



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 100/2019

(Pleno)

La Laguna, a 20 de marzo de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual iniciado por solicitud de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de licencia comercial para la instalación y apertura de un gran establecimiento comercial (EXP. 37/2019 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, remitido por la Ilma. Sra. Directora General de Comercio y Consumo del Gobierno de Canarias, a solicitud del Excmo. Sr. Consejero de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución, en forma de Orden (PR), de un procedimiento de reclamación de responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado el 29 de diciembre de 2017, a instancia de (...), en representación de la entidad mercantil (...), en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de licencia comercial para la instalación y apertura de un gran establecimiento comercial a (...), efectuada mediante Orden Departamental nº 242/2016, de 30 de diciembre.

2. La interesada cuantifica la indemnización que solicita, en un principio en cinco millones de euros (5.000.000 euros) y finalmente, en cinco millones ciento setenta y cuatro mil doscientos setenta y un euros con cincuenta y tres céntimos de euro (5.174.271,53 euros), lo que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

de Canarias así como de la Directora General que lo remite, 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.

3. Resulta aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), normativa aplicable, porque la reclamación fue presentada el 29 de diciembre de 2017, después de la entrada en vigor de ambas normas.

4. El reclamante, en la representación que ostenta, está legitimado activamente, *prima facie*, para reclamar el resarcimiento de los daños que pretende, sin perjuicio de que al analizar el fondo del asunto entremos con profundidad en esta cuestión, al ser una cuestión controvertida y compleja. La Administración Autonómica está legitimada pasivamente porque se le imputa la causación del daño derivado de la anulación judicial de la Orden nº 242/2016, de fecha 30 de diciembre, por la que se procedía a denegar la licencia comercial solicitada por la Entidad (...).

5. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

6. La reclamación se interpone dentro del plazo de un año establecido por el art. 67 de la LPACAP. Según este precepto el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho lesivo. En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación, reseña dicho artículo, en vía administrativa o contencioso-administrativo de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

En el presente caso, se dicta Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria (en adelante TSJC) con fecha 8 de junio de 2017 por el que se estimaba el incidente de ejecución de sentencia planteado por la Entidad Mercantil (...), y por ende, se decreta la nulidad de pleno derecho de la Orden nº 242/2016, de 30 de diciembre, denegatoria de la licencia comercial, señalando el plazo de un mes para que la Administración llevara a efecto el fallo de la Sentencia recaída en los Autos principales, de 30 de noviembre de 2012, de acuerdo con el fundamento de derecho

quinto del propio Auto. Dicha resolución judicial cuenta con un importante voto particular suscrito por uno de los tres magistrados integrantes de la Sección enjuiciadora, que pone en entredicho la facultad del órgano jurisdiccional de anular un acto en el marco de un incidente de ejecución por contrario al dictado de una sentencia desestimatoria del recurso y que, por tanto, no modifica la situación jurídica preexistente.

Mediante Orden nº 138/2017, de fecha 22 de junio, se procedió a dar cumplimiento al referido Auto.

Interpuesta la reclamación de responsabilidad patrimonial el 29 de diciembre de 2017, la reclamación estaría interpuesta en plazo.

7. No se aprecia la existencia de irregularidades en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión al interesado, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

En cuanto a los trámites que constan en el expediente, son los siguientes:

1º.- En fecha 29 de diciembre de 2017, (...) presentó escrito en representación de la entidad mercantil (...) donde solicitaba a la Administración la cantidad de cinco millones de euros (5.000.000), por los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de la licencia comercial a (...), efectuada mediante la Orden Departamental 242/2016, de 30 de diciembre, denegatoria de la licencia comercial a Leroy para la ejecución de establecimiento comercial de 11.811 m² cuadrados, a ubicar en un centro comercial de 22.660 m² cuadrados (documento 99 del expediente, folios 848 a 968 del expediente administrativo).

Se fundamenta la reclamación de responsabilidad patrimonial tanto por daño emergente como por lucro cesante, que menciona con carácter genérico en su reclamación inicial remitiendo a posterior pericial - en sendos informes periciales aportados con posterioridad, centra en los daños ocasionados por la inversión movilizada como consecuencia de la paralización del centro comercial durante los días que esta se produjo por la denegación de la licencia, por las deudas con empresas del grupo derivados de costes financieros por las deudas contraídas, por los alquileres que (...) no pudo percibir de (...), y por último en el polo de atracción comercial que la marca (...) podría suponer para el centro comercial- en el período que abarca desde que se firma la Orden que desestimaba la licencia de apertura, el

30 de diciembre de 2016, hasta al 22 de junio de 2017, fecha en que se dicta la Orden por la que se da cumplimiento al Auto judicial concediendo la licencia comercial solicitada.

