

Dictamen nº: **74/13**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.02.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional del Ayuntamiento de Madrid, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido R.M.M., en nombre y representación de la comunidad de propietarios A, ubicada en la avenida B número aaa, bbb, ccc y ddd de Madrid, sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños y perjuicios supuestamente ocasionados como consecuencia de anulación de la actuación administrativa de concesión de licencia urbanística de obras exteriores.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el registro de la Oficina de Atención al Ciudadano del distrito de Salamanca el día 23 de junio de 2010, se cursa reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados a la comunidad de propietarios como consecuencia de la anulación de la actuación administrativa de concesión de licencia urbanística de obras exteriores en virtud de Sentencia de 5 de febrero de 2009, notificada a los interesados el 23 de junio de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de

lo Contencioso-Administrativo, por importe de diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y seis euros y treinta y ocho céntimos (19.446,38 euros), que desglosan del siguiente modo:

- En concepto de abogados, procuradores, asesoramiento jurídico y costas: 17.728,42 euros.
- En concepto de arquitectos y peritos: 1.716,96 euros.

Para justificar los gastos por los que solicitan ser indemnizados presentan copias de diversas minutas de honorarios de profesionales. También presentan un documento privado en el que por parte del presidente de la comunidad de propietarios se confiere autorización a un letrado para actuar en nombre de la comunidad.

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

El día 20 de diciembre de 2005, en nombre de la comunidad de propietarios reclamante se solicita al concejal presidente de la Junta Municipal de Hortaleza licencia urbanística para realizar obras exteriores, cubrición de terrazas y celosías en peto de cubiertas.

El jefe de la Sección de Licencias, con el visto bueno del jefe de Departamento de Servicios Técnicos, emite el 18 de enero de 2006 informe técnico favorable, autorizando *“obras para la instalación de un sistema de cubrición plegable de terrazas y una celosía en peto de coronación de cubierta de edificio de viviendas colectivas, según proyecto conjunto presentado por la comunidad de propietarios”*. Las obras autorizadas son exteriores y según las prescripciones particulares, en ningún caso incrementarán la superficie edificada, no permitiendo ningún tipo de cerramiento vertical.

El 26 de enero de 2006, el Negociado de Licencias de la Junta Municipal de Distrito de Hortaleza, emite propuesta de resolución en la que concede la licencia urbanística solicitada y aprueba la liquidación de tasa por la tramitación de la misma en 254 euros, que se remite a los interesados con fecha 9 de febrero de 2006.

El administrador de la comunidad de propietarios, por escrito presentado en el Servicio de Correos el 24 de febrero de 2006, solicita a la Junta Municipal una demora de al menos tres meses para el pago de la tasa al suponer “*un gasto extraordinario para la comunidad no contemplado en el presupuesto ordinario de la misma*”.

Con fecha 22 de marzo de 2006 tiene entrada en el registro del distrito de Hortaleza, escrito de dos propietarios de la comunidad de propietarios mediante el que presentan *recurso de reposición* contra la concesión de la licencia urbanística y se dicte resolución por la que se declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto la licencia otorgada.

En el escrito alegan que “*los propietarios de todas y cada una de las viviendas afectadas por las obras de referencia tienen derecho de uso exclusivo sobre la terraza a la que tienen acceso, no estando permitido (...) cerramiento o cubrición alguna de las pérgolas, el cual requeriría además la unanimidad de los propietarios que no se ha dado en el presente caso*”.

Añaden que el proyecto no fue aprobado por la Comunidad de Propietarios y que el 9 de junio de 2005 se dictó Sentencia 165/2005 por el Juzgado de Primera Instancia número 54 de Madrid, de la que acompañan copia, “*respecto a la demanda interpuesta por uno de los vecinos de la Comunidad de Propietarios afectada por las obras de referencia, contra un acuerdo de fecha 14 de julio de 2003 de la expresada Comunidad relativo a <<Regulación de instalaciones privadas:*

toldos, pérgolas, cerramientos, etc... >>". La Sentencia estima íntegramente la demanda formulada por entender que no ha quedado acreditada la adopción por la junta de propietarios del acuerdo relativo a la realización de las obras de cerramiento de las terrazas.

