



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 2 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de marzo de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por Y.A.G.G., en nombre y representación de la entidad mercantil C.D., S.A., por daños ocasionados por la anulación judicial de la licencia de apertura y funcionamiento de restaurante (EXP. 39/2013 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 30 de enero de 2013, con fecha de registro salida 1 de febrero y entrada en este Consejo el 8 del mismo mes, el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, solicita preceptivamente dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, por la que se resuelve el procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado a instancia del reclamante por los presuntos perjuicios patrimoniales derivados de la anulación judicial de licencia de apertura y funcionamiento de la actividad de restaurante, en el local sito en la calle Malteses (...), en el citado término municipal.

2. Es preceptiva la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), remitida por el Alcalde del Ayuntamiento citado, de conformidad con el art. 12.3 de la LCC.

* PONENTE: Sr. Belda Quintana.

3. Concurren los requisitos establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en los arts. 139 y 142 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

4. En el análisis de adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución a efectuar son de aplicación, tanto la LRJAP-PAC como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPARP), siendo una materia básica cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello. También es aplicable la Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, y el Decreto 183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias, así como el art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en cuanto a las competencias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística que corresponde a los municipios.

II

1. En el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial que se formula, el día 2 de diciembre de 2011, por el representante legal de la entidades mercantiles C.D., S.A., A.C.J., S.A., y de J.M.A., se requiere al citado Ayuntamiento a fin de que a los afectados se les indemnice por los daños causados como consecuencia de la anulación de la indicada licencia con base en un planeamiento urbanístico que formalmente no le daba cobertura.

2. Concretamente, el escrito de reclamación inicial, subsanado por otro posterior, fundamenta la pretensión indemnizatoria en los siguientes hechos:

En fecha 30 de abril de 2008, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, concede licencia de apertura y funcionamiento para la actividad de restaurante en el local ubicado en la calle Malteses, a nombre de E.G.E.C.A.G., S.L., que la cedió a la entidad mercantil C.D., S.A., y posteriormente traspasada a V.G.R.

En fecha 1 de febrero de 2010, se celebra contrato de traspaso y arrendamiento por las partes C.D., S.A., como arrendadora, y la mercantil A.C.J., S.A., como arrendataria del local. Esta última entidad, según el reclamante, abonó en concepto de traspaso a V.G.R. el importe de 126.000 euros.

En fecha 22 de febrero de 2010, la mercantil A.C.J., S.A., comenzó a explotar el local propiedad de C.D., S.A., al amparo de la licencia de apertura y funcionamiento anteriormente citada.

En igual fecha, 22 de febrero de 2010, se dicta sentencia por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Las Palmas de Gran Canaria en el PO 311/2008, mediante la que se declara la nulidad de la citada licencia.

Con fecha 3 de diciembre de 2010 se dicta sentencia por la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC en el RA 280/2010, mediante la cual se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la anterior sentencia, adquiriendo ésta, por tanto, firmeza.

En fecha 11 de mayo de 2011, la Directora General de Ejecución Urbanística de la corporación local concernida, ejecuta la sentencia anulando la licencia de apertura y funcionamiento. Además, la Directora indicada ordena, mediante resoluciones de 15 de julio y 15 de noviembre de 2011, la paralización de la actividad, lo que es atendido por la mercantil A.C.J., S.A., en fecha 28 de noviembre de 2011.

3. Como consecuencia, el representante legal de las partes afectadas manifiesta que la anulación de la licencia indebidamente otorgada por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, ha supuesto cuantiosas pérdidas económicas para las partes, que no tienen el deber jurídico de soportar. Así, C.D., S.A., deja de percibir las rentas que le corresponderían del contrato de arrendamiento suscrito, por lo que reclama 50.400 € (que posteriormente, en escrito de alegaciones finales, reduce a 46.200 €); la mercantil A.C.J., S.A., pierde la cantidad de 126.000 € abonada a V.G.R., al adquirir el traspaso del local comercial, pues las obras realizadas en la cocina del inmueble se entienden inútiles en tanto que el uso del restaurante no es compatible con el planeamiento urbanístico en vigor, cantidad que reclama; y, la entidad mercantil A.C.J., S.A., pierde reservas importantes de sus clientes, por lo que reclama 50.000 €; asimismo, los gastos que el procedimiento incoado supone para los afectados incrementa la cantidad indemnizatoria anterior en 30.000 €.