2º.- En fecha 14 de febrero de 2018, se requirió a (...), para que acreditara la representación que manifiesta ostentar en nombre de la mercantil (...), confiriéndole un plazo de diez días para que la aportara y que en caso de no hacerlo se le tendría por desistido en el procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por (...).

3º.- En fecha 20 de febrero de 2018, (...) aportó la representación requerida, por lo cual se continuó adelante con el procedimiento.

4º.- Por Orden número 40 de fecha 9 de marzo de 2018, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por la entidad mercantil (...) contra el Gobierno de Canarias.

5º.- Por Resolución de fecha 22 de marzo de 2018, se designó instructor del expediente.

6º.- En fecha 27 de marzo de 2018 el Instructor del expediente solicitó a la Directora General de Comercio y Consumo dictamen pericial acerca de la existencia de una relación de causalidad entre la denegación de la licencia y el daño reclamado por la Entidad Mercantil (...), por la denegación de la Licencia Comercial a la Entidad Mercantil (...), para un gran establecimiento comercial con una superficie útil de venta de 11.811 m² a ubicar en el Centro Comercial Parcela ET-1 Plan Parcial (...), término municipal de Adeje.

Al mismo tiempo solicitó que por la Dirección General de Comercio y Consumo, se requiriera, al Ayuntamiento de Adeje para que éste determinara cuándo la Entidad Mercantil (...) o en su caso (...), solicitaron licencia de obra para la construcción de establecimiento comercial de (...) y cuándo dicha licencia de obra fue concedida o en su caso, denegada.

7º.- El Instructor del expediente acordó la apertura de un período de prueba por un plazo de 20 días a contar desde el día siguiente en que tenga lugar la notificación. Siendo recibido la misma por (...) en fecha 13 de abril de 2018.

8º.- En fecha 9 de abril de 2018 la Directora General de Comercio y Consumo remite al instructor copia del documento solicitado al Ayuntamiento de Adeje en relación a la prueba solicitada por éste.

9º.- En fecha 8 de mayo de 2018 (...), aportó sendos dictámenes efectuados por (...), de 7 de mayo de 2018, sobre la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados a (...), que valora en CINCO MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UNO CON CINCUENTA Y TRES EUROS (5.174.271,53 €) e informe pericial de (...), sobre la responsabilidad patrimonial en la que ha incurrido la Comunidad Autónoma de Canarias como consecuencia de los daños y perjuicios generados a la Entidad (...), por la denegación de la Licencia Comercial a Entidad (...)

10º.- En fecha 25 de mayo de 2018, se remitió informe por el Jefe de Servicio de Estudios y Planificación Económica a la Directora General de Comercio y Consumo, por la que proponía encargar un contrato menor a (...), por importe de 14.500 euros, que es conformado, autorizando el gasto y el encargo la Directora General de Comercio y Consumo.

11º.- En fecha 7 de junio de 2018, el Consejo de Gobierno del Cabildo Insular de Tenerife, formula alegaciones al expediente, donde manifestaba que la Dirección General de Comercio ha interpretado de manera errónea la normativa reguladora de la Licencia Comercial Específica y, en particular, sus disposiciones transitorias, por lo que no puede imputarse responsabilidad alguna al Cabildo y que el hecho determinante del daño invocado no es, por tanto, la emisión de un informe desfavorable, sino haberlo utilizado indebidamente como motivo único para denegar una licencia, significando además que el Auto Judicial ni siquiera se ha pronunciado sobre si el informe del Cabildo de Tenerife es correcto o no.

12º.- En fecha 11 de junio de 2018, el Jefe de Servicio de Planificación Comercial solicitó al Jefe de Servicio de Inspección e Instrucción que girara visita de inspección, a fin de comprobar la situación urbanística de la parcela ET-1, Plan Parcial (...), Sector SO-9, término municipal de Adeje.

13º.- En fecha 12 de junio de 2018 se levantó Acta de Inspección suscrita por (...) relativa a la situación de la Parcela ET1 Sector 09 del T.M Adeje, donde manifestaba en la misma se encuentra una nave en proceso de demolición en el centro de la parcela, maquinaria industrial trabajando, añadiendo que recorre la parcela en su totalidad, acompañando al Acta un reportaje fotográfico, y que además no existe construcción alguna, ni Centro Comercial, sin edificaciones de ningún tipo, salvo la nave en proceso de demolición. Se hizo constar en el acta que el inspector actuante

iba acompañado de otro funcionario que firma la misma, existiendo colindantes de zonas residenciales de lujo y zona industrial por arriba.

