



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 4 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de febrero de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por F.L.J., en nombre y representación de EMPRESA X, S.A.U., por daños ocasionados como consecuencia de la denegación de las distintas licencias comerciales solicitadas, correspondientes a establecimientos de descuento duro en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 23/2015 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El Consejo Consultivo dictamina sobre la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias por el planteamiento de la reclamación indemnizatoria, cuya finalidad es reparar el perjuicio económico que entiende se le ha causado a la interesada por la denegación de varias licencias comerciales solicitadas para llevar a cabo la instalación de diez establecimientos de descuento duro en distintos municipios de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC).

2. Es preceptiva la solicitud del dictamen según el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), estando legitimada para efectuarla la Sra. Consejera que la remite (art. 12.3 LCCC).

3. El representante de la empresa afectada manifiesta que su mandante tenía previsto la instalación de diez establecimientos de los denominados, en la Ley

---

\* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

10/2003, de 3 de abril, Reguladora de la Licencia Comercial Específica, vigente en la época de los hechos, de "descuento duro" (definidos en su art. 4), en diversos municipios de la CAC. Así, de acuerdo con el art. 1.c) de la Ley 10/2003, entre el 25 de mayo de 2004 y el día 10 de octubre de 2005 se solicitaron las correspondientes licencias comerciales específicas con tal finalidad.

Sin embargo, mediante diez Órdenes departamentales, emitidas entre el 11 de noviembre de 2005 y el 10 de octubre de 2007, se denegaron tales licencias.

4. Dichas Órdenes basaron la desestimación de las solicitudes, principalmente, en dos motivos:

- El incumplimiento por parte de la empresa afectada de los niveles de saturación en el ámbito territorial en el que pretendía instalarse. Así, se consideró por parte de la Administración que con base en la disposición transitoria primera del Decreto 232/2005, de 27 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de concesión de licencia comercial específica y se establece los criterios generales de equipamiento comercial en Canarias, vigente en la época de los hechos, era de aplicación el art. 19.2 a)9 y c) del mismo, por el que se regulaba dicho nivel de saturación.

- El que la instalación de tal tipo de establecimiento supondría la destrucción de empleo, lo cual se basó en el informe encargado a la empresa privada ZK S.L. por parte de la Administración al considerar que la insuficiencia de medios materiales y personales con los que contaba la extinta Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías del Gobierno de Canarias impedían emitir un informe adecuado.

5. Contra dichas Resoluciones se interpusieron varios recursos potestativos de reposición, que no fueron estimados, lo que dio lugar a que se interpusieran los correspondientes recursos contencioso-administrativos, dictándose diversas Sentencias por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, entre el día 19 de diciembre de 2008 y el día 15 de mayo de 2009.

Estas Sentencias estimaron la totalidad de los recursos presentados, declarando la nulidad de los preceptos anteriormente referidos del Decreto 232/2005, incluida la disposición transitoria primera y también la nulidad de las Resoluciones recurridas. Además, en dichas Sentencias se manifestó que la denegación de tales licencias se ha producido de forma poco fundada y que, sin embargo, a través del procedimiento

seguido en vía administrativa se constató que las licencias solicitadas cumplían con la totalidad de los requisitos que le eran exigibles.

6. Estas Sentencias fueron recurridas en casación por la Consejería, dictándose por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo varias Sentencias entre el día 5 de octubre de 2012 y el 27 de septiembre de 2013. Todas ellas desestimaron los recursos de casación interpuestos, salvo la Sentencia de 7 de mayo de 2013 que estimó el recurso de casación por considerar que, en ese supuesto concreto, la afectada no había acreditado su capacidad procesal.

7. Asimismo, la empresa afectada se vio obligada a modificar la naturaleza de los establecimientos a instalar en la CAC, solicitando y obteniendo las licencias precisas para instalar diez supermercados en el ámbito de la CAC, lo cual se llevó a cabo entre el día 10 de marzo de 2009 y el 1 de febrero de 2011.

8. El reclamante considera que la denegación indebida de las licencias comerciales solicitada por la empresa que representa le ha ocasionado a la misma un perjuicio económico que asciende a 25.258.319,96 euros.

Así, dicha cantidad engloba tanto el daño emergente, como el lucro cesante, incluyéndose en ellos conceptos tales como los costes adicionales a la operativa habitual de EMPRESA X, penalizaciones, coste de oportunidad del capital en la adquisición de los terrenos, aumento de los costes de personal, del alquiler de oficinas entre otros muchos.

