 28 de noviembre, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 (recurso 8381/1990).

Todo ello conduce a que no se pueda tener por acreditado fehacientemente el daño reclamado.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo es de la siguiente

CONCLUSIÓN

Debe desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial al no existir daño antijurídico ni relación de causalidad con la actuación 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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO

«Formulo el presente voto particular al amparo del artículo 15.3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 266/13 de la Comisión Permanente del

Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de fecha 3 de julio de 2013, por el que se acuerda desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en demanda de obtener una indemnización por los perjuicios económicos derivados del retraso en la concesión de una licencia de obras y del expediente de disciplina urbanística abierto.

El presente voto se va a ceñir al análisis de la responsabilidad derivada del retraso en la concesión de licencia vinculado a la resolución denegatoria anulada de 19 de julio de 2006, único motivo de discrepancia, por apreciar, igual que la Administración según postura recogida en la propuesta de resolución, que ningún daño se ocasiona del expediente de disciplina urbanística incoado a la reclamante, a pesar de haber sido asimismo anulado por sentencia.

En esencia el dictamen objeto del presente voto particular rechaza la reclamación patrimonial instada, por considerar que el retraso en la concesión de la licencia resulta imputable a la reclamante, ya que no cumplió la normativa urbanística, realizando obras que excedían la orden de ejecución dictada para consolidar el edificio y no amparadas por la preceptiva licencia. Abunda en el hecho de que para la legalización de las obras realizadas, fuese preciso el desarrollo de unas actuaciones de subsanación de deficiencias y de aportación de documentación que no fueron cumplimentadas por la reclamante hasta el mes de octubre de 2010, resaltando el hecho de que a fecha 12 de abril de 2012 la licencia de primera ocupación y funcionamiento no había sido todavía solicitada.

En contra de lo dictaminado, entiendo que se dan todos los elementos integrantes de la responsabilidad patrimonial, por lo que, a mi juicio, la conclusión debería haber sido de estimación de la reclamación instada, si bien moderando la indemnización solicitada por los motivos que a continuación expongo.

Hemos de partir de la consideración de que, tal y como se expone en el dictamen, la responsabilidad patrimonial conectada con la figura de la licencia urbanística tiene una regulación específica en el artículo 35d) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, contemplando tres supuestos (anulación de licencias, demora en su concesión y denegación improcedente) que, en tanto manifestaciones de un deficiente funcionamiento de la Administración urbanística, configuran supuestos indemnizatorios, siendo en este sentido la jurisprudencia proclive a aceptar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración teniendo en cuenta que con ellos se evidencia una ilegalidad acreditativa de la anormalidad en el ejercicio de las potestades públicas. Como también recoge el dictamen, la jurisprudencia viene declarando que en todos estos casos se siguen las reglas comunes de la responsabilidad patrimonial, si bien el artículo 35d), contiene *in fine* una regla específica que demanda, para que dicha responsabilidad pueda ser exigida, la ausencia de dolo, culpa o negligencia grave imputables al interesado. La jurisprudencia ha interpretado esta causa de exoneración, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008, en recurso de casación 1678/2004, recoge lo siguiente:

“La propia jurisprudencia va señalando los criterios para apreciar supuestos de exclusión de la responsabilidad administrativa por dolo o culpa grave del perjudicado. Así, en la sentencia de 15 de abril de 2003 (RJ 2003, 3775), se alude a “la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, demás circunstancias concurrentes, etc. mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración” (como ocurría en los casos resueltos en sentencias 26 septiembre 1981 [RJ 1981, 3848], 14 diciembre 1983 [RJ 1983, 6341], 3 diciembre 1986 [RJ 1987, 990] y 30 enero 1987 [RJ 1987, 2032]), y “ocultando o desfigurando datos que puedan inducir a error a la Administración” (así en el resuelto en la sentencia 22 noviembre

1985 [RJ 1986, 473]). Por su parte la sentencia de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4412), por referencia a la de 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6552), señala que "es doctrina jurisprudencial reiterada que la culpa o negligencia graves (y, por supuesto, el dolo) no se originan por el conocimiento más o menos completo que se pueda tener de la infracción, porque la "gravedad" exige que la conducta sea tan intensa que la licencia no se hubiera dado sin ella - Sentencia de 4 de julio de 1980 (RJ 1980, 3410)- y que se proyecte sobre el procedimiento de concesión, puesto que las normas urbanísticas obligan a la Administración y a los administrados y el Ayuntamiento no puede prescindir de un examen acabado para comprobar si el proyecto está o no conforme con el Plan". En este último aspecto insiste más adelante la misma sentencia de 28 de mayo de 1997, señalando que "Como declara la sentencia de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 473) "no se puede olvidar que las normas urbanísticas obligan a la Administración y a los administrados y que el Ayuntamiento para otorgar la licencia no puede prescindir de un examen acabado para comprobar si el proyecto está conforme con el plan o las normas urbanísticas aplicables para lo cual dispone de los informes de sus servicios técnicos".

