



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 9 / 2 0 0 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de septiembre de 2002.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Aguas en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por R.A.O. y M.O., S.A.-B.P.O.E., S.A., como consecuencia del funcionamiento del servicio público de carreteras (EXP. 161/2001 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 20 de agosto de 2001, el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas interesa preceptivamente Dictamen -al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.6 y 11.1 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo y 12 del Reglamento regulador de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo- en relación con la Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial -en el que sin perjuicio lo que se dirá- se ha dado cumplimiento a las previsiones de índole legal y reglamentaria ordenadoras de esta clase de procedimientos -instado por R.A.O. y M.O., S.A.- B.P.O.E. [los reclamantes] por los daños ocasionados como consecuencia de la reordenación de accesos de la nueva autovía GC-1, en Las Palmas de Gran Canaria. El procedimiento de acción consultiva fue sucesivamente suspendido a los efectos de que por la autoridad solicitante se aclararan determinados extremos, a lo que se dio cumplimiento mediante escritos de 27 de diciembre de 2001 y 13 de mayo de 2002, levantándose la suspensión acordada en su día.

* PONENTES: Sres. Reyes Reyes, Suay Rincón y Fajardo Spínola.

La entrada en vigor de la Ley 5/2002, de 3 de junio reguladora del Consejo Consultivo, confirma la preceptividad del Dictamen en asuntos como el presente, en su art. 11.1.D e), y la legitimación para su solicitud por parte del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, en el art. 12.3.

Son varias las cuestiones que se suscitan en el presente procedimiento de responsabilidad, no todas abordadas expresamente en la Propuesta. Por su interés singular, se abordará el análisis de cada una de las mismas en forma consecutiva en los Fundamentos que siguen.

II

La primera, concierne a la naturaleza del título de ocupación del dominio público y del denominado precario administrativo.

De las actuaciones resulta que fueron varias las autorizaciones otorgadas con diferente objeto, tras la aprobación -el 4 de febrero de 1957- de los planos de construcción de una estación de servicios en el p.k. 5,500 de la carretera Las Palmas-Telde. Desde aquella fecha se autorizó el funcionamiento de la estación [4 de mayo de 1960]; su ampliación [1965]; su puesta en servicio tras obras de acondicionamiento, 14 de abril de 1975] de obras de acondicionamiento [7 de febrero de 1977]; de puesta en servicio [8 de abril de 1978]; obras [1966; 29 de agosto de 1983]; sustitución de instalaciones [tanques de combustible, 1960; sustitución de tanques, en precario, 1960; instalación de grupo electrógeno, 1965; sustitución de una bomba de gas, en precario, 1966; reparación de firme dentro de la estación sin afectar a elementos de la carretera, en precario, 1966; sustitución de marquesinas, 1988; sustitución de letrero luminoso, 1989; y aumento de muros, "en precario y sin derecho de indemnización alguna caso de que pueda ser afectado por el proyecto de ampliación a 6 carriles de la carretera GC-1", 1990].

La cláusula de precario se emplea en cualquier clase de autorización, tanto en impreso formalizado como expresamente colocada en las respectivas autorizaciones. Ahora bien, sin perjuicio de que el alcance de esa cláusula se ha relativizado sobremanera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los términos que luego se dirán, no nos encontramos ante el precario civil de posesión sin título, sino ante un derecho real administrativo debilitado por la existencia de esa cláusula y que es aneja al uso privativo de bienes de dominio público. De forma que si no estamos ante esa eventualidad no debiera hablarse de precario, como de hecho se hace en la

autorización de obras dentro de la estación de servicios en zona no demanial. Lo que se explica por el hecho de que la licencia se extiende en impreso formalizado en donde consta impresa tal cláusula.

Son, pues, varias las clases de autorizaciones que se conceden: de obras; de apertura de la estación; de acondicionamiento; de mejora de instalaciones. También de uso de dominio público. Si el precario se anuda al uso de este dominio, sólo las autorizaciones en las que se expresa ese uso deben ser objeto de consideración; especialmente, la de 14 de abril de 1975 y siguientes.

Esta licencia -cuyo clausulado constituye el soporte jurídico de la Administración para haber actuado en la forma que lo hizo, cerrando los accesos a la estación, sin indemnización- se otorgó por dos años "mientras se tramita el oportuno expediente para su instalación en un nuevo emplazamiento- y si ese expediente no concluyera, "el peticionario queda obligado a acondicionar la que ahora se autoriza de acuerdo con las normas en vigor". De su contenido se desprende que la licencia era de "acondicionamiento", de "utilización" y de "ocupación de dominio público"; particularmente, 697,23 m² que devengaba un canon anual de 4.183,38 pts.

El 7 de febrero de 1977, se da nueva autorización que es de "acondicionamiento", de "ocupación de dominio público"; concretamente, 2.404,93 m² "de los accesos de salida y entrada", estando exenta de pago de canon de ocupación. La cláusula 7 dice que "esta autorización se entenderá concedida a título de precario salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero". Consecuente con esa declaración, "el peticionario (...) no adquirirá derecho alguno sobre los terrenos (...) respecto de los cuales la Administración, en cualquier momento que lo juzgue conveniente, por causa de interés general, podrá modificar los términos de la autorización, suspenderla temporalmente o hacerla cesar definitivamente sin derecho a indemnización alguna". Realizadas las obras de acondicionamiento en los términos fijados, se autoriza la puesta en servicio de la estación el 28 de abril de 1978.