El 21 de diciembre de 2006, tiene entrada en el distrito de Hortaleza escrito de diversos integrantes de la comunidad de propietarios en el que solicitan se revoquen las licencias concedidas

El 23 de mayo de 2008, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Madrid, en el procedimiento ordinario 94/2006, dictó Sentencia 159/2008 por la que desestimaba la resolución presunta por silencio del Ayuntamiento de Madrid, desestimatoria, a su vez, del recurso de reposición interpuesto por los reclamantes contra la concesión de dicha licencia urbanística, con lo que viene a confirmar la licencia.

Con fecha 2 de julio de 2008, se presenta recurso de apelación que es resuelto el 5 de febrero de 2009, por Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, mediante Sentencia 240/2009, por la que se estima el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Madrid, revocándola por no ajustarse a derecho "*y en consecuencia, estimando el recurso interpuesto en la instancia contra la actuación administrativa descrita en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, debemos anularla y la anulamos; y todo ello, sin pronunciamiento alguno respecto de las costas procesales*".

Esta Sentencia fue, a su vez, objeto de incidente de nulidad que fue resuelto mediante Auto de 4 de noviembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, que confirmó la Sentencia.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Mediante escrito fechado el 10 de septiembre de 2010, se practica requerimiento para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) complete la solicitud y, en los términos del artículo 6 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), se acrediten los siguientes extremos:

Declaración suscrita por el afectado en la que se manifieste expresamente que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia de los daños objeto de la reclamación o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas; indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas (en su caso remitir copias); de acuerdo con el artículo 13.3 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá aportarse autorización expresa del presidente de la comunidad como representante legal de la misma, para actuar en su nombre en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, o bien documento suscrito por el propietario que ostente dicha presidencia, adjuntándose copia del acta acreditativa; e indicación de los restantes medios de prueba que se proponen.

Por escrito presentado en dependencias municipales el 18 de noviembre de 2010, queda cumplimentado el anterior requerimiento.

El Departamento de Responsabilidad Patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 83 LRJ-PAC y el artículo 10 RPRP, con fecha 2 de diciembre de 2010, remite el expediente al distrito de Hortaleza para que, a la mayor brevedad, emita informe sobre la licencia

urbanística concedida a la comunidad de propietarios, adjuntando copia completa del expediente.

El 30 de diciembre de 2010, el jefe del Departamento Jurídico del distrito de Hortaleza emite informe y remite la documentación relativa al expediente.

También se ha incorporado al expediente el informe del Servicio de Disciplina Urbanística de la Dirección General de Ejecución y Control de la Edificación, que por escrito de 30 de marzo de 2011 manifiesta, entre otros extremos que como consecuencia de la anulación de la licencia se inició por el Departamento Jurídico del Servicio de Disciplina Urbanística, nuevo expediente de restauración del orden urbanístico, abierto a la comunidad de propietarios. En dicho expediente se procedió a identificar, por el inspector urbanista, los cerramientos existentes, así como los expedientes tanto de licencia como de restablecimiento de la legalidad urbanística de los propietarios que contaban con cubriciones en sus viviendas, habiéndose presentado posteriormente alegaciones por los mismos, sin que se hubiera dictado en el momento de emisión del informe orden de demolición y, por tanto, sin que se haya producido ninguna demolición. El informe también pone de manifiesto:

“(...) si bien la licencia que posteriormente se anuló se concedió por resolución de 9 de febrero de 2006 del concejal presidente de la Junta Municipal de Hortaleza, las obras ya estaban realizadas en esa fecha. Así, conforme a lo expuesto anteriormente, en los expedientes citados constan los informes del técnico municipal, en que se pone de manifiesto que en el mes de enero del año 2006 las obras ya estaban realizadas, por lo que las mismas se realizaron sin disponer de la licencia respectiva. Es necesario asimismo, poner de manifiesto que la anulación de la licencia, como se ha manifestado al reproducir el fundamento de derecho quinto de la Sentencia del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2009, se produce por dos motivos, el primero de ellos, la naturaleza de las obras que <<no son exteriores sino de ampliación>> y el segundo por el hecho de que la comunidad de propietarios A según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, N.º 546/2007, de 30 de octubre de 2007, no estaba legitimada para pedirlas al requerirse la adopción del acuerdo por unanimidad y no mayoría, ya que el mismo afecta al título constitutivo, y ello es así, porque el artículo 12 de la ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal declara que <<la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo>> siendo así que el artículo 17 del citado cuerpo dispone que <<la unanimidad solo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad>>, por lo que procede su anulación al haberse concedido las licencias referidas a persona no legitimada para pedirla, circunstancia esta que debía conocer la comunidad de propietarios”.