III

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se han realizado las siguientes actuaciones:

Una vez presentada la reclamación, mediante oficio de 2 de enero de 2012, debidamente notificado, el Ayuntamiento requiere al reclamante para que subsane la reclamación presentada y aporte documentalmente o mediante comparecencia apud acta la representación de J.M.A. y A.C.J., S.A.

En un principio se resuelve archivar el expediente por desistimiento en fecha 24 de mayo de 2012, al no subsanarse los defectos observados en la reclamación inicial, sin embargo, tras notificársele la indicada resolución al representante legal, éste interpone recurso de reposición ante la corporación local concernida, en el que indica que se había acreditado correctamente la representación legal de C.D., S.A., por lo que el órgano de instrucción, en fecha 27 de junio de 2012, resuelve estimar el recurso interpuesto y, en consecuencia, se admite a trámite la reclamación formulada pero exclusivamente en relación a la entidad mercantil C.D., S.A., circunstancia ésta de especial trascendencia para la delimitación de la reclamación, por cuanto que dicha entidad, en cuanto propietaria y arrendadora del local, es la única reclamante, sin que lo sean, ni se hayan personado, el titular de la licencia de actividad en el momento de dictarse y ejecutarse la sentencia (a la sazón V.G.R.), ni el titular de la explotación en el momento de ejecutarse dicha sentencia (A.C.J., S.A.).

El Instructor solicita informes sobre la sentencia de 22 de febrero de 2010, dictada en el PO 311/2008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Las Palmas de Gran Canaria, así como sobre la sentencia de 3 de diciembre de 2010, dictada en el RA 280/2010 por la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC. Igualmente, solicita informe sobre la resolución de 11 de mayo de 2011 que anuló la licencia de actividad en ejecución de sentencia, así como sobre las posteriores resoluciones de 15 de mayo y 15 de noviembre de 2011 por las que se ordena el cese de la actividad.

Por parte del Servicio de Edificación y Actividades del Ayuntamiento, con fecha 24 de julio de 2012 se emite informe en el que se indica, en esencia, lo siguiente:

El titular de la licencia que le consta al Ayuntamiento en el momento de dictarse las sentencias de 22 de febrero y 3 de diciembre de 2010, no coincide con la entidad mercantil afectada. Ni tampoco en el momento de ejecutarse la sentencia anulatoria mediante resolución de 11 de mayo de 2011. Es decir, el titular último de la licencia que le consta al Ayuntamiento, tanto en 2010 como en 2011 es V.R.G., al cual se le notifica correctamente la ejecución de la sentencia, y al cual se incoa expediente de denuncia, dándosele trámite de audiencia.

Ante la imposibilidad de notificar a V.R.G. el trámite de audiencia citado, se constata por los notificadores del Ayuntamiento que quien realiza la explotación del restaurante es J.M.A., al cual se incoa expediente por actividad sin licencia de apertura y a quien se le notifican las órdenes de paralización de la actividad de 15 de mayo y 15 de noviembre de 2011.

No consta como parte de los expedientes de concesión de licencia de apertura y funcionamiento como restaurante y de anulación posterior, la entidad A.C.J., S.A. Es decir, al Ayuntamiento no le consta que dicha mercantil haya sido en ningún momento titular de la citada licencia ni destinatario de las órdenes de paralización de actividad.

En cuanto a la inversión de 126.000 €, que el reclamante dice que efectuó A.C.J., S.A. a la hora de adquirir el traspaso, para llevar a cabo las obras realizadas en la cocina del inmueble, se indica que esas presuntas obras no cuentan con autorización desde la apertura, ni se han legalizado posteriormente. Únicamente existe una licencia de obra menor concedida el 1 de octubre de 2010 a V.G.R. consistente, únicamente, en el traslado de la barra de la planta baja para ubicarla más cerca de la entrada del local.

J.M.A. tampoco ha sido nunca titular de licencia alguna en dicho local.

