



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 29 de septiembre de 2017.

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 (...), en representación de (...) por los perjuicios económicos sufridos como consecuencia de la nulidad de la resolución municipal que ordenó el cese de actividad durante cuatro años y dos meses consistente en carpintería metálica (EXP. 281/2017 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado el 8 de febrero de 2016, a instancias de la representación de (...), en solicitud de una indemnización por los daños producidos como consecuencia de la nulidad de la resolución municipal que ordenó el cese de la actividad durante 4 años y 2 meses consistente en carpintería metálica.

2. De la cuantía de la valoración de los daños (166.061,89 euros) deriva la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); bloque normativo aplicable porque, en virtud de la Disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la Disposición derogatoria

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

2, a) y la Disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. El reclamante está legitimado activamente porque pretende que le resarzan daños ocasionados (daño emergente y lucro cesante) por la anulación de la orden de cese de la actividad que venía ejerciendo. El Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria lo está pasivamente porque la causa de dichos daños se imputa al funcionamiento de un servicio público (autorización de actividades clasificadas) de competencia municipal.

4. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo del año que establece el art. 142.5 LRJAP-PAC.

5. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por lo que la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde a la persona titular de la Alcaldía, según el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias.

6. De conformidad con el art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento ya se ha superado; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque sobre la Administración recae el deber de resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 del citado texto legal.

7. En la tramitación del procedimiento no se aprecia haber incurrido en deficiencias procedimentales que obsten un pronunciamiento de fondo. Así, obra el expediente del que trae causa la presente reclamación patrimonial, informe de los servicios técnicos municipales, así como realización del preceptivo trámite de audiencia al interesado.

En el curso del procedimiento se le ha dado conocimiento de los hechos a la empresa aseguradora contratada por la Corporación municipal, cuya relación contractual no implica que esta sea parte en el procedimiento, puesto que la Administración responde directamente frente a los administrados de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que considere precisos la Administración, como ha sido el caso.

II

1. Los hechos por los que se reclama son los siguientes:

El interesado era titular del taller de carpintería de aluminio en la calle Invierno nº 25, habiendo obtenido licencia administrativa para la actividad clasificada desde el año 2006.

Por Resolución 24.229/2010, de 28 de septiembre, recaída en el expediente DEN/361/2008, relativo a la denuncia formulada contra la actividad de carpintería de aluminio, la Administración municipal acordó la paralización de la actividad destinada a «carpintería de aluminio», por no ajustarse a la Licencia Municipal concedida en su día.

Esa Resolución fue recurrida a través de recurso de reposición por el interesado, recayendo la Resolución número 30.143/2010, de 29 de noviembre, dictada por la Directora General de Ejecución Urbanística del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, por la que se acordó desestimar el Recurso de Reposición interpuesto.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, recayó Sentencia en fecha 10 de octubre de 2013, cuyo fallo declaró no ser conforme a Derecho la Resolución número 30.143/2010, de 29 de noviembre y, en consecuencia, se anuló, declarándose ajustado a Derecho la maquinaria instalada, así como la adecuación de la actividad del taller de aluminio, tanto a la normativa, como a la licencia administrativa obtenida para la actividad clasificada.

Con posterioridad, el Ayuntamiento interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, conociendo en segunda instancia la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia Sala de lo Contenciosos-Administrativo, que dictó Sentencia el 30 de enero de 2015, notificada en fecha 10 de febrero de 2015, desestimatoria del recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia también con expresa condena en costas al Ayuntamiento.

Considera el reclamante que la nulidad de esos actos administrativos le ha ocasionado los daños y perjuicios (que concreta tanto en lucro cesante como en daño emergente) que se derivan del acreditado cese ilegal de la actividad de carpintería metálica durante los 4 años y dos meses que estuvo clausurado el local por orden de dicha administración, hasta obtenerse el amparo judicial, anulándose por la Justicia los actos administrativos de cierre y clausura por no ser conformes a derecho, declarándose además la adecuación de la maquinaria instalada y de la actividad

realizada por el interesado a la licencia administrativa obtenida para la actividad clasificada que desempeñaba en dicho local de su propiedad desde el año 2006, a pesar de que el anterior propietario también tuviese un taller de carpintería metálica en el mismo desde hacía por lo menos 20 años.

El reclamante estuvo desarrollando su actividad empresarial en dicho local desde mediados del año 2006, hasta que fue obligado ilegalmente a su cierre en octubre del año 2010, facturando y obteniendo sus únicos ingresos mediante el desarrollo de dicha actividad empresarial, obteniéndose en dichos años determinados resultados de facturación, de cuyo volumen extrae el beneficio industrial por dicha actividad, a los efectos de calcular el lucro cesante ocasionado durante los 4 años y dos meses que estuvo cerrada la actividad, calculándolo sobre un 30% sobre el total de la facturación de los años anteriores.