Con fecha 20 de mayo, se solicita nuevo informe al Servicio de Disciplina Urbanística de la Dirección General de Ejecución y Control de la Edificación, que por escrito de 2 de junio, en el que básicamente se remite a lo expuesto en su informe de 30 de marzo de 2011.

De conformidad con lo establecido en los artículos 84 LRJ-PAC y 11 RRP, con fecha 22 de septiembre de 2011, notificado el 29 de septiembre de 2011, se procede a dar trámite de audiencia a la representación de la comunidad de propietarios, quien no formula alegaciones en el plazo previsto.

El 17 de diciembre de 2012, el director general de Organización y Régimen Jurídico eleva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, al no haber quedado acreditado la necesaria relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos municipales ni la existencia de daños antijurídicos.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se realiza consulta por el delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 4 de febrero de 2013 y número de expediente 41/13, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de febrero de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, aunque muy desordenada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC cuyo término se fijó el 12 de marzo de 2013.

SEGUNDA.- La comunidad de propietarios reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre propio, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto que se trata de la entidad que sufre el supuesto daño cuya indemnización se pretende.

Es preciso matizar, sin embargo, que el artículo 32 de la LRJ-PAC establece que los interesados pueden actuar por medio de representante, si bien para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado.

La representación de las comunidades de propietarios vienen legalmente atribuidas a su presidente en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal: *“el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten.”*

En el caso sometido a consulta la reclamación se presenta por un letrado en nombre de la comunidad de propietarios y la representación se pretende acreditar mediante un documento privado supuestamente suscrito por el presidente de la comunidad, circunstancia que es, por lo demás de imposible verificación para la Administración.

Si bien es cierto que, en el ámbito privado, el artículo 1710 del CC establece que el mandato puede ser expreso o tácito y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado y aún de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 32 de la LRJ-PAC es muy explícito al exigir la acreditación de la representación. Así, el Consejo ha

señalado reiteradamente que los documentos privados no cumplen el requisito de “*fehaciencia*” impuesto por la normativa de procedimiento administrativo, dictámenes 354/09, de 10 de junio; 39/10, de 10 de febrero; 42/10, de 17 de febrero; 86/10, de 24 de marzo; 234/10, de 21 de julio; 246/10, de 28 de julio; 273/10, de 8 de septiembre; 284/10, de 15 de septiembre (que alude al artículo 1257 del CC en cuanto a la eficacia meramente *inter partes* de los contratos); 406/10, de 20 de julio y 521/11, de 28 de septiembre.

En los casos de falta o insuficiente acreditación de la representación, ello no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto en el plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior si las circunstancias del caso lo requieren (artículo 32.4 de la LRJ-PAC). Por su parte, el artículo 71.1 LRJ-PAC dispone la obligación de la Administración de requerir al interesado para que subsane los defectos de su solicitud, lo que en este caso se ha producido, sin embargo, el citado requerimiento no hace sino abundar en la incorrección ya que lo que se solicita es: “*autorización expresa del presidente de la comunidad como representante legal de la misma, para actuar en su nombre en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, o bien documento suscrito por el propietario que ostente dicha presidencia, adjuntándose copia del acta acreditativa*”. Es evidente que el documento que la propia Administración solicita no se corresponde con el exigido por la ley, por lo que no puede considerarse debidamente acreditada la representación del letrado que actúa supuestamente en nombre de la comunidad de propietarios, ello no obstante, tampoco cabe considerar sin más la falta de legitimación activa toda vez que el reclamante ha cumplido con lo defectuosamente requerido por la Administración municipal.

Por ello este órgano consultivo dictaminará sobre el fondo del asunto aunque advirtiendo de la necesidad de que se acredite correctamente la representación.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración como consecuencia de la anulación por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de un acto administrativo, prescribe al año de dictarse la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado cinco de dicho artículo.

Como ha señalado este Consejo en el Dictamen 571/11, de 19 de octubre, de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 25 de enero de 2000 (Miragall Escolano y otros contra España), el derecho de acción o de recurso debe ejercitarse a partir del momento en que los interesados pueden efectivamente conocer las decisiones judiciales que les imponen una carga o que puedan afectar a sus derechos o intereses, criterio recogido tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de octubre de 2009 -Recurso 679/2008-) como por la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen nº 339/2011, de 5 de mayo). Aplicando este criterio al presente caso, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el incidente de nulidad de la Sentencia de 5 de febrero de 2009 es de fecha 4 de noviembre de 2009 y la reclamación se interpuso el 23 de junio de 2010, por lo que la reclamación estaría interpuesta en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos, salvo lo que expondremos en la consideración jurídica siguiente.

