



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 3 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de abril de 2018.

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 daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de actividades clasificadas (EXP. 91/2018 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 28 de febrero de 2018 por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que se tramita por el funcionamiento del servicio público de actividades clasificadas, actuando el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, que ostenta la competencia al efecto, al ser impuesta por él una medida cautelar anulada por sentencia judicial, lo que ha producido el hecho lesivo por el que se reclama.

2. El reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad 25.376,63 euros en concepto de lucro cesante. Tal cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Presidente para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de 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). Esta última Ley es aplicable en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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

Resulta igualmente aplicable el 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, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada LPACAP.

3. El procedimiento se inicia por escrito de reclamación de indemnización por daños presentada por (...), en representación de (...), el 24 de noviembre de 2015, por correo postal, en ejercicio del derecho indemnizatorio regulado con fundamento en lo dispuesto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

II

1. El interesado en las actuaciones es (...), al ser la entidad a quien se impuso la medida cautelar, luego anulada, cuya imposición dio lugar a los perjuicios económicos que se reclaman, según se acredita. Es representante de aquella entidad (...), quien actúa en nombre y representación de la misma, acreditándose en el expediente su condición al efecto.

Por otra parte, la competencia para tramitar y resolver el expediente de responsabilidad corresponde al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en cuyo seno se han realizado las actuaciones que han dado lugar a los daños por los que se reclama.

Asimismo, se presentó la reclamación dentro del plazo para reclamar establecido en los arts. 142.5 LRJAP-PAC y 4.2 RPRPAP. Y es que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es el señalado en el segundo inciso del art. 142.4 LRJAP-PAC y 4.2, primer inciso, RPRPAP, que establece que cuando la responsabilidad proceda de la anulación de un acto o disposición administrativa por sentencia debe empezarse a contar el plazo de prescripción tras la sentencia o resolución judicial. Dice el art. 142.4 LRJAP-PAC que la acción, en estos casos, «prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva», y el art. 4.2 del RPRPAP, concreta: desde haberse dictado sentencia firme. Ello sólo lo sabrá el actor cuando se le notifique, pues es en la notificación de ésta donde se contienen los datos de la sentencia, según

se dispone por el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sentencia invocada por el reclamante se dictó el 24 de noviembre de 2014, siendo notificada al reclamante el 29 de noviembre de 2014, por lo que, habiéndose presentado la reclamación de responsabilidad patrimonial el 24 de noviembre de 2015, ésta no resulta extemporánea.

Además, el daño es efectivo, económicamente evaluable y personalmente individualizado.

2. En cuanto al objeto de la reclamación, la parte interesada, en su escrito de interposición de la reclamación expone que, como consecuencia de haberse dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4, de Las Palmas de Gran Canaria, Sentencia nº 408/20114, de 24 de noviembre de 2014, en el procedimiento ordinario nº 189/2013, declarando la nulidad de la Resolución nº 15048, de la Directora General de Edificación y Actividades, por la que se acordó incoar expediente sancionador por la actividad desarrollada por el Bar (...) de la calle (...) y se impuso la medida cautelar consistente en cierre del establecimiento durante seis meses, de los que se cumplió uno, se ha producido un daño por los ingresos dejados de percibir durante ese mes.

Por todo ello, la entidad reclamante solicita 23.261,91 euros, cuantía que será corregida durante el procedimiento fijándose en 25.376,63 euros, en concepto de lucro cesante.

III

En la tramitación del procedimiento se han realizado los trámites legalmente establecidos, si bien se ha incumplido con el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. No obstante, la demora producida no impide la resolución del procedimiento, pues pesa sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

Constan las siguientes actuaciones administrativas:

- El 15 de diciembre de 2015 se realiza comunicación inicial del siniestro a la entidad aseguradora de la Corporación Municipal, a quien se le notificarán todos los trámites del procedimiento a los solos efectos de conocimiento. Debe señalarse que la compañía no es parte del procedimiento y no debe intervenir en él como tal, sin perjuicio de las obligaciones contractuales que tenga con la Administración.