9. En el análisis de adecuación jurídica a efectuar son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

## II

1. El presente procedimiento se inició a través del escrito de reclamación, que se presentó el día 12 de noviembre de 2013.

Previamente, el día 14 de septiembre la empresa afectada presentó una primera reclamación, que fue inadmitida mediante la Orden nº 493, de 20 de junio de 2011, de la Consejera de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, pues se consideró que, en virtud de la normativa aplicable y teniendo en cuenta que ninguna

de las Sentencias en las que la afectada basaba su pretensión era firme, no se podía admitir la misma hasta que hubieran adquirido firmeza, momento en el que se iniciaría el cómputo del plazo para presentar la reclamación.

2. En cuanto a su tramitación, a través de la Resolución de la Dirección General de Comercio y Consumo de 8 de abril de 2014, se admitió a trámite dicha reclamación y se acordó, además, proceder a la apertura del periodo de prueba, otorgándosele un plazo de 30 días a la empresa afectada para proponer los medios de prueba de los que pretendiera valerse y conferírle también un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos de los que pretendiera valerse, entendiéndose que ambos plazos comenzaban a partir de la fecha de emisión de dicha Resolución.

3. Pues bien, en el presente procedimiento se ha prescindido del informe preceptivo del Servicio incumpléndose lo dispuesto en el art. 10 RPAPRP, que establece que el órgano competente para la instrucción del procedimiento podrá solicitar cuantos informes estime necesarios, pero que *"En todo caso, se solicitará el informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable"*.

Además, se le ha otorgado de forma incorrecta el trámite de vista y audiencia a la interesada, pues, tal y como se hizo referencia anteriormente, ello se hizo junto con la fase de apertura del periodo probatorio y no como establece tanto la LRJAP-PAC y el RPAPRP, que exigen que una vez que se ha instruido el procedimiento y antes de redactar la propuesta de resolución, como último trámite del mismo se debe otorgar la vista del expediente y la audiencia al interesado (art. 84.1 LRJAP-PAC y art. 11.1 RPAPRP). Por tanto, con esta deficiencia formal se le ha causado indefensión a la empresa interesada.

Asimismo, consta la petición del informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, observándose que dicho escrito tiene como fecha de entrada en la misma el 23 de septiembre de 2014, sin que el informe se haya emitido o al menos se haya adjuntado al expediente remitido a este Consejo Consultivo. Además, se adjunta un escrito de dicha Dirección General de 3 de enero de 2014 por el que se advertía al órgano instructor que sólo podía emitirse tal informe si se acompañaba a su petición de la correspondiente Propuesta de Resolución.

Por último, el día 24 de octubre de 2014, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, teniendo el escrito de solicitud del preceptivo Dictamen de este Organismo fecha de registro de entrada el 23 de enero de 2015.

4. Concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, regulados en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

### III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación, puesto que el órgano instructor considera que a través del escrito que presentó la empresa interesada el 22 de marzo de 2006, por el que optó modificar su petición inicial correspondiente a establecimientos de descuento duro por supermercados, era del todo innecesaria la licencia comercial que se le denegó y por tal motivo entiende que en el presunto supuesto no concurre relación de causalidad entre el actuar administrativo y los daños reclamados, no pudiéndosele imputar responsabilidad alguna a la Administración.

2. Tal y como se señaló anteriormente en el presente procedimiento se ha prescindido del informe preceptivo del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

El procedimiento administrativo y, especialmente en este caso, el procedimiento de reclamación patrimonial por lesiones ocasionadas por los órganos de la Administración, es un procedimiento garantista. En este plano garantista se sitúa lo establecido en el art. 10 RPAPRP cuando señala que en todo caso, se solicitará el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

En este procedimiento, el posible daño causado no proviene de una actuación material de la Administración de la Comunidad Autónoma sino por una decisión de carácter jurídico al denegar las licencias solicitadas por la entidad reclamante. En este caso, el referido informe del servicio podría haber sido un informe únicamente jurídico pero no existe en el expediente ningún informe anterior a las alegaciones que reúna las condiciones necesarias para considerarlo el informe del servicio que establece el ya señalado art. 10 RPAPRP.

La Doctrina del Consejo de Estado y la de los Consejos Consultivos incluida la de este Órgano establecen claramente tanto el carácter garantista del procedimiento administrativo como la obligatoriedad del informe del servicio.