De lo expuesto se desprende que para apreciar dicha causa de exoneración de la Administración de la indemnización por los daños causados por su actuación contraria a derecho, no basta cualquier conducta del perjudicado sino que ésta ha de ser idónea, es decir, ha de ser la causa motivadora del ilegal proceder de la Administración autorizante, de tal modo que de no haber mediado ésta, la licencia no se hubiera denegado y además, ha de revestir una especial intensidad, pues la ley exige la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave.

A mi juicio, la conducta de la reclamante señalada en el dictamen no ostenta ni la idoneidad ni la intensidad que la ley y la jurisprudencia demandan para fundamentar adecuadamente la causa de exoneración de la responsabilidad instada.

La denegación de licencia contenida en la resolución de 19 de julio de 2006, declarada ilegal por Sentencia 30/09 de 30 de enero de 2009 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 9, solo podría ser imputable a la reclamante perjudicada si hubiese mediado una conducta que indujese a error a la Administración. En los casos de responsabilidad por anulación de licencias son frecuentes los supuestos de exoneración de responsabilidad de la Administración, pues se producen con cierta asiduidad conductas del perjudicado como los errores o la constatación de datos no ajustados a la realidad en el proyecto, *pro domo sua*, con la finalidad de obtener la licencia solicitada. En los casos de denegación injustificada de licencias, es más difícil encontrar conductas del perjudicado que exoneren a la Administración, pues el error o el engaño atribuible a éste, resulta altamente improbable que se produzca precisamente para impedir la autorización que se solicita. Un ejemplo de los escasos supuestos de exoneración de responsabilidad de la Administración en casos de denegación improcedente de licencia, se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio 1984, por mediar una conducta del perjudicado responsable del proceder público y por tanto con capacidad de romper el nexo de causalidad:

“obligan a tener por incuestionable el hecho, por otra parte fehacientemente acreditado, de que el mencionado acuerdo denegatorio, dada su motivación, tuvo origen exclusivo en el error cometido por el propio recurrente al señalar en el primer Plano de su Proyecto de obras la superficie de 2.080 m², inferior a la mínima de 3.000 exigida por el art. 89 de las Normas Urbanísticas de

aplicación y esta circunstancia impide que pueda apreciarse entre los daños y perjuicios reclamados y dicho acto administrativo la relación de causalidad".

En definitiva la conducta de la reclamante, puesta de manifiesto en el dictamen no puede fundamentar la exoneración de responsabilidad por parte de la Administración por la ilegalidad de la resolución denegatoria de la licencia sin admitir la posibilidad de subsanación y el consiguiente retraso en la obtención de la misma, pues lo que motivó tal acuerdo denegatorio no fue ni el hecho de que se desarrollasen obras sin licencia, ni que se requiriesen, con posterioridad a la sentencia que declaró la nulidad de la mencionada resolución, actuaciones de subsanación, ni mucho menos que a día 12 de abril de 2012 las licencias de ocupación y funcionamiento no se hubiesen solicitado. El motivo que fundamentó la denegación fue la interpretación de los servicios municipales, no ajustada a derecho, de que las obras plasmadas en el proyecto presentado contravenían la normativa urbanística por tratarse de obras de reestructuración general sin posibilidad de legalización en un edificio fuera de ordenación relativa, en contra de la tesis de la reclamante respaldada por los peritos judiciales y acogida por los órganos judiciales de que se trataba de obras de reestructuración parcial y legalizables. No medió error o engaño de la reclamante, antes al contrario, sobre los datos aportados, ajustados a la realidad, la Administración motivó la denegación ilegal, por la interpretación inadecuada del carácter no legalizable de la obra propuesta, impidiendo en ese momento la subsanación que años más tarde se produce en ejecución de sentencia.

A mayor abundamiento, existen razonables dudas de que alguna de las conductas de la reclamante, señaladas en el dictamen como determinantes del retraso en la concesión de la licencia, efectivamente concurriesen. Así se manifiesta que se desarrollaban obras no amparadas en la licencia, cuando la diligencia extendida en junio de 2006 (un mes antes del acuerdo

denegatorio de la licencia de 19 de julio de 2006), por los servicios municipales adscritos al Departamento de Control de la Edificación, no pusieron reparo alguno a las obras realizadas, como de hecho se resalta en la Sentencia 30/2009 de 30 de enero de 2009 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 9: “....*Según el informe pericial judicial unido a las actuaciones nos encontramos ante un supuesto de obras que se ajustan a la orden de 23 de enero de 2002; conclusión que debe acogerse, pues conforme se ha señalado anteriormente la obra estaba debidamente avalada por el proyecto y por los informes de los servicios técnicos municipales que visitaron los trabajos y reclamaron los que el Ayuntamiento consideró conveniente pedir para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas*”. En la misma línea la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº 22 de 15 de enero de 2010, recoge las manifestaciones contenidas en el informe pericial emitido por el arquitecto designado por el juzgado:

“La contestación de la pregunta primera sobre si las obras ejecutadas por la recurrente se ajustaban a la orden de ejecución 23-1-2002, (folio 19) afirma que se ha procedido a la consolidación total de la estructura del edificio ajustándose a la definición que de estas obras ofrecen las NNUU del PGOU de Madrid de 1997 como obras de afianzamiento, refuerzo, o sustitución de elementos dañados para asegurar la estabilidad del edificio”.

Incluso aun cuando se considerase que las obras realizadas en el año 2005, se extralimitasen de la orden de ejecución para consolidar el edificio, son dignas de consideración las argumentaciones de la reclamante en el sentido de que se hicieron al amparo de la obtención por silencio positivo de la licencia solicitada en el mes de marzo de 2005. Hemos de tener en cuenta que en el momento en que suceden los hechos, año 2005, no existía un criterio claro en torno al juego del silencio administrativo para la

obtención de licencias en el ámbito urbanístico, confusión a la que puso fin la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 (recurso de casación en interés de ley 45/2007) fijando como doctrina legal que no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. Por dicho motivo, ha de resultar admisible la alegación de la reclamante en el sentido de que cuando se cursó la primera visita de inspección el día 21 de junio de 2005, que comprobó que se estaban realizando obras, que extralimitaban la orden de ejecución, las mismas se entendían amparadas por la licencia solicitada con fecha 3 de marzo de 2005, que se estimaba otorgada por silencio. Quedaría fuera de toda lógica exigir a la reclamante una actuación contraria a la seguida, cuando eran muchos los pronunciamientos judiciales y doctrinales que, con importantes fundamentos legales, como ella, mantenían el juego del silencio positivo en materia urbanística, quedando definitivamente descartado después de la sentencia citada, dictada por el Tribunal Supremo en recurso de casación en interés de ley.

Aun cuando la Administración no pueda resultar exonerada con fundamento en la conducta de la recurrente, resulta obligado ampliar el análisis a la motivación que sirvió de base al acuerdo denegatorio, en aplicación de la doctrina del margen de tolerancia, recogida en el dictamen. En virtud de la citada doctrina, la jurisprudencia, teniendo en cuenta que no siempre es fácil determinar el ajuste perfecto de determinadas pretensiones sometidas a licencia al ordenamiento urbanístico vigente, ha venido a moderar el nivel de exigencia de responsabilidad patrimonial a los entes públicos, estableciendo la citada doctrina de margen de tolerancia, tomando en consideración las condiciones de complejidad normativa y razonabilidad de la solución adoptada en el caso concreto, y se ha determinado la juridicidad del daño excluyéndose la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando dichos condicionantes

concurren, tal y como se expresa en el dictamen objeto del presente voto particular.

En el presente caso, a mi juicio, y en contra de lo manifestado en el dictamen, la actuación del Ayuntamiento no puede encuadrarse en ninguno de los supuestos de exoneración de responsabilidad citados. La cuestión sobre la que pivota el debate, si las obras eran o no legalizables, según se revela de los datos del expediente administrativo, no ofrecía una especial complejidad pues la postura mantenida por la reclamante de que las obras a realizar eran de reestructuración parcial y legalizables, fue respaldada sin ningún género de dudas, unánime y rotundamente por los peritos judiciales designados en distintos procesos judiciales y avalada por alguno de los servicios del propio Ayuntamiento de Madrid (Departamento de Control de la Edificación), no encontrando ningún apoyo la tesis municipal motivadora de la denegación, declarada ilegal, fundamentada en la errónea consideración de que se trataba de una reestructuración general sin posibilidad de legalización en un edificio fuera de ordenación relativa.

Ese desequilibrio en los apoyos de las dos posturas contrapuestas, respecto de cuestiones técnicas, en ausencia de complejidad jurídica, abona la tesis de que la denegación de la licencia de las obras de consolidación solicitada el 3 de marzo de 2005, causante de la demora reprochada, fue fruto de un examen poco minucioso por parte del ente autorizante, debiendo concluir que la actuación de la Administración no transcurrió por márgenes razonables, sin que pueda de este modo operar tampoco la causa de exoneración que la teoría del margen de tolerancia implica.