- El 5 de febrero de 2016, se solicita informe al Servicio de Edificación y Actividades, que se emite el 29 de junio de 2016, limitándose en el mismo a determinar los antecedentes del asunto y la extemporaneidad de la reclamación del interesado, lo que no es correcto. Así, informa:

«(...) trayendo a colación los antecedentes relevantes en dicho expediente. 1. Con fecha 13 de mayo de 2013, se dicta resolución a través de la cual se incoa expediente sancionador San.20/2013, mediante la cual se acordó la medida cautelar de clausura y precinto del establecimiento sito en la calle (...), por el período de 1 mes. (...) 2. Con fecha 26 de mayo de 2013, por la Policía Local se efectúa el precinto y clausura de la actividad (...) 3. Con fecha 25 de junio de 2013, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4, emite Auto de medidas cautelares desestimando la suspensión de la medida cautelar (...) 4. Con fecha 17 de octubre de 2013, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de octubre de 2013, se resuelve el expediente sancionador San. 20/2013, imponiendo la sanción de treinta mil euros y suspensión temporal de la actividad por el plazo de seis meses, debiendo descontarse el plazo de un mes ya cumplido (...) 5. Con fecha 11 de abril de 2014, el juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6, emite Auto de medidas cautelares, acordando la suspensión de la ejecución de la resolución del expediente sancionador (...) 6. Con fecha 24 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4, resuelve por Sentencia estimar el recurso interpuesto contra la resolución de 13 de mayo de 2013.

(...) Al respecto de todo esto debemos señalar lo siguiente: Según el artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento sobre los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial "el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse si efecto lesivo". Tomando como "dies a quo", el día 27 de mayo de 2013, una vez transcurrido el plazo del mes de ejecución del precinto del establecimiento, la reclamación presentada resulta extemporánea. Tomando como "dies a quo", el Auto de medidas cautelares de 11 de abril de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 acordando la suspensión de la ejecución de la resolución del expediente sancionador, la reclamación presentada resulta extemporánea (...) Tomando como "dies a quo" la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4, de 24 de noviembre de 2014, en donde se estima el recurso interpuesto contra la resolución de 13 de mayo de 2013, la reclamación resulta extemporánea».

- El 5 de septiembre de 2016 se dicta Resolución de admisión a trámite de la reclamación por la Directora General de la Asesoría Jurídica en el que se designa instructor y secretario del procedimiento.

- Por Resolución de 27 de octubre de 2016, se acuerda la apertura de trámite probatorio, determinando la práctica de pruebas documental y testifical, a cuyo efecto se insta al reclamante a aportar, en su caso, las mismas. De ello recibe

notificación aquél el 29 de noviembre de 2016, presentando por correo postal con fecha 13 de diciembre de 2016 escrito en el que aporta datos de tres testigos, así como, mediante escrito presentado el 5 de enero de 2017 (también por correo postal), dos informes periciales de daños.

- El 31 de mayo de 2017 se produce citación de testigos propuestos, lo que se notifica a aquéllos y al interesado convenientemente, realizándose la prueba testifical el 22 de junio de 2017. En la misma se personan como testigos el asesor fiscal de la empresa a fin de efectuar la ratificación del informe aportado al expediente sobre daños, un cliente habitual que, a pregunta de la representación del reclamante, señala que el local estaba siempre lleno, y un socio y trabajador del local quien, a preguntas de la representación del reclamante, ratifica el cierre del local y la evolución de las cifras de negocio.

- Mediante escrito presentado por correo postal el 28 de julio de 2017, el interesado informa del cambio de su dirección postal a efectos de notificaciones. Asimismo, aclara error numérico en la cuantía indemnizatoria inicialmente solicitada.

- El 2 de noviembre de 2017 se acuerda la apertura de trámite de audiencia, lo que se notifica al interesado el 27 de noviembre de 2017, sin que conste la presentación de alegaciones.