14º.- En fecha 13 de junio de 2018 la Directora General de Comercio y Consumo reiteró informe al Ayuntamiento de Adeje para que evacuara el informe solicitado, reiteración que se volvió a efectuar el 6 de julio de 2018.

15º.- En fecha 18 de julio la Directora General de Comercio y Consumo dirigió escrito a (...), donde le requería que subsanara las deficiencias observadas en el informe pericial emitido.

16º.- En fecha 20 de julio de 2018, (...) encargado por la Dirección General de Comercio y Consumo para realizar el dictamen pericial solicitó a la misma aportara determinada documentación al objeto de poder emitir el mismo.

17º.- En fecha 24 de julio de 2018 consta en el expediente un informe emitido por el estudio (...) y Asociados, donde manifestaba que no existe actividad constructiva relevante, ni ninguna volumetría de edificación referente a un centro comercial, estando suscrito dicho informe por (...), arquitecto colegiado núm. (...).

18º.- En fecha 26 de julio de 2018 consta en el expediente, escrito dirigido por la Directora General de Comercio y Consumo a (...) donde ésta le remitía la documentación necesaria para evacuarlo.

19º.- En fecha 26 de julio de 2018 consta en el expediente borrador de informe del economista (...) en nombre de (...), empresa a la que se ha encargado su emisión por la Dirección General de Comercio y Consumo.

20º.- En fecha 27 de julio de 2018 el instructor solicitó al Jefe de Servicio de Planificación Comercial, el preceptivo informe requerido en el art. 81 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, respecto al expediente de responsabilidad patrimonial instado por la Entidad Mercantil (...), por un importe de cinco millones de euros.

21º.- En fecha 27 de julio de 2018 el Jefe de Servicio de Planificación Comercial emitió informe donde concluye que la causa de denegación de la Licencia Comercial solicitada tuvo su origen en un cambio de interpretación jurídica de la Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido del Decreto Legislativo 1/2012 de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y Reguladora de la Licencia Comercial, que tienen su origen en un dictamen de la Viceconsejería de Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, al entender que al haber sido aprobado con carácter definitivo el Plan Insular de

Ordenación del Territorio, la no ubicación en los polígonos comarcales contemplados en el mismo de la Parcela ET1 y además que la Entidad (...) no aportó la documentación técnica requerida respecto a la influencia de la red viaria, concluyeron que el informe del Cabildo fuera negativo.

Añade que este criterio no puede ser sostenido porque en virtud del Auto de 8 de junio de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la Sala acordó declarar nula de pleno derecho la Orden de 30 de diciembre de 2016, al entender que el informe negativo del Cabildo no fue óbice para que la Administración regional concediera en su día algo más, como es la Licencia para implantar un Gran Centro Comercial, en el que pretende ubicarse (...) y que el modo de proceder de la Administración Autonómica, trata de eludir el cumplimiento de la Sentencia.

Además el citado informe mantiene que por parte del Servicio de Planificación Comercial se ha cumplido estrictamente con las previsiones del Ordenamiento Jurídico y que además no existe relación de causalidad entre los hechos y los daños producidos en los derechos de titularidad de (...), por cuanto que la Licencia Comercial denegada lo era para un establecimiento comercial solicitado por la entidad (...), que no ha interpuesto reclamación de responsabilidad patrimonial, no para el Centro Comercial que obtuvo licencia comercial, ahora único reclamante.

22º.- En fecha 30 de julio de 2018 el instructor propuso la ampliación de plazo, para la Resolución del presente expediente a la Directora General de Comercio y Consumo.

23º.- En fecha 31 de julio de 2018, mediante Resolución n.º 260/2018, la Directora General de Comercio y Consumo amplió de oficio el plazo para resolver el expediente administrativo por tres meses.

24º.- En fecha 31 de julio de 2018 la empresa (...) presentó informe definitivo requerido por la Dirección General de Comercio y Consumo.

25º.- En fecha 9 de agosto de 2018 la Empresa (...) remitió las facturas contenidas en su informe, aportado al expediente, debidamente legibles.

26º.- En fecha 21 de septiembre de 2018 el instructor del expediente remitió a (...) relación y copia de los documentos obrantes en el procedimiento, poniendo de manifiesto el expediente al interesado, antes de redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a

quince, formularan las alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

27º.- La Empresa (...) no formuló alegaciones ni presentó documentación alguna antes de la Propuesta de Resolución.

