



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 0 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de febrero de 2015.

Dictamen solicitado por la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por G.G.M., en nombre y representación de la mercantil D.F., S.L., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones Administrativas (EXP. 22/2015 ID)\**.

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

### I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Puerto de La Cruz por los daños que se presumen producidos por el funcionamiento del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones Administrativas.

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 (LCCC), artículo modificado por la Ley 5/2011, de 17 de marzo, que dispone la preceptividad para aquellas reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 6.000 euros. La solicitud de dictamen ha sido efectuada por el Alcalde del citado Ayuntamiento, de conformidad con el art. 12.3 LCCC.

3. En el escrito de reclamación la mercantil afectada alega que:

« (...) El pasado día 21 de diciembre de 2013 se presentó un escrito al Excelentísimo Cabildo Insular de la Isla de Tenerife en el que se pedía que se

---

\* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

subrogara en las competencias que no ejercitaba el Ayuntamiento Portuense respecto a un sistema ilegal de evacuación de gases y humos provenientes de un bar denominado "T.J.". Se acompaña copia del escrito presentado, donde también se unía copia del correspondiente expediente administrativo. Hace una semana aproximadamente se ha procedido a taponar el hueco por el que salían los humos del mencionado bar. Entre tanto, durante varios meses, el Ayuntamiento Portuense no ha hecho cumplir la propia resolución que obligaba al titular a tomar las medidas que impidieran que se prosiguiera la evacuación de humos por la fachada. Debido a esa inactividad administrativa, se han generado diversos daños y perjuicios consistentes en una pérdida de clientela que no acudía al restaurante "D.F." por los malos olores que se vertían por el "T.J." o bien se levantaba de la mesa no consumiendo y abandonando el restaurante "D.F.". Por tanto, ha habido una situación de tolerancia evidente a pesar de la multitud de escritos y reclamaciones que incluso llevaron a presentar (...) un escrito a la máxima institución insular de la isla. Se anexa al presente escrito, la reclamación interpuesta en el Cabildo.

(...) Igualmente, la pérdida de clientela ocasionada a "D.F." también se debe a la inactividad administrativa en lo referente al cumplimiento de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Ocupación de los Bienes de Dominio Público. Son numerosos los escritos que se han presentado al respecto y sin embargo la realidad es que debido a la ocupación que hacen del dominio público los otros tres bares-restaurantes que confluyen en la zona ("T.J.", "H.L." y "P.Q."), se impide la visión por parte de los potenciales clientes. El Ayuntamiento portuense no ha hecho nada para evitar esa situación que ha conducido a la pérdida de clientes, a pesar de ser el órgano administrativo competente en la materia. Adjuntamos el último escrito presentado al respecto así como las numerosas reclamaciones que se han interpuesto».

4. Al presente supuesto le es aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP). También, la Ley 7/2011, de 5 de abril, de Actividades Clasificadas y Espectáculos Públicos (LAC) y otras medidas administrativas complementarias; y la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas de Canarias (LEP).

## II

1. Del examen del expediente administrativo, se deduce la realización de los siguientes trámites:

Primero.- En fecha 11 de marzo de 2014, consta Decreto del Alcalde-Presidente por el que se emite Resolución sobre la admisión a trámite.

Segundo.- Con fecha 12 de marzo de 2014, el instructor del procedimiento requirió al interesado a efectos de que subsanase la reclamación presentada mediante la aportación de determinados documentos (art. 71 LRJAP-PAC). Notificado al interesado oportunamente, éste lo cumplimentó mediante escrito de 25 de marzo de 2014.

Por otra parte, con la misma fecha, emitió escrito dirigido al Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones Administrativas, a fin de que informase sobre si la entidad reclamante está y ha estado autorizada para el ejercicio de la actividad a la que se dedica, restauración. Tras reiterar dicho escrito, en fecha 10 de abril de 2014, la citada Área emitió informe el 14 de abril del mismo año, indicando que la citada entidad no cuenta con la autorización de puesta en marcha para el ejercicio de dicha actividad, conforme al art. 25.1 de la citada Ley 1/1998 y la disposición transitoria primera de la Ley 7/2011. No obstante, la entidad afectada ostenta licencia de instalación que, por lo demás, ha sido objeto de varias transmisiones. Sin embargo, el Ayuntamiento no ha realizado la inspección oportuna al no habersele comunicado la realización de la instalación por los interesados (art. 23 Ley 1/1998).