El total del beneficio industrial obtenido por el interesado producto de su actividad industrial en el periodo de cuatro años y medio antes del ilegal cierre que ascendió a la cantidad de 139.986,33, por lo que calcula los daños ocasionados por el cierre de los 4 años y dos meses en cuanto al lucro cesante al no poder ejercitar dicha actividad durante el periodo de clausura de la actividad con una simple regla de tres, ascendiendo dicha cantidad a 130.653,90 €.

Asimismo, también ha sufrido un daño emergente en sus bienes que no debería haber soportado derivado del cese ilegal de la actividad durante los 4 años y dos meses que concreta en gastos de suministro de agua y luz, así como de las cuotas hipotecarias.

Aporta como medios de prueba extractos contables de la facturación de los años 2006 a 2010, copia de los recibos pagados por el mantenimiento de dicho suministros de agua y luz, así como copia de los recibos pagados de las cuotas hipotecarias de la adquisición de la carpintería.

2. Obra en el expediente la siguiente documentación relevante:

- Informe del Servicio de Edificación y Actividades, en el que se recoge lo siguiente:

«1. Con fecha 2 de diciembre de 2009, notificada el 28 de diciembre de 2009, se dicta Resolución 2909/2009, mediante la cual se acordaba la paralización voluntaria de la actividad “carpintería de aluminio”, lo cual sería comprobado por la Policía Local, debiendo permanecer en ese estado hasta tanto fuese retirada la maquinaria no contemplada en la licencia de apertura concedida, con advertencia de clausura precinto de la actividad en caso

de incumplimiento. No consta en el expediente que por el interesado se haya acatado el contenido de dicha resolución.

2. Con fecha 4 de junio de 2010, por la Policía Local se informa que la actividad se encuentra en funcionamiento.

3. Con fecha 10 de junio de 2010, por la Policía Local se informa que con fecha 9 de enero de 2010, la actividad se encontraba en funcionamiento.

4. Con fecha 5 de julio es emitido informe por el Técnico Municipal en donde se hace consta lo siguiente: "Efectuada visita de inspección en horario diurno, horario normal de funcionamiento de la actividad, el pasado día 30 de junio de 2010 (...)".

5. Con fecha 28 de septiembre, notificada con fecha 3 de noviembre de 2010, se dicta resolución 24229/2010, con el siguiente contenido: "*Ordenar la paralización voluntaria de la actividad en un plazo de 48 horas. Transcurrido dicho plazo sin haberse efectuado la paralización, procedase por la Policía Local a la clausura y precinto de la actividad, debiendo permanecer en ese estado hasta que sean atendidos los requerimientos efectuados por esta Administración, procediéndose a la subsanación de los defectos detectados*".

6. Con fecha de 17 de noviembre de 2010, por la Policía Local se informa, en relación a la resolución 24229/2010: "Que efectuado el oportuno seguimiento, el pasado 11.11.10, tras las 48 horas preceptivas, se determina que ha sido cumplida, ya que la actividad de carpintería de aluminio, se encuentra cerrada y sin actividad".

7. Con fecha 29 de noviembre de 2010, notificada con fecha 28 de diciembre de 2010, se dicta resolución 30.143/2010, de 29 de noviembre, por la cual se desestima el recurso de reposición.

8. Con fecha 29 de julio de 2011, por Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº5, se desestima la medida cautelar interesada por (...).

9. Por Sentencia de 10 de octubre de 2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5, se estima el recurso presentado.

10. Apelada dicha Sentencia por este Ayuntamiento, es desestimada por Sentencia del TSJC de 30 de enero de 2015».

Dicho informe continúa en los términos que siguen:

«1. No consta en el expediente Acta de precinto, a través del cual la Policía Local fuese llevada a cabo la clausura del establecimiento.

2. El único documento a través del cual se desprende que la actividad se encontraba cerrada es el informe de la Policía Local de fecha 17 de noviembre de 2010, no obstante, no consta en el expediente documentación de la cual se desprenda que el establecimiento estuvo efectivamente sin actividad desde la fecha señalada en dicho informe, 11 de

noviembre de 2010, hasta el momento de la Sentencia del Juzgado de 29 de julio de 2011 y de la Sala de 30 de enero de 2015 (...).

3. Abierto el periodo probatorio, por parte del reclamante no se aportó medio de prueba adicional más allá de lo presentado con la reclamación inicial.