- El 29 de enero de 2018, se emite informe Propuesta de Resolución.

IV

La Propuesta de Resolución que se somete a nuestro parecer desestima la pretensión de la parte reclamante.

Se afirma en ella, por un lado, que la anulación del citado acto administrativo no conlleva por sí mismo la obligación de resarcir por el Ayuntamiento, debiendo concurrir para ello los elementos de responsabilidad de los arts. 139 a 144 de la LRJAP-PAC. Así se señala en los arts. 141.1 y 142.4 de la misma. Se indica en ellos, respectivamente: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar, provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley», así como que «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización».

Así pues, la Propuesta de Resolución viene a argumentar la no concurrencia del requisito de la antijuridicidad de la lesión o la ausencia del deber jurídico del reclamante de soportar el daño producido, además de la falta de acreditación del daño, en todo caso, cuya valoración se basa en expectativas.

Se funda la Propuesta de Resolución, pues, en los argumentos siguientes.

«A.- Sobre la petición sobre la que se realiza la reclamación, se basa esta misma en el dictado de la Sentencia que es meramente declarativa, que anula el acto administrativo Resolución 1504/2013 de la Directora General de Edificación y Actividades, dictada en expediente sancionador de la actividad del Bar (...) de la calle (...), debiendo además argumentar, por parte de esta instrucción que tal y como dispone el artículo 142.4 de la Ley 30/192, de 26 de noviembre de RJAP y 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". Por tanto, la presente pretensión resarcitoria derivada de la declaración de nulidad del acto administrativo que ordenaba la suspensión de la actividad debió ser deducida en idéntico procedimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa.

B.- Con respecto a la antijurídica del daño, es necesario resaltar cómo la exigencia de la antijurídica no se puede identificar con que sea contrario a derecho el actuar de la administración, sino que quiere decir que el daño debe ser tal, que el sujeto que lo padece no debe tener la obligación de soportarlo de modo que no todos los menoscabos que puede causar la administración son susceptibles de generar responsabilidad patrimonial sino que ello sólo sucederá respecto de aquellos daños que no tienen amparo en una norma y que el perjudicado no tiene obligación de soportar. Y desde luego, la carga probatoria, que recae sobre quien pretende hacer valer un derecho, que tal y como viene siendo recogido en distintas sentencias, como la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5a, del Tribunal Supremo, de 13 de abril de 1999, se afirma que "la Sala de instancia no niega que el retraso en la concesión de una licencia puede dar lugar a indemnización, antes al contrario la admite, como no podía ser de otra forma (...), sino que afirma que en el presente caso tal pretensión ha de ser desestimada al no haberse practicado prueba alguna acerca de la ganancia dejada de obtener, de necesaria acreditación antes de la sentencia (...) (ya que) ni siquiera se ha acreditado que el capital de inversión estuviera en aquella época en poder del recurrente o bien que éste lo obtuviera mediante procedimiento de financiación externa o, que tal capital no obtuviera otra rentabilidad, etc."

En este caso, el interesado señala que el daño antijurídico "(...) el cierre de un mes como medida cautelar, ese es el daño antijurídico que mi representado no tenía que haber soportado (...)", y que fue declarado nulo por sentencia del contencioso-administrativo número 4. Repetimos, ahora bien, no implica el dictado de esa sentencia que nazca la responsabilidad patrimonial de la administración '4. La anulación en vía administrativa o por

el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos -o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".

C.- La cuantificación del daño, para poder apreciarlo es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes, no son deseos de ganancias. En el presente caso, los cálculos aportados al expediente son a un tanto alzado de cifras de un año anterior, y sobre una base hipotética correspondiente a unos supuestos ingresos que se efectuarían (...)».