Por parte de la Dirección General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento con fecha 30 de agosto de 2012 se emite informe que, en síntesis, mantiene que la sentencia de 22 de febrero de 2010, confirmada por la del TSJC de 3 de diciembre de 2010, es contradictoria con otras del propio TSJC y del mismo Juzgado, que interpretan el "uso comercial" y el "uso terciario" del PGOU de distinta manera a como lo interpreta la citada sentencia que anuló la licencia. En concreto se cita la sentencia de la sala contencioso-administrativo del TSJC de 1 de diciembre de 2010, dictada en el recurso de apelación 349/2009 -que delimita "uso comercial" y "uso de servicios sociales"-, y la del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Las Palmas, de 8 de abril de 2008, dictada en el recurso 469/2006 -que autoriza una actividad basándose en que la ordenanza del PEPRI VEGUETA TRIANA, por remisión a las determinaciones de la Ordenanza "M" del PGOU, permitía el uso terciario recreativo-. Por ello, tras citar el art. 142.4 LRJAP-PAC y art. 4.2 del RD 429/1993, en la actuación del Ayuntamiento no concurre una "flagrante desatención normativa", como es el caso que nos ocupa, en que el Ayuntamiento defiende una

postura aceptada por los mismos órganos jurisdiccionales que ahora anulan la Licencia que motiva la reclamación patrimonial.

Mediante Resolución de 10 de septiembre de 2012, se procede a la apertura del período de prueba. El 3 de octubre de 2012, la reclamante presenta escrito de proposición de medios probatorios, consistente en la documental presentada con anterioridad, que no consta en el expediente salvo el poder de representación de C.D., S.A., y el contrato de traspaso y arrendamiento del edificio afectado de 1 de febrero de 2010.

El 31 de octubre de 2012, se resuelve el trámite de audiencia y vista del expediente, notificándosele a la reclamante correctamente en fecha 8 de noviembre de 2012, tras lo cual se presenta escrito de alegaciones en fecha 20 de noviembre de 2012.

Finalmente, el 22 de enero de 2013, se redacta la Propuesta de Resolución por la que el Instructor del procedimiento desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por entender que existe ausencia del nexo causal entre el funcionamiento administrativo y el daño alegado.

IV

1. La cuestión planteada, en consecuencia, en el presente expediente se circunscribe a determinar si en la reclamación objeto del mismo concurren los presupuestos legales para estimar la reclamación y conceder, en su caso, la indemnización correspondiente.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto es necesario recordar que el caso planteado trata de un local comercial, concretamente, un local destinado a la realización de una actividad clasificada que para su ejercicio requiere la oportuna licencia de apertura y funcionamiento, que en este caso fue anulada judicialmente por haberse otorgado indebidamente por la corporación local concernida al entonces titular del local.

3. El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el art. 106 CE y desarrollado en los arts. 139 y siguientes LRJAP-PAC, exige, según la jurisprudencia, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa 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, siendo éste antijurídico.

En consecuencia, no todos los daños que cause la Administración a terceros son indemnizables, sino que sólo lo serán aquellos que la Administración causa ilegítimamente y que el reclamante no esté obligado a soportar, comprendiendo así esta definición el concepto de daño antijurídico, por lo que para que la actividad de la Administración pueda dar lugar o no a la responsabilidad patrimonial, deberá determinarse si el particular que sufre el daño no está expresamente obligado por alguna norma a soportar esas consecuencias dañosas o si, por el contrario, existe algún título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado, teniendo la víctima el deber de soportarlo, tal y como así lo declaran las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 2 de noviembre de 1993, 22 de abril de 1994, 30 de octubre de 2003 y 8 de mayo de 2007.

En esta línea, se recuerda la doctrina jurisprudencial mantenida, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009, 5 de febrero de 1996 y 4 de noviembre de 1997, de la que se hace eco la Sentencia nº 145/2010, de 28 de noviembre, Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC (Santa Cruz de Tenerife), partidaria de la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de no concurrir “flagrante desatención normativa”, circunstancia que impide hablar, al “haber obrado dicha Entidad Local dentro de unos márgenes de apreciación razonables”, de antijuridicidad del daño al tener el particular el deber de soportar las consecuencias del mismo, ya que es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que siendo aplicables, considere ser más adecuados a la legalidad vigente, e imputarle responsabilidad cuando dichos criterios no prosperen en la revisión judicial que de los mismos se promueva, tal y como acontece en el presente caso, en el que, efectivamente, la interpretación de los usos permitidos contenidos en el PEPRÍ Vegueta Triana, que desarrolla el PGOU del año 2000 de Las Palmas de Gran Canaria, es una cuestión ciertamente compleja y dificultosa -cuestión que reitera la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo TSJC (Las Palmas) de 3 de diciembre de 2010, que confirmó la sentencia de 22 de febrero de 2010 anulatoria de la licencia en cuestión, en sus FJ Segundo y Tercero-.