28º.- En fecha 15 de noviembre de 2018, el Instructor del Expediente formuló la correspondiente Propuesta.

29º.- Con fecha 22 de noviembre de 2018 se emite Propuesta de Orden del Consejero de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento por la que se procede a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por la entidad mercantil (...) por importe de 5.174.271,53 euros, al no darse los presupuestos exigidos en la normativa vigente para tener derecho a la misma.

III

Para una completa comprensión del asunto que analizamos, debemos partir de los antecedentes de la reclamación, algunos de los cuales se hacen constar en la misma, resultan del expediente remitido y son relevantes para emitir el Dictamen solicitado:

1º.- Mediante Orden n.º 837/2010, de fecha 14 de octubre, fue autorizada licencia comercial a la entidad (...) con superficie de venta proyectada de 22.660,80 m², tras tramitarse la solicitud presentada dando origen al expediente número LCE 02/2009-TF.

2º.- La referida autorización fue recurrida en vía judicial por la Federación de Comercio del Tenerife (FEDECO), y tramitada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, Sección primera, recayendo Sentencia con fecha 30 de noviembre de 2012, por la que se desestimaba el recurso presentado. El marco legal que se tuvo en cuenta para el dictado de aquella resolución fue la Ley 12/2009, de 16 de diciembre, la Ley 10/2003, de 3 de abril y el PIOT de 2002, ya que, como reconoce la propia Sentencia, la revisión del PIOT que estaba en aquel momento en tramitación se encontraba en fase de aprobación definitiva, y por tanto, no era aplicable.

3º.- En 2015, por parte de (...) se presenta solicitud para que se conceda licencia para la instalación y apertura de un parque comercial con una superficie útil de 62.358 metros cuadrados, a ubicar en la misma parcela, la ET-1, del plan parcial de (...), en el término municipal de Adeje, que da lugar al expediente LC 01/2015 -TF.

Se publica en el Boletín Oficial de Canarias (BOC) de 24 de marzo de 2015 anuncio para la concesión del trámite de información pública, dicha solicitud de licencia comercial donde constan los datos relevantes.

4º.- Posteriormente, con fecha 22 de abril de 2015, se presenta solicitud por parte de (...) para la instalación y apertura de un gran establecimiento comercial, en la que se señala que se trataría de un establecimiento comercial de la enseña "(...)" con una sala de ventas total de 11.811 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta al público, reseñando que la licencia comercial para el parque comercial se tramita bajo el número de expediente LC 01/2015-TF y que ya ha aportado documentación en otro expediente, siguiéndose dicha solicitud al número de expediente LC10/2015-TF

5º.- En fecha 16 de noviembre de 2015, con registro de entrada n.º 1705634/EICC6829, presentaron escrito (...), y (...), en representación de (...), y (...) respectivamente, donde solicitaban que la licencia comercial para un gran establecimiento comercial quedara amparada en la LCE 02/2009-TF, en el caso de que el expediente LC 01/2015-TF, fuera denegado.

Este escrito dio lugar al expediente número LC 21/2015 TF, referido a la instalación y apertura de un gran establecimiento comercial, -Otros- (artículos de construcción, decoración, jardinería y bricolaje).

6º.- En fecha de 24 de noviembre de 2015, el Servicio de Planificación Comercial dirige escrito a (...) y (...) donde les requiere para que procedan a confirmar si se continua con la tramitación de una nueva licencia comercial en los términos solicitados en su escrito que quede amparada en la LCE 02/2009-TF concedida a (...).

7º.- Transcurrido el plazo, no se presentaron alegaciones, por lo que se les declaró desistidos del procedimiento, mediante Resolución n.º 20/2016, de 25 de enero, la Dirección General de Comercio y Consumo de fecha 3 de febrero.

No obstante, con posterioridad, y una vez analizado el expediente, se observó que por la Dirección General de Comercio y Consumo, que al tratarse de una solicitud condicionada y una vez operada la condición a la que hace referencia el escrito inicial, no procedía dictar la resolución de revocación por lo que mediante Resolución de la propia Dirección General de Comercio y Consumo número 23/2016, de fecha 3 de febrero, se procedió a revocar la Resolución anterior, continuándose con la tramitación del procedimiento para determinar la procedencia o no de la licencia

solicitada, al tratarse de un error de interpretación del contenido del escrito inicialmente presentado al que se hace referencia en el apartado anterior, reanudándose nuevamente el expediente número LC 21/2015-TF.