El 8 de febrero de 1990, se autoriza el aumento de muros "en precario y sin derecho de indemnización alguna", caso, justamente, de que **fuera afectado por las obras de ampliación de la GC-1.**

La autorización de 28 de abril de 1978 no contiene clausurado alguno. Se limita a comprobar que las obras de acondicionamiento autorizadas por la de 1977 se han

cumplido convenientemente. Lógicamente, el uso de dominio público sigue autorizado en precario, en los términos expresados. Ahora bien, una cosa es que por precario se revoque una ocupación de dominio público y otra distinta es que el uso de la cláusula de precario no ocasione otros daños a derechos e intereses legítimos, como es el normal desempeño de una actividad industrial concreta que se ve afectada por la adopción de una medida administrativa que vacía de contenido su ejercicio. Es decir, **el precario se refiere sólo al uso del dominio público, no a la actividad empresarial en sí**, pues como señala la doctrina y confirma la jurisprudencia el precario sólo se admite "en cuanto posea una justa causa su introducción en el negocio concesional". Que es justamente lo que se hizo en la autorización de 8 de febrero de 1990, en donde la autorización para la ampliación del muro se concedió en precario y sin derecho a indemnización si el mismo resultara afectado por las obras de ampliación de la GC-1.

En cualquier caso, la existencia de una cláusula de precario no supone que la Administración "tenga facultades para atribuirse el poder de revisión o modificar, a libre voluntad y sin compensación indemnizatoria, el uso anormal concedido o autorizado, estando obligada a actuar con sometimiento a la ley de acuerdo con el interés público" [SSTS de 29 de septiembre de 1980, Ar. 3460; y de 18 de diciembre de 1997, Ar. 1338]. Tal es así que para determinar la validez y eficacia de la revocación del acto concesional, deberá tenerse en cuenta el fin del acto y las razones de oportunidad, con el objeto de determinar si su ejercicio responde o no a la protección y salvaguarda del destino del bien demanial [SSTS de 29 de octubre de 1979, Ar. 3545; y de 18 de diciembre de 1997, Ar. 1338]. En fin, **la entrada en juego de la cláusula de precario "no elimina la obligación administrativa de indemnizar"** [STS de 18 de diciembre de 1997, Ar. 1338].

Dos últimas precisiones al respecto. La primera, es que la estación de servicios está construida en terrenos de propiedad privada según escritura de compraventa que obra en las actuaciones [folio 150, apartado B]. La segunda, es que la autorización de 1977 tiene un doble contenido. Uno, típicamente autorizatorio de actividad; y otro de ocupación de dominio público que en puridad debiera amparar un negocio concesional. De ahí que en el clausulado se hable a veces de "concesionario" y otros de "autorización".

Las cosas en Derecho son lo que son según su naturaleza, sea cual fuere la calificación que se les dé o lo que aparenten. Lo que ocurre es que a veces la

naturaleza no es diáfana; mejor dicho, la situación jurídica presenta perfiles expresivos de distintas naturalezas, lo que dificulta su calificación, sobre la base de que las soluciones híbridas o eclécticas pueden ser válidas a efectos de especulación dogmática pero no cuando de la naturaleza depende la aplicación de un determinado régimen jurídico. En efecto, "ni bajo la denominación de autorización existirá un contenido unívoco ni las concesiones pueden tener un tratamiento homogéneo, sino que habrá que estar a las consecuencias en cada caso establecidas por el Derecho positivo y por el contenido de los acuerdos administrativos que establecieron la concesión o autorización" [STC de 4 de noviembre de 1997, Ar. 8680]. Justamente, "la diferenciación entre concesión y autorización, sobre todo en la utilización de los bienes de dominio público, es una de las cuestiones menos pacíficas en la teorización del Derecho Administrativo, falta de consenso que se ha trasladado a la legislación y a la doctrina jurisprudencial, ya que los caracteres que se consideran como propios de una u otra categoría se trasvasan sin grandes perturbaciones" [STC cit.].

Continúa la mencionada STC diciendo que "dejando al margen que la utilización del precario en el Derecho Administrativo supone a menudo un simple intento de evasión por parte de la Administración a otros controles y, en particular, a una consecuencia de tanta relevancia como es la procedencia o no de la indemnización cuando se ha fijado, como ocurre en el presente caso, un plazo extenso para la duración de la explotación, la doctrina jurisprudencial -STC de 23 de abril de 1980, Ar. 2719- ha venido sosteniendo el criterio de que la Administración carece de facultades para atribuirse por medio de dichas cláusulas el poder de revocar o modificar a libre voluntad y sin compensación indemnizatoria, el uso anormal concedido o autorizado, estando obligada a actuar con sometimiento a la Ley de acuerdo con el interés público, no pudiendo hacerlo arbitrariamente, por lo que esta idea básica del interés público constituye un obstáculo insuperable para que puedan crearse situaciones de precario similares al civil -STS de 29 de septiembre de 1980, Ar. 3460-" [STC cit.].