Sin embargo, si bien compartimos la conclusión desestimatoria de la Propuesta de Resolución, entendemos que no debe llegarse a ella mediante los argumentos expuestos, pues, por un lado, el art. 142.4 LRJAP-PAC no excluye en todos los casos la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto o disposición administrativo por sentencia, ni es necesariamente la propia vía judicial, en su caso, el cauce para sostener y exigir la eventual responsabilidad patrimonial derivada de aquella anulación.

En este caso, nos encontramos con que el fallo de la sentencia invocada anula la propia Resolución por la que se inicia el procedimiento sancionador, lo que conlleva las medidas cautelares adoptadas por tal acto, como es el cierre del local por el tiempo establecido en aquélla.

Ahora bien, tal Resolución 15048, de 13 de mayo de 2013 de la Directora General de Edificación y Actividades, dictada en expediente sancionador de la actividad del Bar (...) de la calle (...) es anulada por un defecto de forma, cual es la ausencia de trámite de audiencia previa al interesado en la adopción de la medida cautelar, sin que conste circunstancia alguna de peligro o riesgo que aconsejara su adopción urgente.

Esto significa que en la sentencia de referencia no se ha prejuzgado el fondo del asunto, esto es, de la infracción presuntamente cometida por la entidad recurrente, por tanto no concurre la antijuridicidad de la lesión, pues la sentencia por la que se anula la resolución de inicio del procedimiento y, por ende, de la medida cautelar de cierre del establecimiento, no presupone nada acerca de la certeza de la infracción imputada a la entidad Bar (...).

Por tanto, la anulación en virtud de Sentencia de 24 de noviembre de 2014 lo es de la Resolución de inicio del procedimiento sancionador, cuyo reinicio siempre quedará expedito mientras no se produzca la prescripción de la infracción.

No obstante, en relación con la devolución de los gastos de aval, debe traerse a colación el Dictamen nº 2151/2004, de 14 de octubre de 2004, del Consejo de Estado, quien «ha venido exigiendo para la devolución de los costes de aval, que la anulación de la sanción impuesta no traiga causa de una conducta irregular o antijurídica del reclamante, distinguiendo entre aquellas anulaciones que obedecen a motivos formales y, por tanto, no dan lugar al reembolso de los gastos del aval, de aquellas otras que vienen motivadas por razones sustantivas y, en consecuencia, son susceptibles de merecer la devolución de tales gastos».

En coherencia con todo lo expuesto, dado que la Sentencia que anuló la Resolución de inicio del procedimiento sancionador, y, por ende, la medida cautelar en ella establecida, no entró en el fondo del asunto, por lo que deja a salvo la posibilidad de incoar un nuevo expediente sancionador por la infracción que se imputa a la empresa aquí reclamante y extender nuevamente la referida medida cautelar, con el límite infranqueable de la prescripción de las infracciones, habrá de estarse a los resultados de este eventual procedimiento, pues, de determinarse que la empresa no ha cometido el ilícito alegado, y como consecuencia de la emisión del presente Dictamen, la Administración habrá de proceder de oficio a la devolución de los gastos sufridos por aquella empresa injustificadamente, a cuyos efectos sí son útiles los informes periciales de previsión de ingresos presentados por la reclamante.

Y es que, consta, por otra parte, que, antes de haberse dictado la mentada sentencia por la que se anuló la Resolución de inicio del procedimiento sancionador, se adoptó Acuerdo, de 17 de octubre de 2013, de la Junta de Gobierno Local resolviendo el expediente sancionador San. 20/2013, con imposición de sanción de treinta mil euros y suspensión temporal de la actividad por el plazo de seis meses, debiendo descontarse el plazo de un mes ya cumplido, Acuerdo cuya ejecución se ha suspendido por Auto de 11 de abril de 2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, habiendo presentado el interesado recurso contencioso administrativo ante aquel Juzgado, que se sustancia en el procedimiento ordinario nº 18/2014, a cuya resolución habrá de estarse en el presente asunto por las razones expuestas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución resulta conforme a Derecho, pues procede la desestimación de la reclamación interpuesta por las razones expresadas en el presente Dictamen.