4. Acordada la apertura del trámite de audiencia, se presentaron alegaciones en las que el reclamante expone que es completamente incierto el hecho de que el local fue precintado por el Ayuntamiento por cuanto consta debidamente acreditado en el expediente administrativo tales hechos, además de haber sido apercebido de las consecuencias de su incumplimiento, por lo que resulta acreditado este hecho, resultando además incuestionable que fue lo que motivó obviamente la interposición de los contenciosos administrativos donde vimos atendidos nuestros derechos que fueron conculcados ilegítimamente por el Ayuntamiento, como así acreditan las dos sentencias donde además tachan la actuación de la administración como de mala fe.

También alega que, habiéndose notificado la sentencia firme que anuló los actos municipales el 10 de febrero de 2015, se presentó en plazo la reclamación ya que se interpone el 8 de febrero de 2016.

Por último, el interesado reitera en esta fase de alegaciones que los daños y perjuicios ocasionados «han sido fruto de la grave negligencia y falta de cuidado necesario del que concurren todos los requisitos para declarar la responsabilidad Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, al quedar acreditado el cese ilegal de la actividad de carpintería metálica durante los 4 años y dos meses que estuvo clausurado el local por los actos administrativos de cierre y clausura por no ser conformes a derecho», reclamando la misma cuantía por lucro cesante y daño emergente que en el escrito inicial.

5. La Propuesta de Resolución que se nos somete a dictamen desestima la solicitud de indemnización presentada por el interesado al entender, por lo que respecta al daño emergente, referido éste al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio, que las cantidades abonadas por la cuota hipotecaria no son indemnizables pues el inmueble, formaba y sigue formando parte del patrimonio del reclamante; en segundo término, los gastos por suministro de agua y luz tampoco son indemnizables ya que han sido contratados voluntariamente por la propiedad presuntamente sin actividad durante los años correspondientes a los consumos reclamados, no considerándose un consumo medio de 180 € por suministro eléctrico con ocasión de una actividad que se dice permanecía clausurada.

Por lo que respecta al lucro cesante, la Propuesta entiende que éste es una manifestación concreta del daño patrimonial, esto es, es la ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos como consecuencia inmediata de un hecho lesivo; en este caso, el reclamante para su cálculo propone un listado de facturas de venta, que se trata una prueba documental preconstituida que incumple la normativa aplicable de facturación contable vigente y que no ha sido aportada al expediente, además de no constar que tributara a razón de los beneficios declarados en los ejercicios correspondientes. Y desde luego no puede aceptarse la posición subjetiva del reclamante, reducida a una mera expectativa; están excluidas de este concepto las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no computa las dejadas de percibir que sean posibles pero derivadas de resultados inseguros.

III

1. El interesado reclama, en resumidas cuentas, por los daños sufridos por el tiempo que estuvo sin actividad su taller de carpintería consecuencia del cese ordenado por las resoluciones municipales que fueron posteriormente anuladas judicialmente.

Los daños por los que reclama los concreta en el lucro cesante dejado de percibir durante los cuatro años y dos meses de inactividad; así como por el daño emergente derivado de los gastos de suministros de agua y luz y de las cuotas hipotecarias de la adquisición del inmueble en el que realiza la actividad.

Considera el reclamante que el acto de cese de la actividad es antijurídico ya que la Sentencia firme del TSJC, notificada el 10 de febrero de 2015 anula la Resoluciones que lo ordena.

En este sentido, según el art. 142. 4 LRJAP-PAC, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización y que, si lo fuera, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva.

En el caso específico de esta modalidad de responsabilidad, como resume la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, su apreciación no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley.

En esta sentencia se afirma que la jurisprudencia ha advertido que no cabe su interpretación con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad (por todas, Sentencia de 16 de febrero de 2010).

En el mismo sentido de la necesidad de atender a las peculiaridades del caso, puede verse la STS de 9 de diciembre de 2015 que, además, precisa lo siguiente:

«(...) no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisibles en Derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

Panorama bien diferente es el que se genera en los supuestos en que la norma habilitante de la actuación administrativa establezca criterios reglados para su aplicación, rechazando cualquier margen de apreciación para la Administración, en el que el criterio de imposición de soportar el riesgo es más débil, precisamente porque ese carácter reglado de la norma comporta un mayor grado de incorrección en la decisión adoptada. No obstante, también cuando actúa la Administración sometida a esa normas que confieren potestades regladas, se han discriminado aquellos supuestos en que ese rigor de la norma se impone acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, es decir, cuando la norma no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por último, aun en los supuestos en los que se aplican norma de carácter absolutamente regladas, es admisible supuestos -y se deja constancia ejemplificativa de ello en la sentencia antes mencionada- en la que la posterior anulación de la actividad administrativa excluye la responsabilidad patrimonial porque la decisión adoptada aparezca como fundada. Porque lo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia han de ser examinados conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido».