Sobre esta premisa, la STS que se viene citando entiende que el análisis del caso en concreto debe partir de si se dan o no las características propias de toda concesión; a saber: la intensidad de uso; la duración del plazo y el interés público al que atiende la concesión.

Además, el "interés público (...) no tiene que ser contrapuesto al privado del beneficiario" de la autorización [STC cit.]. Justamente, "la revocación o la modificación del uso anormal es controlable judicialmente y para determinar su validez y eficacia hay que tener en cuenta el fin del acto concesional o autorizante del uso y las razones de oportunidad, con el objetivo de determinar si su ejercicio responde o no a la protección y salvaguarda del destino del bien demanial" [STS de 29 de octubre de 1979, Ar. 3545]. Finalmente, en la STS de 29 de septiembre de 1980, cit., se dice que "las autorizaciones y concesiones otorgadas en las que se inserta la cláusula de precario sólo pueden revocarse y ejercitar la correspondiente acción cuando sobrevenga otro interés público incompatible con el que motivó su otorgamiento y que sea preferente al primero".

Sobre lo manifestado, se ha de señalar que la intensidad se acredita por el uso privativo del dominio público [en este caso, los viales de acceso y salida de la estación, sin los cuales la estación es inoperativa]. Aunque tales viales son utilizados por los usuarios de la estación, no cabe duda que los mismos no admiten uso distinto, ni común general; se da, pues, la nota de la intensidad. Por lo que atañe a la duración, la misma también resulta acreditada en este caso. Si bien la autorización de 1975 tenía una duración de 2 años, la de 1977 no dispone plazo alguno de ocupación del demanio. El único plazo que se dispone es el de duración de las obras [1 año], que nada tiene que ver, obviamente, con el uso privativo del demanio de carreteras. Por su parte, la autorización de actividad empresarial no está sometida a plazo. Finalmente, también concurre en este caso un cierto interés público en la actividad a la que se concede autorización de ocupación del dominio público, "al que no es ajeno tampoco la creación [o conservación] de puestos de trabajo" [STC cit.].

La ocupación del dominio tiene así pues los rasgos propios de una concesión administrativa; que no es sino un **derecho real administrativo que se integra en el patrimonio del concesionario**. Lo que no hace al título irresistible ante medidas que inciden en su conservación, pues está anudada formal y materialmente con el mantenimiento de una actividad económica privada como es la explotación de una estación de servicios.

En efecto, el nuevo trayecto de la GC-1 dejaba sin accesos a la mencionada estación, al variar su configuración. Admitiendo incluso que fuere una autorización de uso, lo cierto es que las zonas de dominio ocupadas por el mencionado título no fueron nunca ocupadas o utilizadas por razón de la nueva causa de interés general.

Como decía la STS citada, por haber sobrevenido "otro interés público incompatible con el que motivó su otorgamiento". Es pues la existencia de una "incompatibilidad" de uso lo que determina la resistibilidad o no del título. De donde hay que colegir que si no se da esa "incompatibilidad" no hay que activar la cláusula de precario con la que se otorgó el mencionado título.

Ciertamente, la ampliación de la GC-1 a 6 carriles es de interés general y si se quiere, preferente. Ahora bien, como se dijo, la incompatibilidad no existía formalmente desde el momento en que los bienes de dominio público autorizados no fueron precisos para la ampliación. Si lo fueran, ahí es donde actuaría la cláusula de precario. Es justo lo que se desprende de la autorización de 8 de febrero de 1990 de ampliación de muro, concedida a precario, por si el mismo resultara afectado por las obras de ampliación de la GC-1.

Es decir, en caso de que la ampliación de carriles de la GC-1 tuviera lugar sobre el trazado actual de la vía, es claro que esa ampliación de carriles se haría a costa del demanio concedido e incluso de la propia estación de servicios, que hubiera debido ser expropiada. Ahí sí que habría incompatibilidad entre la autorización y el nuevo interés público.

Lo que ocurrió es que la ampliación no se hizo sobre el trazado vigente, sino que se llevó por otro sitio. No hubo necesidad de expropiar el solar donde se hallaba la estación; ni tampoco de aplicar la cláusula de precario respecto de demanio concedido. La autorización de uso del demanio simplemente perdería sentido -y utilidad- desde el momento en que se privaba a la estación de las vías de acceso. Por ello, el cierre de la estación no fue consecuencia de la incompatibilidad entre el nuevo interés general y la concesión, sino por el cambio de trazado, impidiendo a la estación el desempeño de su actividad. Decisión correcta, que atiende al interés general, y que es irreprochable desde la perspectiva de la actuación de los poderes públicos. Ahora bien, estos poderes responden de los daños que su actuación, normal o anormal, produzca en el patrimonio de los particulares. La Administración actuó sobre la base de que la cláusula de precario amparaba toda su actuación limitativa y le inmunizaba de toda consecuencia jurídica, desconociendo que la aplicación de la cláusula no puede ser arbitraria; ni impide la indemnización; ni menos aún puede ser utilizada no al fin para el que se dispone, sino para otro parecido pero distinto: el cierre de una actividad empresarial.