Tercero.- En fecha 28 de abril de 2014, la instrucción del procedimiento concedió el periodo probatorio a efectos de que la interesada presentara las pruebas que considerase oportunas, dado que no había quedado suficientemente probado en el expediente la responsabilidad de la Administración implicada en los hechos denunciados, señalando aquella, en escrito de 16 de mayo de 2014, los medios de prueba documental, testifical y pericial, de los que pretendía valerse.

Cuarto.- En fecha 24 de abril de 2014, la representante legal de la entidad mercantil "D.F., S.L." presentó valoración económica del lucro cesante, estimado en la cantidad de 93.083,89 €.

Quinto.- El día 2 de junio de 2014, se incorpora al expediente el informe emitido por el Área de Desarrollo Económico, Comercio y Concesiones, comunicando que se había concedido en fecha 22 de abril de 2013 la autorización de ocupación de vía

pública, a O.D.P., entre otros, frente al bar denominado "T.J.", en la calle X, 2, con una superficie de 50,00 m<sup>2</sup>, de acuerdo con el diseño elaborado por la Oficina Técnica Municipal.

Sexto.- Que de los testigos propuestos por el reclamante en el escrito referido de 16 de mayo de 2014, comparece en las dependencias del Área de Planificación y Gestión Social, Turística y Económica, el 11 de julio de 2014, O.D.P., manifestando no tener nada que declarar en relación con el expediente iniciado por D.F., S.L.; asimismo, comparece testigo propuesta el 22 de julio siguiente, declarando no guardar relación alguna con el titular del establecimiento ni tener interés alguno en la empresa "D.F." y manifiesta lo que sigue:

« (...) estaba comiendo en el establecimiento, en una mesa de la terraza, con unos amigos y tuvimos que levantarnos por el humo con olores a pescado, aceite quemado, no pudimos estar y tampoco cambiando de sitio se podía aguantar. Es un sitio al que acudimos por razón de idioma y la comida típica de mi país (Polonia) y es muy agradable ir a comer allí. El local lo conocí paseando cuando vi un cartel que decía que se hablaba polaco. Que a su entender los olores provienen del bar de al lado (...) ».

Séptimo.- Mediante escrito de 22 de julio de 2014, la representación acreditada de la interesada propone un nuevo testigo que, por extemporáneo, es rechazado en virtud de Decreto de la Alcaldía de 1 de agosto de 2014.

Asimismo, en escrito de 22 de julio de 2014, el representante de la interesada presenta nuevo escrito al que adjunta informe técnico sobre los olores en la nueva ubicación de la salida de humos del restaurante "T.J.". El ingeniero industrial colegiado que lo suscribe concluye que la salida de humos estaba habilitada en la fecha en que la empresa D.F. empezó su actividad; tras denuncia de ésta, dicha salida fue cambiada a la fachada que da a la calle X, en febrero de 2014; dependiendo de las condiciones climáticas los clientes de la reclamante se quejan de los olores de la nueva salida de humos; la salida de humos se ubica a unos 2,50 m. del suelo; y cita la normativa municipal (3.6.21 de la Ordenanza) con la indicación de la prohibición de salida libre de humos por las fachadas y la necesidad del empleo de filtros depuradores; reclamando suspensión temporal de la autorización hasta que se acredite un sistema de desodorización de contrastada eficacia.

Octavo.- A consecuencia de una denuncia (expediente 73/2012), la Policía Local emite informe el 15 de agosto de 2012 sobre el establecimiento denominado T.J., en el que tras inspección ocular observan la instalación de una campana extractora de

humos, FILTRONIC, equipo de filtración electrostática con ventilador incorporado que va desde la cocina hasta el exterior, desde donde no se percibe ningún tipo de humos ni malos olores, haciendo constar que estaban cocinando en ese momento y utilizando el extractor. Consecuentemente el Área de Desarrollo económico del Ayuntamiento se dirige al propietario de T.J. el 16 de septiembre de 2013, comunicándole el incumplimiento de la Ordenanza 3.6.21, por evacuar los humos hacia el exterior a través de un hueco practicado en la fachada y dándole quince días de plazo para su solución, indicando el modo de hacerlo o plantear una propuesta técnica distinta en relación con otro sistema al propuesto.