8º.- Por Orden n.º 29/2016, de fecha 10 de marzo, se pone fin al procedimiento LC 01/2015-TF, al considerarse que se había producido desistimiento por (...) y (...) en la representación que ostentaban.

9º.- Por Orden n.º 46/2016, de 8 de abril, se desestimó la solicitud presentada por (...), en el expediente LC 10/2015-TF.

10º.- Tramitado el procedimiento que seguía en marcha, el LC 21/2015-TF, por los cauces oportunos, se solicitaron los preceptivos informes para otorgar o denegar la correspondiente licencia comercial, siendo informado únicamente con carácter negativo y desfavorable mediante acuerdo de fecha 20 de septiembre de 2016, por el Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Tenerife.

Contra el citado informe formularon alegaciones en el trámite de audiencia las entidades solicitantes, disconformes con el carácter negativo del mismo, dándose traslado de las mismas al Cabildo Insular para que procediera a informar nuevamente sobre el contenido de éstas.

11º.- En fecha 2 de noviembre de 2016, el Cabildo Insular de Tenerife, se ratificó en dicho informe negativo.

12º.- En fecha 9 de noviembre de 2016, con registro de entrada número: 1480560/EICC101241, la representante de (...), (...), aportó dictamen del Catedrático de Derecho Administrativo (...), en el que concluye que procede conceder la licencia comercial a los solicitantes, y por tanto, se procediera por la Dirección General de Comercio y Consumo a reconsiderar el derecho que asiste a la entidad mercantil para la instalación de centro comercial solicitado.

13º.- Por la Dirección General de Comercio y Consumo, en fecha 30 de diciembre de 2016, se trasladó el informe del citado Catedrático al Cabildo Insular de Tenerife, que no obstante una vez analizado el mismo se ratificó en su informe inicial.

14º.- En fecha 30 de diciembre de 2016, el Consejero de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento, dictó la Orden número 242/2016, por la que se procedía a denegar la licencia comercial solicitada por la entidad mercantil (...).

15º.- En fecha 4 de enero de 2017, el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife trasladó informe del Director de la Asesoría Jurídica de la Corporación, donde se ratificaba en los informes anteriores.

16º.- En fecha 12 de enero de 2017, se dio traslado a la Dirección General de Comercio y Consumo, del Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Tenerife, por el que se daba por enterado del informe emitido por el Director de la Asesoría Jurídica del citado Cabildo y ratificaba el escrito del Presidente, por el que se remite informe a la citada Dirección General.

17º.- En fecha 8 de febrero de 2017, la empresa (...) interpuso recurso de reposición, contra la Orden n.º: 242/2016, de fecha 30 de diciembre, por la que se procedía a denegar la licencia comercial instada por la misma.

18º.- En fecha 9 de febrero de 2017, ante las dudas suscitadas, se realizó una nueva petición de informe sobre la cuestión planteada a la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos.

Esta se pronunció manifestando que no entraba en el fondo de la cuestión solicitada, remitiéndose a tal efecto a su anterior informe sobre la cuestión, efectuado el 15 de enero de 2016, y que no tiene objeto entrar en cuestiones planteadas en informes que ya se tuvieron en cuenta al resolver o bien son posteriores a la resolución que puso fin al procedimiento, en la medida en que los informes ya existentes en el expediente se tomaron en consideración y los posteriores no han sido ni pueden ser determinantes de la resolución que ya se ha dictado mediante la denegación de la licencia.

19º.- En fecha 8 de marzo de 2017, el Consejo Insular de Gobierno del Cabildo de Tenerife, dictó Acuerdo sobre la petición efectuada en relación al recurso de reposición interpuesto por la entidad mercantil (...) contra la Orden 242/2016, de 30 de diciembre, determinando en dicho Acuerdo, básicamente, que dado que la competencia para la concesión o denegación de las licencias comerciales, así como para resolver los recursos que pudieran interponerse contra sus decisiones correspondía al Consejero de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento, no procedía emitir nuevo informe.

20º.- El recurso de reposición no es resuelto de manera expresa, de ahí que, transcurrido un mes, se entiende desestimado por silencio negativo.

21º.- Por la entidad mercantil (...), se presenta incidente de ejecución en el procedimiento judicial abierto en su día contra Acuerdo del Gobierno Insular del Cabildo de Tenerife que informa desfavorablemente a la solicitud de licencia, de 20 de septiembre de 2016, y que es posteriormente ampliado a la Orden denegatoria de la licencia, la 242/2016. Dicho incidente se resuelve mediante Auto de fecha 8 de junio de 2017, por el que se declara la nulidad de pleno derecho de la Orden de 30 de diciembre de 2016, concediendo a la Administración un plazo de un mes para que procediera a conceder la licencia a la entidad mercantil, y en consecuencia, llevara a efecto la Sentencia pronunciada por la Sala con fecha 30 de noviembre de 2012.