Se hace asimismo necesario analizar si la existencia de la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº 22 de 15 de enero de 2010, que rechazó el recurso presentado por la reclamante contra la orden de demolición de las obras construidas, puede hacerse valer para fundamentar la razonabilidad de la actuación administrativa pública, tal y como se ha

argumentado en otras ocasiones por este Consejo en presencia de pronunciamientos judiciales contradictorios. Y en este sentido, tampoco esta actuación judicial, logra excluir la antijuricidad del daño, en primer lugar porque se trataba de un proceso independiente de la concesión de licencia, ya que se debatía en el mismo la adecuación a derecho del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística con orden de demolición de obras, sin repercusión en el retraso reprochado y en segundo lugar porque el referido pronunciamiento judicial partía del craso error de considerar que el Decreto de 19 de julio de 2006 de la Coordinadora General de Urbanismo, denegatorio de la licencia, era firme, cuando había sido anulado por sentencia, ya firme, de 30 de enero de 2009 del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 9, que había sido aportada por la recurrente a los Autos. Este evidente error fundamentó la revocación de la citada sentencia, siendo en este sentido estimado el recurso al efecto presentado contra la misma, por Sentencia 1398 de 22 de septiembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En conclusión, lo anteriormente expuesto, me lleva a considerar que no concurre causa que excluya la antijuricidad de la lesión ocasionada por el retraso en la concesión de la licencia, por lo que estimo que hubiera procedido reconocer la responsabilidad patrimonial instada ante el Ayuntamiento de Madrid, con el obligado análisis de la cuantía indemnizatoria. En este sentido, tal y como se ha expuesto, si bien la jurisprudencia es proclive a aceptar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de actuación ilegal vinculados al procedimiento de licencia, se ha mostrado al propio tiempo muy rigurosa en cuanto al cumplimiento de los concretos requisitos que deben concurrir para la existencia de un perjuicio verdadero, tal y como revelan las sentencias recogidas en el dictamen. Partiendo de dicha premisa, y por las mismas razones que las expuestas en el dictamen, entiendo que no

resultan resarcibles los daños por lucro cesante, ni los reclamados por la constitución del préstamo hipotecario, ni los gastos o estudios técnicos de asesoramiento jurídico por falta de vinculación con la anormal actuación pública. No se pronuncia el dictamen sobre los intereses del préstamo hipotecario integrados por la reclamante dentro del daño resarcible, y que a mi juicio, es el único indemnizable. Efectivamente según documentación acompañada al expediente se inscribió el 4 de marzo de 2002, con posterioridad a la compra del edificio por la reclamante acaecida el 20 de diciembre de 2001, la constitución de hipoteca, se presume, por la proximidad de las fechas, tal y como expone la reclamante para la financiación de la promoción, posibilitando la acometida de las obras exigidas por la Orden de ejecución dictada por el Ayuntamiento de Madrid el 23 de enero de 2002 que le permitieran comercializar el edificio. Queda acreditado el pago de dichos intereses mediante la aportación de los correspondientes resguardos bancarios, y son asimismo recogidos en el informe pericial acompañado por la reclamante. Entiendo que los costes de financiación derivados del préstamo hipotecario entre el período que media entre la denegación improcedente de la licencia y la reanudación del procedimiento para su obtención, es decir el periodo de demora injustificada en que incurre la Administración en la concesión de la licencia son indemnizables, y en este sentido se ha manifestado Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1986 (RJ 1986\4380), pues de no haber mediado la improcedente actuación pública denegatoria de la licencia, la subsanación para hacer legalizables las obras acometidas se hubiera producido, no en diciembre de 2009, sino en el año 2006, por lo que la denegación improcedente de 19 de julio de 2006, que no atendió al carácter legalizable de las obras, alargó indebidamente el proceso de concesión de licencia que se obtuvo tardíamente como consecuencia del anómalo proceder de la Administración, el 18 de octubre de 2010. La licencia urbanística juega un papel primordial en la comercialización de los

edificios, como en este sentido pone de relieve la reciente Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 82/13 de 11 de marzo de 2013, que consideró causa de resolución de la venta de una vivienda la falta de licencia:

“El cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia y que, en cambio, el promotor-vendedor sí debe despejar adecuadamente como responsable de que la edificación se ajuste a las normas urbanísticas”.

La dilación en el proceso de obtención de la licencia impidió el aprovechamiento del edificio de la reclamante del 19 de julio de 2006 al 10 de diciembre de 2009 (fecha en que se la requiere para que subsane deficiencias, en ejecución de la sentencia de 30 de enero de 2009), por lo que la Administración ha de indemnizar los intereses abonados en ese período, actualizados, en la forma especificada en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC con la finalidad de dar cumplimiento al principio de indemnidad. No resultan resarcibles los intereses abonados desde el 10 de diciembre de 2009 al 18 de octubre de 2010, por corresponder al tiempo que se necesitó para subsanar las deficiencias imputables a la reclamante.

Este es el voto particular que emito en Madrid, a diez de julio de 2013».

Madrid, 11 de julio de 2013