En suma, la cuestión está en determinar si son fáctica y jurídicamente idénticas estas dos situaciones:

A). Terrenos de dominio público cuya ocupación está concedida en precario y que son necesarios para ejecutar una obra pública de interés preferente.

B). Terrenos de dominio público cuya ocupación está concedida en precario y que no son necesarios para ejecutar esa obra pública, pero cuya ejecución sin embargo impide el acceso a un negocio concreto, dejando sin efecto la concesión demanial otorgada.

En el primer caso, parece que se activa la cláusula de precario; en el segundo - que es al parecer ante el que nos encontramos-, no.

Las conclusiones de cuanto se ha expuesto son que:

Ni el solar donde se ubicaba la estación, ni el dominio público cuyo uso fue autorizado fue preciso para la construcción de la nueva vía.

La cláusula de precario no tiene hoy la aplicación irresistible que la Administración defiende.

La aplicación, cuando se deba, de tal cláusula no excluye la indemnización debida.

El expediente instruido se fundamenta, básicamente, en el uso de tal cláusula, siendo así que no debió ser utilizada, pues los terrenos de dominio concedido no fueron utilizados para la construcción de la nueva vía.

III

La confianza legítima constituye un límite de la actuación administrativa. Depurado inicialmente por el Ordenamiento jurídico alemán, fue progresivamente aislado y decantado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su reconocimiento hoy día supera la simple opinión jurisprudencial, pues se encuentra incorporado expresamente al art. 3.1 de la LRJAP-PAC, conforme al cual las Administraciones públicas -además de estar sometidas plenamente a la ley y al Derecho y a la defensa objetiva de los intereses generales- "deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".

Según la STS de 1 de febrero de 1990, Ar. 1258, tal principio se da "no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que dada la ponderación de los intereses en juego (...) la revocación o dejación sin efectos del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios con graves perjuicios para su patrimonio".

Tal principio, sin embargo, tiene matices, que han sido depurados por el Tribunal Supremo y que deben entenderse como el substrato sobre el que se asienta el contenido del art. 3.1 LRJAP-PAC. Entre otros supuestos, concurre tal confianza cuando un acto de la Administración genera en el interesado, entre otras variables que no son del caso considerar, la confianza de que **sus expectativas como interesado son razonables** [STS de 28 de febrero de 1989, Ar. 1458]; o cuando la Administración genera **signos externos que, incluso sin ser jurídicamente vinculantes, orienten al ciudadano hacia una determinada conducta** [SSTS de 8 de junio de 1990, Ar. 5180; de 19 de julio de 1996, Ar. 6202; y de 22 de marzo de 1991, Ar. 2669].

Se aborda el examen de esta materia porque en las actuaciones contenidas en el expediente existe cierta información y datos que apuntan a la posibilidad de que en este caso se haya faltado por la Administración a tal confianza.

Las actuaciones que bajo nuestra consideración conectan con el principio de referencia contenidas en el expediente no son absolutamente concluyentes, pero sí significativas. En efecto, durante el procedimiento se barajó la posibilidad de trasladar la estación de servicio de ubicación, **de modo que el cierre forzoso de la estación se viera *compensado* por la reubicación del negocio**. Hasta qué punto la conducta de la Administración constituye alguno de los supuestos sobre los que se construye la confianza legítima y de qué modo se han consolidado alguno de los efectos que se anudan al mencionado principio es cuestión que no se puede dilucidar en este momento, aunque sí en el proceso judicial abierto, pues así se ha interesado por los reclamantes, que han solicitado del Tribunal que se reporte a los autos

información y documentación relativa y concerniente a tales conversaciones, que acreditarán si esa *negociación* llegó a tener el suficiente grado de consistencia como para llegar a generar cierta clase de confianza legítima en los interesados.

Ahora bien, interesa detenernos brevemente en esta cuestión, por cuanto incide directamente en el objeto de la pretensión indemnizatoria.

En efecto, **ya hubo precedentes de solicitud de traslado de la estación**, respondiéndose entonces [6 de junio de 1974] que **"no parece haber inconveniente en acceder a lo solicitado"**, siempre que se cumplan las condiciones que se indican [folio 118]. Posteriormente [Resolución de 14 de abril de 1975], se otorgó autorización de funcionamiento en la misma ubicación de siempre por dos años, tiempo que se estima suficiente para resolver solicitud para **"instalar una nueva estación de servicio"**.

Sobre estos precedentes, obra en las actuaciones un protocolo de intenciones a suscribir entre Ayuntamiento, Cabildo, titular y arrendatario de la estación de servicios, sin cumplimentar, ni suscrito, ni fechado -aunque consta el año 1998 [folio 106], de traslado de la estación a p.k. indeterminado de la GC-1. Como datos de interés, en sus puntos SEXTO Y SÉPTIMO se hace referencia a un plan especial marítimo -en el que participaron las mencionadas Corporaciones, la Dirección General de Costas y el Servicio de Carreteras-, así como a la aprobación en julio de 1997 del avance del PGOU de Las Palmas, en el que se contemplaban actuaciones previstas en el plan especial. Asimismo, en las BASES se contempla una permuta de terrenos; el señalamiento de un nuevo emplazamiento para la estación; la presentación por los interesados de un proyecto; y la **renuncia del titular y arrendatario a cualquier compensación indemnización a la que tuvieren derecho**.