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

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

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

Sobre la responsabilidad de la Administración por sus actos ilegales puede afirmarse que ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales.

Una opta por un sistema 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).

Otra 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 los dictámenes 450/09, 237/10, 122/11. En ellos se expone:

«(...) 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 (así *v. gr.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007 (Holcim, C- 282/05)).

Para los supuestos de responsabilidad patrimonial sobre denegación improcedente de licencias o, como en el caso sometida a dictamen, anulación de licencias concedidas, es preciso citar el artículo 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones y al artículo 30 d) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, actualmente artículo 35 d) del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que dispone:

“Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:

d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”.

La aplicación de esa doctrina requiere tener en cuenta, además, dos factores:

Por un lado, la expresa referencia de la normativa urbanística a que “*la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras*” da 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.

Por otro lado, que la concesión de licencias urbanísticas es una técnica autorizatoria de la Administración en la que esta 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 (LSM)), 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-).

En estos casos, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declara la responsabilidad por la mera infracción del derecho comunitario (Sentencias de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, asunto C-5/94, y de 25 de enero de 2007, Carol Marilyn Robins y otras, asunto C- 278/05).

La jurisprudencia española admite la exoneración de la responsabilidad de la Administración en el caso de ejercicio de potestades regladas, considerando el mayor rigor que ha de presidir su apreciación. 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 detrimiento 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 23 de febrero de 2012 (Recurso 7197/2010).

CUARTA.- Establecidas las condiciones y requisitos para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso de anulación judicial de acto administrativo como el que nos ocupa, es preciso examinar si en este concreto asunto se dan o no esos requisitos y condiciones.

Procede, en primer lugar, verificar que se haya causado un “*daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado*”, correspondiendo al reclamante la carga de la prueba de dicho daño conforme la regla general del artículo 217 LEC recogida por numerosa jurisprudencia.

La reclamación comprende una solicitud de indemnización por importe de 19.446,38 euros, que desglosa:

- 17.728,42 euros en concepto de minutas de honorarios de abogados y procuradores, asesoramiento jurídico y costas de los pleitos en los que se ha tratado sobre la licencia y de los que se ha dado cumplida cuenta en los

antecedentes de hecho. Estos gastos en la reclamación se desglosan del siguiente modo:

- Procedimiento ordinario 83/04 (jurisdicción civil): 5.720,29 euros.
- Asesoramientos profesionales sobre la cuestión debatida de la legalidad de las obras ejecutadas: 2.586,80 euros.
- Procedimiento ordinario 94/06 y oposición al recurso de apelación (jurisdicción contencioso-administrativa): 5.596,48 euros.
- Costas judiciales en el ámbito civil: 3.824,85 euros.
- 1.716, 96 euros en concepto de minutas de honorarios de arquitectos y peritos para *“asesoramiento, elaboración de proyecto y dictámenes periciales sobre instalación de cubrición y celosías en petos de cubierta, objeto de licencia posteriormente anulada”*.

Además plantea la existencia *“de otros daños a la comunidad de propietarios que están pendientes de ser efectivos, como podrán ser los importes de la ejecución de obra, la cual está intentando ser demolida por el propio Ayuntamiento que concedió la licencia para su construcción”*.

Respecto a la reclamación de los honorarios de abogado referida en el escrito de reclamación como *“Asesoramientos profesionales sobre la cuestión debatida de la legalidad de las obras ejecutadas”* cabría considerar que se trata de gastos de abogado en vía administrativa, cuestión sobre la que conviene mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2011 (Recurso 3986/2006), por la gran similitud que presenta con el caso objeto de dictamen:

“(...) es de indicar que esta Sala viene distinguiendo entre los honorarios que se hubieran tenido que abonar para efectuar la reclamación administrativa y aquellos otros que se devengan como