Noveno.- En fecha 5 de noviembre de 2014, el órgano instructor concede el trámite de vista y audiencia del expediente, a efectos de que la reclamante alegue y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos. Por lo que presentó escrito de alegaciones el 21 de noviembre siguiente ante la Corporación Local implicada, justificando, entre otras cuestiones, la transmisión de la licencia de apertura.

Décimo.- La Propuesta de Resolución, emitida el 15 de enero de 2015, es de carácter desestimatorio al entender que no existe responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento del Puerto de La Cruz en relación con los hechos alegados por el reclamante, no habiéndose acreditado el nexo causal.

2. De los trámites realizados se desprende que la Propuesta de Resolución fue emitida fuera de plazo, toda vez que se ha sobrepasado el plazo legalmente previsto de seis meses (art. 13.3 RPAPRP). No obstante, la Administración está obligada a resolver expresamente con los efectos administrativos y económicos que, en su caso, esta demora debiera comportar, de conformidad con los arts. 42.1 y 7, 43.1 y 3.b), 141.3, y 142.1 LRJAP-PAC.

Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio reconocido en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y 142 LRJAP-PAC), por lo que nada obsta la emisión de un dictamen de fondo.

### III

1. Por lo que respecta a la ausencia de legitimación de la afectada, que manifiesta la instrucción del procedimiento en la Propuesta de Resolución, consideramos que, contrariamente, sí ostenta legitimación activa, pues consta en el escrito de alegaciones formulado por la interesada que la licencia de apertura

número 04.3.2.2.6.0... le fue transmitida oportunamente por lo que no se requiere en estos casos autorización municipal para la puesta en marcha de la actividad de restauración al estar la misma implícita en la transmisión de la licencia.

2. La valoración efectuada por la entidad reclamante sobre las ganancias dejadas de obtener, como consecuencia, supuestamente, del deficiente funcionamiento de la Administración pública no ha sido probada eficientemente.

3. De las actuaciones practicadas en el expediente, no se deduce responsabilidad del Ayuntamiento del Puerto de La Cruz, en lo que al ejercicio de sus funciones se refiere. Obran en el expediente diversas quejas por parte de otro local, por lo que la Administración ha actuado en consecuencia mediante la práctica de inspección ocular, personándose la Policía Local en la "T.J.", si bien no figura en el expediente remitido el resultado de lo ordenado por el Área de Desarrollo del Ayuntamiento el 16 de septiembre de 2013, a que se aludió anteriormente, aunque parece que finalmente se adoptó por el responsable las medidas correctoras para solventar los problemas detectados, lo cual es reconocido por la reclamante en sus alegaciones.

Lo anterior nos lleva a determinar la inexistencia de la relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño padecido por la interesada, ya que la relación causal habría de ser inmediata y directa, hecho que aquí no ocurre, ni tampoco responsabilidad administrativa in vigilando, ni se ha demostrado fehacientemente la existencia de lucro cesante.

4. Por otra parte, la interesada también alegó la falta de autorización de los locales colindantes en cuanto a la ubicación de servicio de los mismos en la vía pública. Sin embargo, en el informe de la Policía Local obrante en el expediente se certifica, como se ha indicado líneas atrás, que, personada en el lugar, comprueba que la ocupación de la vía pública de todos los establecimientos estaba dentro del espacio delimitado para ello, que contaban con las pertinentes autorizaciones municipales, sin que se haya demostrado que las condiciones y características de las mismas produzcan algún perjuicio al reclamante.

5. Sobre las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de los malos olores, la petición de indemnización debe rechazarse dado que dichos cálculos son meras afirmaciones, esto es, sin apoyo en datos contables verificables, declaraciones fiscales u otros documentos similares que no dejen lugar a dudas. En atención a este punto, debemos añadir, la realidad de que los distintos restaurantes obtengan beneficios diferentes puede serlo en atención a los productos ofertados al cliente, la calidad de los mismos, los precios, las características propias del local, la atención

ofrecida a los usuarios y otras muchas circunstancias que, finalmente, determinan que unos locales o establecimientos de hostelería recauden más que otros.

6. Por las razones expuestas, no se considera que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública implicada al no haber sido acreditado en su forma, causa y efecto el nexo causal requerido por el Ordenamiento jurídico.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho en los términos indicados en el Fundamento III.