La realidad de las negociaciones se reconoce en escrito de 12 de marzo de 2001 [folio 485], del Viceconsejero de Infraestructuras, quien manifiesta que "la dilación en la tramitación y resolución del expediente [de responsabilidad patrimonial] se ha debido a las diversas **reuniones existentes en el Servicio de Construcción (...)** entre los reclamantes, técnicos del Servicio y otras Administraciones, con las que los interesados han estado en negociaciones para la reubicación de la estación en terrenos que costarían, así como el traslado de la maquinaria, obras etc. sin indemnización alguna por parte de la Administración autonómica y que no han fructificado, como dato de ello existe en el expediente una propuesta no firmada y

que no obstante reconoce el Sr. A. [el arrendatario] su existencia y que sin previa notificación de ello ha interpuesto el recurso contencioso".

Ningún dato más existe en el expediente al respecto, salvo la información - requerida por el Tribunal que ya conoce los hechos, a instancia de los interesados- salvo las manifestaciones del Jefe del Servicio según las cuales "no existe en el expediente (...) ni en dependencias de este Servicio el anteproyecto solicitado (...) ni por la Consejería fueron encargados planos como se indica, si bien tanto el anteproyecto como planos fueron exhibidos por los reclamantes en reunión en el Servicio de Construcción sobre el tema de supresión de accesos a la estación de servicio (...), que retiraron dichos interesados, los que deben estar en poder de los mismos".

En la Propuesta de Resolución, nada se dice sobre estos extremos. Más aún, tampoco sobre las razones por las que las negociaciones -no negadas por la Administración y efectuadas en orden a que con el traslado de la estación se compensara a sus titulares de los daños ocasionados por el cierre de la misma- no fructificaron. Si la Administración da pie a abrir negociaciones, debe expresar las razones por las que no se llegó a un acuerdo; o si el impedimento fue de los interesados. Si no hubiera razón alguna; ni motivación; ni impedimento por los interesados, el no traslado de la estación -que de conseguirse hubiera satisfecho los intereses de los ahora reclamantes- sería imputable a la Administración que actuó en base al entendimiento que tenía de la cláusula de precario.

En esa tesitura, la Administración pudo *compensar* a los interesados y no lo hizo. En la posición de la Administración late el convencimiento absoluto de que la cláusula de precario evitaría cualquier tipo de indemnización compensatoria. Si no cabe indemnizar directamente, tampoco era imprescindible compensar mediante el traslado de la estación.

Ahora bien, a requerimiento de este Consejo el Jefe del Área de Carreteras ha informado con fecha 5 de abril de 2002, respecto a la documentación obrante a los folios 102 a 106, que corresponden al protocolo reseñado, que "se trata de una propuesta formulada por los reclamantes, de la que en ningún momento existió tal reunión, ni se tomaron en consideración las condiciones de dicha propuesta, ya que por el Cabildo Insular que había asumido las competencias por delegación de la Carretera G.C.-1 consideró la inviabilidad de reubicar la Estación en los tramos

indicados por los interesados, conforme a lo establecido en la Ley de Carreteras de Canarias y su Reglamento".

A la vista de las actuaciones y documentación obrante en el expediente, que hemos indicado, no obstante la aclaración efectuada por el Instructor del procedimiento, confirmatoria de los intentos de reubicación de la Estación con el resultado negativo expresado, consideramos -en suma- que la Administración no agotó las disponibilidades existentes, y por tanto no actuó en el sentido de facilitar el traslado de la estación, que no se llegó a realizar por causas que se desconocen. En función de tales causas, podría estarse -en efecto- ante un supuesto de vulneración del principio de confianza legítima, que habilitaría para indemnizar los daños ocasionados por esa conducta administrativa; y reforzaría la posición de los reclamantes en el expediente de responsabilidad incoado: es decir, la Administración pudiendo y debiendo compensar -sin costo alguno- no lo hizo. La consecuencia fue la presentación por los afectados de una reclamación de indemnización por daños.

Esta consideración se expone como argumento y razonamiento de incidencia concurrente de refuerzo, a mayor abundamiento, de la obligación de resarcir el daño efectivamente causado a los reclamantes por la medida adoptada por la Administración, impeditiva del legítimo ejercicio de la actividad industrial cercenada a consecuencia de la modificación del trazado de la vía, aún concurriendo razones de interés público general indiscutidas.

IV

En el presente caso, es claro que no ha habido expropiación formal, ni total ni parcial, de derechos de propiedad de los titulares o arrendatario de la estación de servicios. Lo que hubo fue una aplicación extensiva de la cláusula de precario que de suyo se utilizó como técnica de **expropiación material** de derechos. En efecto, tanto la concesión de uso del dominio público como la autorización de funcionamiento de la estación son títulos que se encontraban en el patrimonio de sus titulares. Aunque el suelo donde se ubicaba la estación de servicios no fue expropiada -por no ser imprescindible para la construcción de la nueva vía- tal derecho de propiedad no era el único que poseían los interesados. El expediente expropiatorio incoado en su día **hubiera debido comprender asimismo los títulos administrativos que utilizaban, legítimamente, los interesados.** Mas no se hizo. Al contrario, se dijo que la expropiación no afectaba a derechos alguno de los interesados. Ahora bien, debe

haber expropiación cuando haya privación singular de derechos con ocasión de causa de interés público o utilidad social; y, justamente, eso fue lo que debió ocurrir formalmente, pero no se hizo. Aunque sí materialmente, mediante la aplicación de la cláusula de precario mediante la que se privó de contenido a ciertos derechos administrativos de los interesados.