22º.- Mediante Orden nº: 138/2017, de fecha 22 de junio, se procedió a dar cumplimiento al Auto de 9 de junio de 2017, revocando la Orden n.º: 242/2016, de 30 de diciembre, y se procede a conceder la licencia comercial solicitada por la entidad mercantil (...).

23º.- En 2017, por parte de las empresas (...), (...) e Inmobiliaria (...), se presentó solicitud para la ampliación de la superficie útil de exposición y venta del centro comercial objeto de la licencia LCE 02/2009-TF, dando lugar al expediente L.C 07/2017-TF, como deriva del anuncio en el BOC del trámite de información pública, que se produjo el 13 de noviembre de 2017. La ampliación solicitada alcanzaba hasta los 58.606 metros cuadrados.

IV

1. Para entrar en el análisis de la reclamación planteada, debemos partir de los requisitos exigidos para que concurra la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, y que hemos señalado en numerosos Dictámenes de este Consejo Consultivo (entre otros, DCC 62/2019 de 28 de febrero o 48/2019, de 12 de febrero). Al respecto, la jurisprudencia los ha venido a precisar, entre otras resoluciones, en las STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012.

Como ha tenido ocasión de reiterar en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo en sintonía con la jurisprudencia indicada, requisitos imprescindibles para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista un daño y que éste sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal y como establece la regla general de 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 incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. 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 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, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Por otro lado, debemos destacar que en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, reiterada jurisprudencia, especialmente recaída en los ámbitos relacionados con el urbanismo y la edificación, ha venido señalando también que sólo se indemnizan derechos consolidados y no meras expectativas (STS 16 de mayo de 2000), de modo que para que sea indemnizable la pérdida o reducción del aprovechamiento, es necesario que se haya adquirido el derecho al mismo, esto es, que se hayan patrimonializado los derechos del propietario, y éstos sólo se adquieren cuando el propietario cumple sus deberes y dispone de los títulos habilitantes requeridos para la ejecución material de las actuaciones autorizadas, algo que, como se explicará, falta en el presente caso, en el que la entidad promotora del centro comercial reclamante no dispone de dichos títulos y, por lo demás, no sólo de los que vienen exigidos en cumplimiento de la normativa urbanística.

Sobre la inexistencia de lesión efectiva cuando no se han patrimonializado los correspondientes derechos, como decimos, la jurisprudencia es abundante, especialmente en el ámbito urbanístico. Así, entre otras, cabe citar las STS de 12 de mayo de 1997 (RJ 3976), 12 de diciembre de 2014 (RJ 5307) y la STS nº 1650 /2017 de 31 de octubre. Esta misma idea se repite en la reciente Sentencia 241/2018, de 19 de febrero, en la que el Tribunal Supremo reseña:

“Pero la aplicación de tal doctrina, tiene como presupuesto, examinar en cada caso la existencia de un derecho urbanístico patrimonializado, pues solo en tal circunstancia la frustración del mismo resulta indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial, por no existir el deber jurídico de soportarlo. Así se

refleja en la sentencia invocada de 15 de diciembre de 2010 , cuando, tras examinar las circunstancias del caso ordenación urbanística, su estado de ejecución, que incluye la obtención de una licencia de derribo y la solicitud de la correspondiente a la edificación y el estado de tramitación de esta, así como las circunstancias de la declaración de BIC- manifiesta que «al tiempo de producirse la declaración del Bien de Interés Cultural y de frustrar con ello aquel proyecto urbanizador, había pasado a formar parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, el derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico que correspondía al mismo».

En consecuencia, para que pudiera apreciarse la infracción de la jurisprudencia que se denuncia en este motivo de casación habría de desvirtuarse la afirmación de la Sala de instancia, en el sentido de que no existía un derecho urbanístico patrimonializado por parte de la recurrente, lo que no puede deducirse de las afirmaciones que se realizan en este recurso de casación. La recurrente, que asume la situación urbanística de la parcela tal y como se describe en la sentencia recurrida, invoca el carácter reglado de las licencias urbanísticas y deduce de ello que a fecha 9 de marzo de 2007, tenía patrimonializado el derecho a obtener y materializar una licencia de construcción de un centro geriátrico. Tal planteamiento no tiene en cuenta que la licencia en cuestión no llegó a obtenerse en ningún momento”.