consecuencia del ejercicio de acciones judiciales, apreciando, en supuestos como el que aquí nos ocupa de responsabilidad patrimonial, la procedencia de que los primeros, pese a su carácter voluntario, conformen el quantum indemnizatorio, en atención a la necesidad de contar con asesoramiento jurídico por la complejidad del asunto, pero no así la de los segundos, y ello al tener en cuenta que en estos casos opera el instituto jurídico de la condena en costas (Sentencia de 4 de abril de 1997 -Recurso de casación 945/1990, entre otras). En aplicación de dicha doctrina ha de desestimarse la pretensión de que se indemnizan los abonos de honorarios por el ejercicio de las acciones judiciales. En cuanto a los devengados en la vía administrativa por la defensa en el procedimiento de derivación de responsabilidad, admitiendo la necesidad en el indicado procedimiento, dada su complejidad, de un asesoramiento jurídico y una diferenciación de los honorarios devengados en la vía administrativa y judicial, con concreción de actuaciones y precio individualizado de cada una de ellas, aún así, tampoco esta pretensión puede ser acogida, en cuanto el documento aportado con la demanda carece de garantías suficientes para concederle valor probatorio, ya no solo si atendemos a la fecha de su confección, posterior a una minuta que adolecía de la concreción que ahora con el documento se ofrece, sino también porque se incluyen en él unos honorarios como devengados en vía administrativa que requerían un mayor apoyo probatorio, de fácil aportación. Pero es que además llama poderosamente la atención el elevado montante de esos honorarios devengados en vía administrativa en relación con los devengados en vía judicial, hasta el punto que permite considerar que se trata de un documento confeccionado "a la carta", con el preconcebido propósito de que sirva de justificante para de dar acogida a la pretensión".

En la documentación con la que pretende justificar estos gastos, no obstante, solo se encuentran minutas de honorarios referidas a procedimientos jurisdiccionales así como una minuta por hacer requerimientos a diversos propietarios por importe de 696 euros; otra por asesoramiento prestado a la comunidad de propietarios en relación con reclamación por responsabilidad civil ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid por importe de 696 euros; otra por asistencia y asesoramiento a la junta de propietarios en sesión ordinaria, reuniones con presidente, administrador y arquitecto para preparar junta general extraordinaria, asistencia a junta general extraordinaria, intervención y contestación de preguntas en la misma y revisión de dos actas de la comunidad, por importe de 1.194,80 euros.

Es evidente que estos gastos no se corresponden con honorarios de abogado en vía administrativa como de forma ambigua parece expresarse en el escrito de reclamación, por lo que, no pueden considerarse acreditados como tales.

En lo que se refiere a honorarios de abogados devengados por asistencia letrada ante los órganos judiciales, este Consejo en el Dictamen 436/09, de 9 de septiembre, recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2001 (Recurso 156/1999), con cita de jurisprudencia anterior, consideró el tema debatido en los casos en que, tal y como ocurre en la primera instancia del proceso judicial seguido por la reclamante, no opera el criterio de vencimiento, disponiendo:

“Es cierto que el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción establece la condena en costas para la parte que sostuviese su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad y, consiguientemente, se hace precisa una valoración de la conducta procesal de las partes a diferencia del criterio objetivo o del vencimiento que es propio del proceso civil (art. 523 de la LECiv),

no es menos cierto que la responsabilidad patrimonial no alcanza a cualquier daño que puedan sufrir los particulares en sus bienes y derechos, sino solamente aquellos que tengan la consideración de «antijurídicos» y que por tanto, el particular no tenga el deber jurídico de soportar. En este sentido, por la sola razón de la anulación de un acto administrativo al estimar la incorrección de su fundamentación jurídica por parte de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no se produce sin más el derecho a la indemnización pues ello implicaría negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que, siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la ciencia del derecho, considera los más adecuados a la legalidad vigente dentro de la discrecionalidad. De ahí que sólo se impone la condena en costas cuando se sostenga una pretensión injusta o se obligue al demandante a mantener un recurso contencioso administrativo que podía y debía haberse evitado (SSTS de 13 de junio de 1986 o Auto de TS de 3 de enero de 1989); supuestos todos ellos en los que se obliga al recurrente a iniciar un proceso que no tenía el deber jurídico de soportar. Y por ello, este Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada ya desde antiguo (SSTS 3 de mayo de 1977, 17 de marzo de 1978, 29 de octubre de 1980 y 17 de septiembre de 1985) y el propio Consejo de Estado, por todos, en el dictamen núm. 52915, de 2 de marzo de 1989 o en el 2394/1995, de 16 de noviembre de 1995, han venido manteniendo que “los gastos procesales tienen una vía específica de resarcimiento, como es la condena en costas y nunca fuera de las mismas, y si no existiera pronunciamiento expreso sobre costas, las allí causadas son imputables a cada una de las partes litigantes, sin que sea posible su posterior reclamación a la parte que no fue condenada en el momento en que ello era posible”.