En cualquier caso, los derechos de los interesados gozan de protección: o la garantía expropiatoria o la de responsabilidad patrimonial, si no se actúa la primera. Es, por otra parte, a lo que llega el Tribunal Supremo en los supuestos que seguidamente se citan seguidamente.

A. Son indemnizables:

1. La "privación de acceso a la finca" tras una expropiación parcial [STS de 15 de enero de 1992, Ar. 557];
2. El cese temporal del negocio, por expropiación de la finca donde la misma se ubicaba [STS de 2 de febrero de 1993, Ar. 1330];
3. El cierre temporal de una gasolinera por cierre de la vía que le daba acceso a consecuencia de un desprendimiento de piedras [STS de 13 de febrero de 1999, Ar. 3015];
4. El traslado forzoso de industria [STS de 22 de marzo de 1997, Ar. 3093];
5. La clausura forzosa de puertos de mercado, sin proporcionar nuevos puestos en el nuevo mercado [STS de 27 de marzo de 1990, Ar. 2680];
6. La clausura de actividad legalizada pensando que no lo era, "sobre todo cuando se desestimó por silencio administrativo el recurso de reposición" [STS de 4 de octubre de 1986, Ar. 7402];
7. Y la pérdida de clientela por ejecución de obra pública [STS de 14 de febrero de 1998, Ar. 2204].

Por el contrario, no son indemnizables:

1. Las "situaciones meramente toleradas" [STS de 13 de enero de 1992, Ar. 555];
2. O el uso del dominio público tolerado "sin ser titular de autorización o concesión de ningún tipo" [STS de 17 de abril de 1998, Ar. 3829].

En los casos indicados en el apartado A, en todos los casos, se estaba ante negocios, empresas o actividades legalizadas y en todos ellos concurría un interés público que *justificaba* la lesión en el patrimonio de los afectados. En todos esos casos, se estimó la indemnización.

Es decir, el concurso de un interés general no es causa suficiente para sacrificar sin indemnización los derechos e intereses legítimos de los particulares. El interés general debe conseguirse no siempre a costa de los intereses particulares. **Sólo cuando éstos son incompatibles con aquél se impone la expropiación de derechos. Lo que no puede hacerse es lesionar esos derechos sin compensación alguna; o excluyéndolos del procedimiento expropiatorio. En tales casos, la única vía que a los interesados les cabe es la de la responsabilidad patrimonial. Así lo entendió en esos supuestos el Tribunal Supremo.**

V

La PR se pronuncia por la desestimación de las reclamaciones interpuestas por "los daños producidos por el cierre de los accesos a la estación de servicios de La Laja". Desestimación que se fundamenta [con soporte, por un lado, en las SSTS de 2 de febrero de 1982; 8 de junio de 1983; 25 de noviembre de 1986; 23 de marzo de 1987; 7 de abril de 1989; 9 de febrero de 1992; 19 de julio de 1997; y en el Dictamen del Consejo de Estado 51.474; y, por otro, en los arts. 26.2, 36, y 40 de la Ley de Carreteras; y 59.2 de la Ley de Patrimonio] en:

1. Que el acceso a las vías públicas es un acto de tolerancia.
2. Que el acceso lo fue a título de precario.
3. Que el titular de la vía puede reordenar los accesos a ella.
4. Que el mantenimiento de la estación es incompatible con la seguridad vial.

Sobre la base de lo expuesto en los apartados anteriores, son objetables los términos de la Propuesta por cuanto que:

- A. No había simple tolerancia, pues **había título**.
- B. El precario **no ampara la privación sin indemnización**; sólo habilita para extinguir el título.

C. A la afirmación de que en la zona de servidumbre no pueden realizarse obras ni usos incompatibles con la seguridad vial, se opone que en este caso **no hay esa incompatibilidad**, pues de lo que se trata es de un cambio de trazado, por conveniencias técnicas, se entiende. En cualquier caso, esa incompatibilidad -sobrevvenida y no originaria- no implica que no deba haber indemnización por cese de uso.

D. A la afirmación de que el titular de la carretera puede regular los puntos de acceso a ella, se puede oponer que en este caso lo que ha habido es una **privación de acceso autorizado**. Es impensable que, al amparo de ese precepto, la Administración deje sin esos viales a uno de los elementos funcionales de la carretera, como es una estación de servicio.

E. Finalmente, la estación no tenía un permiso de ocupación temporal de dominio -que, en efecto, siempre es en precario-, sino una autorización/concesión de dominio público, por lo que el art. 40 de la Ley de Patrimonio es inaplicable.