Sobre la razonabilidad de la resolución administrativa que, posteriormente anulada, excluye la antijuridicidad del daño pueden verse también la STS de 8 de abril de 2014 y la de 2 de diciembre de 2009.

En esa misma línea se declara en la Sentencia de 16 de septiembre de 2009 que:

«la apreciación de que la resolución anulada a que se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo, conclusión que se funda en que siendo razonada la decisión, aun cuando fuese posteriormente anulada, no puede concluirse la irrazonabilidad de la mera anulación cuando, como concluye la Sala de instancia en el presente caso, la decisión administrativa comporta una interpretación de los preceptos normativos que no pueden generar la responsabilidad reclamada».

En definitiva, para apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la nulidad de sus actos se ha de proceder a la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar si se dan los elementos que la normativa vigente exige para el nacimiento de la responsabilidad, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

2. En el presente supuesto, la Propuesta de Resolución discrepa de la realidad de los daños alegados por el reclamante, en el sentido de que entiende que los daños emergentes alegados (gastos de agua y luz y abono de las cuotas hipotecarias) no son derivados del cese de la actividad ordenada por la Administración y hemos de coincidir en esa apreciación, pues el consumo -y, por ende, el gasto en el que se ha incurrido- de esos suministros se debe a otras actividades libre y voluntariamente realizadas en el local por el reclamante, mientras que, por mucho que el interesado alegue que el inmueble se adquirió para realizar la actividad de carpintería que fue obligada a suspender, ese bien, por un lado, se adquirió en régimen de gananciales (por tanto, a medias con su cónyuge) y, por otro, no se ha visto perjudicado en su derecho de propiedad, por lo que el cese no le ha producido ningún daño que haya repercutido en el abono de las cuotas hipotecarias lo que impide computarse como daño efectivo ni, por tanto, reclamarse como indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. Por lo que respecta al lucro cesante, hemos de partir insistiendo una vez más, como hemos razonado entre otros muchos en nuestro Dictamen 20/2017, de 24 de enero, que la carga de probar el nexo causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual recae la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige, entre otros

requisitos, que en su escrito de reclamación el interesado proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts. 78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo.

En el presente caso, el reclamante para probar la realidad del daño en su vertiente de lucro cesante únicamente aporta una relación de encargos con sus importes, material probatorio insuficiente para la Administración, que lo convierte en meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, permite no computar como daños reales y efectivos las dejadas de percibir que sean posibles pero derivadas de resultados inseguros.

Al respecto, la jurisprudencia del Supremo (ver, por todas, la STS de 3 octubre 2006) es constante al señalar lo que a continuación se expone:

«para que pueda hablarse de daño efectivo éste ha de quedar acreditado y no ligado a una mera eventualidad o posibilidad o contingencia, dado que la prueba de las ganancias dejadas de percibir o lucro cesante que pretende la recurrente indemnice la Administración requiere certidumbre, no pudiendo pues quedar acreditada la invocada disminución de patrimonio a supuestos meramente posibles, de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre, ya que la efectividad del daño, como presupuesto de la responsabilidad patrimonial que requiere el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL1993, 246) , excluye la eventualidad o la mera posibilidad o la contingencia en su producción».

El interesado no ha acreditado, a juicio de este Consejo, la certeza del pretendido lucro cesante, pues no ha aportado más que una relación de pedidos, sin apoyadura en documentos, no ya oficiales como declaraciones fiscales, sino siquiera albaranes firmados o presupuestos que aporten seguridad o certeza de la efectividad del daño.

Ello nos lleva de nuevo a coincidir con la Propuesta examinada en rechazar que pueda considerarse como daño real y efectivo, evaluable económicamente, cuya

única consecuencia es concluir en desestimar la pretensión resarcitoria del interesado por falta de material probatorio.

En conclusión, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho porque los daños por los que reclama no son reales ni efectivos. Así, ni los daños reclamados en concepto de daño emergente son consecuencia del cese de la actividad ordenada por la Administración, ni se ha aportado prueba suficiente para conocer cuáles fueron las ganancias reales en el periodo inmediatamente anterior al periodo en que se le ordenó el cese de actividad para calcular la cantidad que se le debe indemnizar en concepto de lucro cesante.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho, de acuerdo con la argumentación que se contiene en el Fundamento III.