En cuanto a los costes de demolición, no existe acreditación alguna de la realidad de los mismos ni de su importe por lo que no cabe considerar acreditado el daño.

Respecto de los daños alegado en concepto de dictámenes periciales sobre la instalación de cubrición y celosías, el documento que acredita el gasto efectuado en dicho concepto asciende a 763,56 euros (folio 15 del expediente) y no a los 1.716,96 solicitados. Habida cuenta de que este es el único daño acreditado solo procede analizar el fondo del asunto respecto de estos 763, 56 euros.

QUINTA.- A continuación es preciso analizar si el daño acreditado es imputable al funcionamiento de los servicios públicos municipales.

Los principios manifestados en la consideración de derecho segunda exigen constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual. Debe examinarse si concurre en el presente caso relación de causalidad con el servicio público puesto que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender, por tanto, el concepto de responsabilidad para dar cobertura a cualquier acontecimiento, lo que significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad de la infraestructura material para prestarlo, 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 se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

No puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima que corresponde probar a la Administración, recae en quien la reclama (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

Respecto de los daños consistentes en las minutas de arquitectos para la redacción de dictámenes periciales sobre la instalación de cubrición y celosías, la propia reclamación expresa que se trata de dictámenes solicitados para defender ante los Tribunales de Justicia la legalidad de la licencia, por lo que en modo alguno puede considerarse que resulten derivados de la actuación administrativa de otorgamiento de la misma, por lo que no serían resarcibles.

SEXTA.- Aún cuando dialécticamente admitiéramos la existencia de relación de causalidad, en supuestos como el presente, la determinación de la posible responsabilidad de la Administración se encuentra vinculada a si la anulación judicial de la resolución administrativa por la que se concedió la licencia solicitada determina automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, de acuerdo con las condiciones necesarias para que exista responsabilidad de la Administración por anulación de acto, expuestas en la consideración de derecho tercera.

Así, debemos partir de las consideraciones jurídicas de la Sentencia 159/2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Madrid, por la que desestimaba la resolución presunta por silencio del Ayuntamiento de Madrid, desestimatoria, a su vez, del recurso de reposición interpuesto por los reclamantes contra la concesión de dicha licencia urbanística, con lo que vino a confirmar la legalidad de la licencia.

La citada sentencia en su fundamento jurídico tercero expone:

“Resuelto lo anterior se entrará a conocer sobre si el acuerdo que concedió la licencia de fecha 5 de noviembre de 2005 era o no conforme a derecho, y en este extremo se ha seguido en la valoración de la prueba practicada en autos la doctrina que recoge, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de fecha 12 de abril de 2007 que establece <<... es criterio reiterado de esta Sala, como hemos señalado en nuestra Sentencia de 24 de enero de 2002 (recurso contencioso-administrativo número 1279 de 1996) por todas, que frente al criterio objetivo, derivado de la imparcialidad de los informes elaborados por los técnicos municipales no pueden hacerse valer los informes de parte, solo hubiera sido posible discutir las conclusiones de dichos técnicos municipales a través de una prueba pericial, practicada en el seno del presente proceso, pues el perito judicial habría sido designado con las garantías de imparcialidad previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, estando su actuación sujeta a control judicial y al principio de contradicción>>.

En el caso que nos ocupa, no habiendo realizado los recurrentes prueba pericial técnica de carácter judicial tendente a desvirtuar los informes emitidos por los Servicios Técnicos Municipales, favorables al otorgamiento de la licencia por adecuarse a las normas urbanísticas aplicables en el municipio, ha de prevalecer la presunción de objetividad, veracidad y certeza de dichos informes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que procede la desestimación del presente recurso”.

Es criterio de este órgano consultivo, expresado, entre otros, en los dictámenes 299/10, de 22 de septiembre, 504/12, de 12 de septiembre y

26/13, de 30 de enero que la disparidad de criterios entre la primera y segunda instancia judicial es reveladora de que la Administración no actuó irrazonablemente.

La valoración judicial de la actuación de la Administración, según la cual la fundamentación de su decisión tuvo lugar en los informes técnicos, permite sostener la exoneración del Ayuntamiento por responder su actuación a parámetros de racionalidad exigibles, por lo que ha de entenderse que los daños derivados de la anulación de la licencia, no revisten el carácter de antijurídicos y por tanto no son generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación al no existir relación de causalidad entre el daño acreditado y el otorgamiento de la licencia anulada ni concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño.

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

Madrid, 27 de febrero de 2013