VI

Sobre la extensión del resarcimiento que las partes reclamantes han realizado pretendiendo la elevación de la cuantía de las indemnizaciones en un porcentaje del veinticinco por ciento por entender que concurre en la actuación administrativa vía de hecho, circunstancia inicialmente esgrimida por el arrendatario de la Estación de servicio en su escrito de 19 de marzo de 1999, que con posterioridad reafirma y reitera al evacuar el trámite de alegaciones, lo mismo que verificó la representación de "M.O., S.A." y "B.P.O.E., S.A." en sus escritos de 5 y 6 de abril de 2001, procede efectuar las siguientes consideraciones:

La vía de hecho comprende "únicamente las actuaciones materiales de la Administración carentes de cobertura jurídica, que no son simplemente aquellas en las que incurren cualquier vicio procedimental, incluso los más graves de vulneración de derechos fundamentales o los de omisión del procedimiento legalmente establecido que determinarían su nulidad de pleno derecho, incluyendo sólo los supuestos de actuaciones materiales en que no concurre la decisión administrativa previa que le sirve de fundamento o, en otras palabras, no se ha ejercitado potestad administrativa en virtud de decisión o soporte que le preste la necesaria cobertura jurídica, desarrollándose al margen absoluto de ejercicio de potestas, procedimiento

y decisión del órgano competente" [STS de 30 de noviembre de 2000, Ar. 2415]; o cuando la actuación material se produce "al margen de competencia y procedimiento y sin previa habilitación por norma o acto que le sirva de fundamento" [STS de 20 de marzo de 2000, Ar. 436].

Si hubiera habido ocupación sin procedimiento expropiatorio, habría habido vía de hecho. En este caso, en efecto, el Tribunal Supremo [Sentencia de 24 de septiembre de 1998, Ar. 3249] entiende que a la indemnización por privación de los bienes habría que añadir un 25% del valor de los bienes, pues si no fuera así "se estaría equiparando la vía de hecho con la actuación ajustada a la legalidad". Y en eso consiste la ampliación de la indemnización interesada por el arrendatario/reclamante. Ahora bien, la vía de hecho implica actuación puramente material sin actuación administrativa alguna; circunstancia que en este caso no concurre.

La Administración entendía que la autorización concedida en precario permitía el lanzamiento expeditivo del arrendatario, en base al erróneo entendimiento del alcance de esa cláusula. Ahora bien, según consta en las actuaciones, ni hubo ocupación de bienes de propiedad privada, ni siquiera, al parecer, de los bienes demaniales sometidos a autorización/concesión demanial, pese a que en algún momento se dice que esos terrenos iban a ser ocupados. No hubo extinción formal del título, que dejó de ser operativo el día en que abriéndose el túnel se cerró el acceso directo a la estación, momento en que lo que hubo fue cierre de negocio y, lógicamente, alteración del título concesional. Si la valoración de la vía de hecho ampara una pluspetición de 25% del valor de los bienes expropiados y no hubo privación alguna de bien, no hay lugar a petición complementaria alguna. Podríamos estar ante una vía de hecho imperfecta, desde el momento en que sin privación formal hubo cierre de negocio a consecuencia de la actuación administrativa. Pero tal actuación en modo alguno puede decirse que fue simplemente material. En efecto:

1. El propio arrendatario/reclamante tuvo conocimiento a través de los medios de prensa en 1995 del proyecto de ampliación de la GC-1 a consecuencia de la cual la estación perdería sus accesos [folio 3].
2. En 1996 tomó razón de la publicación en el BOC del anuncio de información pública del estudio informativo de ampliación de la GC-1,

compareciendo el 16 de enero de 1996 y haciendo las oportunas alegaciones [folio 14].

3. El arrendatario/reclamante se personó el 7 de febrero de 1997 al expediente expropiatorio [folio 231].

4. Tuvo conocimiento de que no era objeto del mencionado procedimiento y que la no indemnización de daños y perjuicios se basaba en la cláusula de precario de la autorización concedida en su día, por lo que conocía las razones de la actuación administrativa.

5. No habiendo ocupación de bienes, ni lanzamiento anticipado, el daño se produjo el día en que se cerró las vías de acceso, no antes. El cierre, pues, no fue una actuación puramente material, arbitraria, infundada, y con desconocimiento por parte del arrendatario/reclamante. Sin perjuicio de que la interpretación que se hacía de la cláusula de precario por parte de la Administración era errada.

Apreciación que coincide con lo que al respecto señala la STS de 4 de diciembre de 1998, Ar. 10272, según la cual "no se produjo la vía de hecho que se alegaba, pues el proyecto de obras fue publicado en el Boletín Oficial correspondiente y la ejecución de las mismas se anunció mediante edicto insertado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, por lo que no ha existido indefensión". Que tampoco ha existido en este caso, en el que se ha sabido desde el principio las razones en que se basaba la Administración para no indemnizar el cierre forzoso de la estación. Que las razones esgrimidas tuvieran otra interpretación posible; o que la cláusula de precario no tuviera el alcance que la Administración pensaba es cuestión distinta. La cuestión, pues de eso se trata ahora, es que no ha habido vía de hecho. Mejor dicho, la vía de hecho no se llegó a consolidar.