En este sentido, el Dictamen 2072/1999 del Consejo de Estado emitido en relación a una consulta del Ministerio de Fomento sobre la tramitación de los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial señala:

*“3. Los procedimientos han de instruirse de manera escrupulosa por los órganos administrativos, sin que sea dable suprimir algún trámite, salvo que la norma que los regula permita específicamente hacerlo.”*

Para continuar indicando *“En la fase de instrucción, el órgano competente debe solicitar los informes que sean preceptivos y los necesarios para resolver (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 82.1), debiéndose emitir en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro mayor.*

*Ahora bien, consciente la Ley de que, en ocasiones, la complejidad de los asuntos tramitados hace de difícil o imposible cumplimiento el plazo general de tramitación del procedimiento, habilita para suspenderlo "cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos" (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 42.5.c). La duración de la suspensión no puede exceder de tres meses.*

*La lectura del apartado c) del número 5 del artículo 42 evidencia que la suspensión del plazo para resolver no puede adoptarse en cualquier caso. Para que pueda acordarse la suspensión, es preciso que los informes solicitados sean preceptivos y determinantes. No basta que concurra una de estas circunstancias; han de darse las dos: ser preceptivos y ser determinantes del contenido de la resolución.*

*Por informes preceptivos, han de entenderse los obligatorios conforme al ordenamiento jurídico. Por otra parte, han de considerarse informes determinantes del contenido de la resolución los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo "determinar" contenida en el Diccionario de la Lengua Española. Esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en*

*un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo.*

*5. Lo expresado es de aplicación a los procedimientos tramitados por el Ministerio de Fomento para declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado.*

*Estos procedimientos deben ultimarse, por lo general y salvo los casos de suspensión o ampliación, en el término de seis meses.*

*Con ocasión de su instrucción, han de recabarse los informes precisos para la formación del juicio y de la voluntad de la Administración Pública. Sólo en el caso de que se trate de informes preceptivos y además determinantes de la resolución a dictar, puede suspenderse el plazo máximo de resolución.*

*Cuáles son los informes preceptivos y determinantes en los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado que permiten la suspensión del plazo de tramitación, es cuestión que no puede determinarse con carácter general. El Consejo de Estado comparte el criterio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de que tienen tal carácter el del servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado.*

*El informe del servicio administrativo causante del daño o del que depende la obra o servicio público que lo causó tiene carácter preceptivo y determinante. Es preceptivo de acuerdo con el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que lo exige "en todo caso". Es determinante, por la propia razón de las cosas, por cuanto permite conocer de manera directa e inmediata las circunstancias concurrentes en cada caso. Nadie mejor que el servicio causante del daño puede pronunciarse sobre su funcionamiento y actuación, sin que sea oponible a ello el de una eventual parcialidad, pues no debe olvidarse que también el servicio causante del daño está obligado a servir con objetividad a los intereses generales, entre los que está, sin duda, resarcir los daños causados a los particulares (Constitución, artículos 103 y 9).*

*(...) Los tres informes mencionados tienen carácter preceptivo y determinante, como señala la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ahora bien, a juicio del*

*Consejo de Estado, tal enumeración no es taxativa. Existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros.*

*6. Puede ocurrir, y ocurre comúnmente, que, no obstante el deber de tramitar los procedimientos y de hacerlo en el término legalmente señalado, (...)”.*

Los distintos Consejos Consultivos mantienen también esta misma línea doctrinal, entre otros, en el Dictamen 45/2004, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de La Rioja o en los Dictámenes 34/2004, de 30 de marzo, y 469/2012, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Este último Dictamen indica:

*“Asimismo, es necesario que se emita el Informe preceptivo del Servicio, que no de la empresa concesionaria, sin perjuicio de que se le solicite información específica a la misma, como se ha anticipado, que debe estar referido al estado de conservación en el que se hallaba la valla, su cierre y sus elementos de fijación en el día del accidente, y acerca de si estaba permitida su manipulación por los particulares que acuden al Punto limpio, además del control de las actuaciones que realizan los particulares, como el interesado, en dicho Punto limpio por parte de sus operarios; tras ello, se le otorgará de nuevo el trámite de audiencia al reclamante y se emitirá una nueva Propuesta de Resolución, que se someterá a Dictamen de este Organismo”.*

El Tribunal Supremo, en una constante jurisprudencia, mantiene estas mismas consideraciones acogiendo lo señalado por el Consejo de Estado en la Sentencia de 1 de abril de 2003 en su Fundamento Jurídico Sexto:

*«Sexto.- A juicio de esta Sala, los informes, ambos preceptivos, que debían emitir tanto la Abogacía del Estado en el Ministerio de Economía y Hacienda como la Intervención General de la Administración del Estado, revisten una importancia singular en el esquema abstracto del procedimiento regulado por el Real Decreto 610/1999 que, por ello, les dedica una mención específica en su artículo 12.*

*Ambos informes son exigidos por el Reglamento con carácter nominativo precisamente a la vista de las complejas circunstancias que presenta el proceso de restitución o compensación de los bienes incautados, proceso cuya complejidad jurídica, monetaria y económica se pone de manifiesto con sólo enumerar los numerosos problemas de los tres órdenes que hemos debido afrontar, y es de*



*suponer que seguiremos afrontando, al resolver litigios como el presente y otros muchos análogos.*

*Según el designio reglamentario, precisamente para contar con una opinión cualificada desde el punto de vista jurídico y financiero, el Consejo de Ministros, que aquí actúa en el ejercicio de potestades estrictamente regladas, ha de ponderar y tomar en consideración de modo ineludible el parecer de dos órganos de reconocida competencia en sus respectivos ámbitos y, aunque dicho parecer no le vincule, para separarse de él debe hacerlo de modo motivado (artículo 54.1.c de la Ley 30/1992).*

*Además, el hecho de que los dos informes hayan de emitirse una vez finalizada la instrucción y redactadas las correspondientes propuestas de resolución de las solicitudes corrobora la conclusión de que se trata con ellos de ofrecer al órgano finalmente decisor, no ya al que instruye, una opinión cualificada que el Reglamento considera insustituible (de ahí su carácter preceptivo) y, aun no siendo vinculante, de tal relevancia que bien puede calificarse como "determinante" del contenido de la resolución misma, en el sentido -ciertamente, no exento de ambigüedad- que a este término da el artículo 42, apartado 5, letra c), de la Ley 30/1992, antes citada.*

*Sobre los rasgos de esta nueva categoría de informes (preceptivos y no vinculantes, pero sí determinantes del contenido de la resolución) a los que se refiere el citado artículo 42 no es fácil hacer consideraciones en abstracto y resulta preferible acometer, caso por caso, el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.*

*En términos generales, enfrentado el Consejo de Estado con una consulta que le dirigió el Gobierno precisamente en torno a esta nueva categoría de informes, consideró (Dictamen de 8 de julio de 1999) que por tales había que entender "los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo 'determinar' contenida en el Diccionario de la Lengua Española."*

*A juicio del Alto Cuerpo Consultivo, "esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les*

permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo".

*En sintonía con esta premisa, y para el caso de los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el Consejo de Estado, reconociendo igualmente la dificultad de emitir juicios en abstracto sobre esta materia, consideró que tenían aquel carácter, y por lo tanto, eficacia interruptiva del plazo para resolver, los informes emitidos "por el servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado". Enumeración que no era exhaustiva, pues el Alto Cuerpo Consultivo reconocía expresamente que "existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros."*

*Por nuestra parte, consideramos acertada la interpretación que del referido artículo 45.2 de la Ley 30/1992 hace el Consejo de Estado en el dictamen parcialmente transcrito. Y precisamente el de autos es uno de los supuestos singulares en que la especificidad del papel asignado a la Abogacía del Estado y a la Intervención de la Administración General del Estado, tal como está contemplado en el Real Decreto 610/1999, confiere a sus informes preceptivos la aptitud necesaria para "determinar" el contenido de la resolución final, si entendemos por tal "determinación" la que procede de uno de los elementos clave para conformar la voluntad del órgano decisor.*

*Consideraciones todas ellas que no impiden, como es natural, que algún o algunos de los informes de hecho emitidos por cualquiera de ambos órganos en un expediente singular incorporen un contenido material que, a posteriori, no sea suficientemente adecuado a la trascendencia que el titular de la potestad reglamentaria quiso darles según el artículo 12 del tan citado Real Decreto 610/1999».*

Las deficiencias formales expuestas impiden entrar en el fondo del asunto a este Consejo Consultivo y por ello es preciso que se retrotraigan las actuaciones, emitiéndose el preceptivo informe del Servicio, tras lo que se le otorgará a la empresa interesada el preceptivo trámite de vista y audiencia y se emitirá,

finalmente, una nueva Propuesta de Resolución, que se remitirá a este Consejo Consultivo para la emisión de su preceptivo Dictamen.

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho debiéndose retrotraer las actuaciones conforme lo indicado en el Fundamento III de este Dictamen.