2. Vistas las consideraciones generales, pasamos al análisis particularizado de las cuestiones concretas más relevantes que plantea la PR, con la que coincidimos en la desestimación de la reclamación, y en parte de su fundamentación que explicita en las consideraciones jurídicas, no así en determinados aspectos de la misma como a continuación se expondrá, dentro de los dos apartados en que divide la PR sus consideraciones jurídicas, uno A) que denomina Jurídicos-Formales, y uno B) referido a las Jurídicos-Sustantivas.

2.1. Sobre la legitimación para reclamar responsabilidad patrimonial por (...).

La PR, tras señalar en su Consideración jurídica formal cuarta, contenida en un apartado A), que está legitimada la Entidad Mercantil (...), en cuanto que es la presunta afectada por la denegación de la Licencia Comercial efectuada mediante la Orden 242/2016, posteriormente, en la consideración jurídica sustantiva también cuarta -en realidad debería ser la quinta, al repetirse una tercera- del apartado B) reseña que «al no haber solicitado (...) la solicitud de licencia comercial, ni haber comparecido en el mismo durante la tramitación del procedimiento, no pueden ostentar la condición jurídica de interesado, en cuanto no se ha personado en el

mismo antes de recaer resolución definitiva». Más adelante señala que «Por tanto, y en conclusión podemos afirmar que la anulación de la licencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no supone por sí, el derecho a indemnización, y en el presente supuesto al no estar (...) personada en el procedimiento, ni ostentar la condición de interesado en el mismo, el único que estaría legitimado para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial por los presuntos daños ocasionados como consecuencia de la misma sería (...), que fue la solicitante de la correspondiente licencia, y que además no ha presentado reclamación alguna por lo que (...) del Atlántico, carece de legitimación para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada».

Entendemos que no es adecuada la conclusión de la Propuesta por considerar este Consejo que sí concurre la legitimación para reclamar, teniendo en cuenta que, aunque inicialmente cada entidad hizo su propia solicitud, la Orden nº 242/2016, de 30 de diciembre deriva de una solicitud conjunta condicionada realizada tanto por el representante de (...) como el representante de (...) de fecha 16 de noviembre de 2015, y admitida y considerada por la Administración que ahora le niega en carácter de interesada a esta última empresa.

Pero es que, además, si reparamos en los conceptos por los que se reclama indemnización, como son alquileres dejados de percibir, o la pérdida que supone para el resto del Centro Comercial autorizado el reclamo que supone la marca (...), como se pretende, concluiremos que es la empresa reclamante, la que puede realizar dicha petición, y no otra.

Por otra parte, consta en el expediente como (...) ejecuta una opción de compra sobre el 50% del Área 1 al 6 de la parcela ET-1 del Plan Parcial (...). Por tanto, ambas empresas son copropietarias de los terrenos en los que se pretende la ejecución del Centro Comercial y el establecimiento comercial especializado.

Por virtud de cuanto antecede, en suma, disentimos del parecer manifestado en la consideración jurídica reseñada.

2.2. Concurrencia de Administraciones.

Dentro del mismo apartado A), la Consideración jurídica quinta analiza las Administraciones concurrentes, señalando que «procede afirmar que la intervención del Cabildo Insular en la presunta producción del daño es manifiesta, en tal sentido

al amparo de lo establecido en el artículo 34 de la citada Ley, esta Consejería solicitó el preceptivo informe a la citada Corporación Insular (...)».

El motivo determinante de lo acordado en la Resolución nº 242/2016, de fecha 30 de diciembre, por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias, fue, ciertamente, la existencia de un informe negativo vinculante del Cabildo Insular de Tenerife, de conformidad con lo establecido en el art. 46.2 del Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y Reguladora de la licencia comercial que señala:

«2. Los anteriores informes de las entidades locales deberán emitirse en el plazo máximo de un mes, desde que tenga entrada en la respectiva entidad local su solicitud, y tendrá carácter vinculante si fuera desfavorable (...)».

No obstante, a los efectos de determinar el carácter vinculante o no del informe debe realizarse una interpretación conjunta de varios preceptos del Decreto Legislativo 1/2012, y fundamentalmente de los arts. 43, 54 y de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del referido texto legislativo, a tenor de los cuales:

“Artículo 43 Criterios y requisitos para la concesión de licencia comercial

1. La resolución de otorgamiento de la licencia comercial deberá estar condicionada al cumplimiento por el solicitante de las determinaciones del Plan Territorial Especial de Grandes Equipamientos Comerciales o el planeamiento territorial aplicable, en su caso, de la isla en que pretenda implantarse el gran establecimiento comercial o el centro comercial.