La premisa de partida era la cláusula de precario. Tal cláusula contaba en la autorización concedida. La Administración se limitó a notificar el 22 de mayo de 1998 [folio 41] la inminente construcción de un túnel y el próximo cierre de los accesos a la estación, sin hacer referencia a la cláusula de precario. Tales lapidarios términos anunciaban en efecto una actuación puramente material o vía de hecho. Pero la misma no se llegó a consolidar pues, como se dijo, no hubo ocupación, ni lanzamiento anticipado al momento del cierre de los accesos. En cualquier caso, no tenía que decirse sólo al arrendatario, sino al propietario, lo

que se comunicó asimismo mediante escrito de igual fecha [folio 39], por referencia a "los condicionados que constan en dicha autorización".

Desde luego, una medida tan radical como la administrativamente pretendida hubiera requerido que desde el primer momento de las actuaciones quedara bien claro el título en base al cual la Administración se amparaba para cerrar los accesos sin indemnización. Pero como no hubo actuación material - pese a que se anunció- no concurre vía de hecho.

VII

La cuantificación de los daños reclamados la han verificado los interesados aportando informes periciales realizados a su instancia por la firma "O.G.A.E.-A.", para el Arrendatario de la Estación, R.A.O., de un lado, y por "E.Y.A.A.", para la Entidad "B.P.O.E., S.A.". No existe constancia en el expediente de la existencia de ningún informe o estudio pericial o técnico encargado por el órgano instructor, valorativo de los distintos conceptos económicos incluidos en los expresados informes periciales que cada parte encargó unilateralmente y aportó. Sin el necesario análisis, verificación y comprobación exhaustiva de cada uno de los elementos y unidades que conforman los valores que los perjudicados asignan a los quebrantos económicos que alegan han sufrido, respectivamente, este Consejo no está en condiciones de pronunciarse sobre la cuantificación de los daños resarcibles, a salvo el criterio expuesto de no aceptar la procedencia de incluir ningún porcentaje de agravamiento o penalización por aplicación del concepto atinente a la vía de hecho esgrimida por las partes reclamantes, ni tampoco ningún porcentaje añadido por afección al no haberse utilizado en este caso el procedimiento expropiatorio.

La Propuesta de Resolución entiende que no pueden considerarse probadas las cifras estimadas por los interesados, razonando que las indemnizaciones por daños y perjuicios así como por lucro cesante y daño emergente se han realizado por los peritos sobre la base del volumen de venta del último año y la media de los anteriores, tales datos no se han confrontado con los de las declaraciones tributarias o de resultados del negocio proveniente de la documentación que se haya presentado en el Registro Mercantil. Además, al declararse por el instructor la pertinencia de las pruebas propuestas se acordó practicar requerimientos a los reclamantes para la presentación de documentación acreditativa de los beneficios obtenidos en los años 1995 a 1998, según los datos de sus libros contables oficiales, sin que del expediente resulte que esta prueba se haya practicado.

La Administración, pues, antes de resolver, ha de proceder a la verificación de cada uno de los datos correspondientes a los distintos conceptos económicos reclamados, para concretar las cuantías de las indemnizaciones abonables para resarcir los daños y perjuicios efectivamente causados a los perjudicados y reparar la lesión patrimonial sufrida en sus bienes y derechos, verificando el cálculo con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, coincidente con la fecha de cierre de la industria como consecuencia del requerimiento efectuado para el cese de la actividad mediante el desalojo de todos los elementos de que se compone la Estación de Servicio, efectuado mediante comunicación del Director General de Obras Públicas de fecha 25 de febrero de 1999, dirigida al arrendatario de dicha Estación. Y ello sin perjuicio de la actualización de la cantidad resultante a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 141.3 de la LRJAP-PAC.

VIII

La información facilitada con fecha 20 de marzo de 2000 sobre el estado de los procedimientos contencioso-administrativos acumulados números 357 y 535/2000, que se siguen en la Sección 1 de la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, concluido el período probatorio y pendiente en esa fecha del trámite de conclusiones, fuerza a considerar que en el caso de que antes de que se dicte resolución administrativa en el expediente de responsabilidad patrimonial recayese sentencia en dichos procedimientos judiciales acumulados, el órgano resolutorio deberá abstenerse de resolver.

CONCLUSIONES

1.- La Administración parte de un erróneo entendimiento de la cláusula de precario.

2.- El uso de esta cláusula no excluye la indemnización debida.

3.- Una causa de interés general puede activar el precario, por cuanto los bienes demaniales cuyo uso se autorizó son necesarios para la satisfacción de la nueva necesidad pública. Lo que no ocurre en este caso, pues el demanio concedido ni fue

ocupado, ni utilizado. Es decir, la cláusula fue utilizada para fin distinto del que le es propio.

4.- Lo que ha habido es una extensión indebida de la cláusula de precario *para amparar jurídicamente el cierre de acceso a un negocio legalizado*.

5.- Como consecuencia se ha producido a los reclamantes un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que les ha comportado una lesión patrimonial a consecuencia del funcionamiento normal del servicio público de carreteras, que ha de ser resarcido.

6.- Procede que el órgano instructor ordene se verifique mediante los informes o estudios técnico-periciales correspondientes la cuantificación de los daños y perjuicios a indemnizar, conforme se ha expuesto en el Fundamento VII.