No obstante, nos encontramos en este asunto concreto ante la concesión de una licencia por aplicación de las determinaciones de un Plan Especial que desarrolla el Plan General (el PEPRI Vegueta Triana), que, según la sentencia anulatoria de la licencia, contraviene el propio Plan General, sin que conste en el expediente que dicho Plan Especial haya sido anulado.

4. En cuanto al concreto daño causado alegado por la reclamante, esto es, al lucro cesante como consecuencia del impago de las mensualidades del arrendamiento del local, desde la ejecución de la sentencia de anulación de la licencia “hasta que esta Corporación introduzca las necesarias modificaciones en el planeamiento urbanístico para que la actividad de restaurante sea compatible con el local de la calle Malteses (...)”, deben efectuarse las siguientes consideraciones:

a) Un contrato de arrendamiento entre particulares, sin intervención ni conocimiento de la Administración, en principio, no puede vincular a la misma y, menos, *sine die* y a expensas de una eventual modificación normativa que, por mera expectativa, podría no producirse nunca. Desde este punto de vista, el contrato de traspaso y arrendamiento de 1 de febrero de 2010, suscrito entre C.D., S.A (como arrendadora) y A.C.J., S.A. (como arrendataria), se efectuó en documento privado por un periodo de 12 años, cuando el art. 1280.2º del Código Civil especifica que este tipo de contratos deben constar en documento público para que deban perjudicar a tercero y el art. 1227 del mismo Código dispone que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio, circunstancias estas que no se han producido, tal y como se evidencia en el informe del Servicio de Edificación y Actividades del Ayuntamiento, de fecha 24 de julio de 2012, que pone de manifiesto el desconocimiento de la Administración respecto al referido traspaso, por incumplimiento de la obligación de comunicar tal traspaso tanto por parte del titular del local como del titular de la explotación. No debe olvidarse que la lesión que ocasiona el deber de indemnizar se conceptúa como el menoscabo o dolor que perjudica no ya simples intereses legítimos sino verdaderos derechos subjetivos, por lo que no son indemnizables las conjeturas o meras expectativas que no son derechos adquiridos.

b) Parece desprenderse de la reclamación que el único uso que puede darse al local es el de restaurante, cuando la normativa urbanística permite claramente un “uso comercial, administrativo o de oficinas”, desconociéndose, por no haberse

aportado prueba alguna en el expediente si el citado local se encuentra cerrado o bien se ha arrendado a un tercero que en la actualidad explote una actividad comercial no clasificada o de tipo administrativo. Tampoco se ha acreditado, ya que sólo se ha afirmado por el reclamante, si el citado contrato de arrendamiento se ha resuelto, con la consiguiente puesta a disposición del propietario del local en cuestión, el cual, en ejercicio de su derecho, puede arrendarlo de manera libremente para alguno de los usos permitidos por la normativa urbanística, o si continúa en vigor, con la subsiguiente obligación del pago de la renta para el arrendatario. Desde este punto de vista, por tanto, no se ha de ignorar que es a la parte interesada a quien le incumbe la carga de probar el alcance del presunto daño sufrido, por lo que al no haber aportado la documentación que permita acreditar dicho extremo, ni proponer la práctica de otros medios de prueba con dicho objeto, hay que atenerse a los datos resultantes de la instrucción, de los que no se deduce que el daño por el que se reclama sea cuantificable económicamente.

5. En consecuencia, este Consejo considera que no se dan los requisitos legales para que sea imputable a la Administración una responsabilidad patrimonial por una eventual lesión consistente en el lucro cesante derivado de que la arrendadora y reclamante, C.D., S.A., haya dejado de percibir las rentas de un contrato de arrendamiento del local de su titularidad como restaurante.

CONCLUSIÓN

Se considera conforme a Derecho el sentido desestimatorio de la reclamación presentada, si bien por las razones expresadas en el Fundamento IV.