2. El consejero o consejera competente en materia de comercio concederá o denegará motivada y razonadamente las solicitudes de licencia comercial con el objetivo básico de garantizar la protección del consumidor y una correcta distribución territorial de los establecimientos comerciales en Canarias.

3. Dicha resolución deberá tener en cuenta los siguientes criterios atendiendo al principio de imperioso interés general:

1º) La contribución del proyecto al equilibrio interterritorial y medioambiental.

2º) El impacto sobre el territorio, teniendo en cuenta la incidencia de la red viaria, la accesibilidad con el establecimiento comercial, así como la dotación en la zona de estacionamientos u otros servicios.

3º) *Las medidas previstas por el promotor, encaminadas a mejorar el acceso al establecimiento comercial, que posibiliten su articulación con el transporte público y contribuya a la movilidad en la zona.*

4º) *La previsión de soluciones de conexión y acceso, incluyendo los compromisos a asumir por los promotores en orden a ejecutar las infraestructuras de conexión, acceso y estacionamientos a su costa, así como terminarlas antes de la puesta en funcionamiento del centro.*

5º) *Las medidas previstas por el promotor encaminadas a la sostenibilidad ambiental, las relacionadas con la gestión de residuos, calidad acústica, la utilización de fuentes de energías renovables para el abastecimiento y el consumo energético, así como el uso racional de la energía.*

6º) *La generación o mejora de redes de distribución y logística propias que redunden en mejora del medio ambiente.*

7º) *La inclusión en el proyecto de compromisos firmes a favor de los derechos de los consumidores y usuarios, tales como la adhesión al sistema arbitral de consumo.*

8º) *La incorporación al proyecto de nuevas tecnologías de la información, de tal manera que permita mejorar la información a los consumidores.”*

“Artículo 54 Objeto de los Planes

1. Los Planes Territoriales Especiales de Grandes Equipamientos Comerciales previstos en la Directriz de Ordenación General número 136 de la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, o el planeamiento territorial aplicable deberán complementar y desarrollar los criterios contenidos en el artículo 43 de esta Ley, pero no podrán contradecirlos.

2. Los Planes deberán ordenar la implantación de grandes establecimientos comerciales y centros comerciales de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Impacto sobre el sistema viario afectado, previsión de conexiones y accesos, así como efectos en la movilidad de personas y de los medios de transporte.

b) Impacto sobre otras infraestructuras y servicios públicos afectados.

c) Impactos negativos significativos de la implantación sobre el entorno urbano y el medio natural.

d) *Incidencia en materia de contaminación atmosférica y lumínica de conformidad con la especial protección que otorga la legislación estatal al cielo del Archipiélago.*

3. *A los efectos de la planificación territorial comercial, los grandes establecimientos comerciales, en atención a los sectores de la actividad comercial, en su caso, se clasifican en:*

a) *Consumo cotidiano, que incluye alimentación, higiene personal y productos de limpieza del hogar.*

b) *Equipamiento personal, que incluye vestido, calzado, perfumería, complementos y material deportivo.*

c) *Equipamiento para el hogar y electrodomésticos, salvo muebles.*

d) *Muebles de todo tipo.*

e) *Material de construcción, que incluye saneamiento, ferretería, cristalería, pinturas, jardinería y bricolaje.*

f) *Informática y electrónica.*

g) *Libros, revistas, periódicos y juguetes.*

h) *Otros que participen de dos o más de las actividades anteriores o cualquier otro sector no contemplado."*

"Disposición Transitoria Primera Criterios aplicables transitoriamente para la concesión de las licencias comerciales

Hasta tanto se aprueben los Planes Territoriales Especiales de Grandes Equipamientos Comerciales, previstos en el artículo 54, la concesión de licencia comercial habrá de llevarse a cabo teniendo en cuenta las determinaciones del planeamiento municipal, siempre que no entre en contradicción con los criterios establecidos en el apartado 3 del artículo 43."

"Disposición Transitoria Segunda Régimen transitorio de las solicitudes de licencia comercial

Las solicitudes de licencia comercial cuya tramitación se hubiese iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la Licencia Comercial, y que se encuentren pendientes de resolución, se tramitarán conforme a la normativa vigente en el momento de la presentación de la

solicitud, sin perjuicio de que a efectos del planeamiento se aplique lo estipulado en la disposición transitoria primera."

A la vista de ello, entendemos que la afirmación contenida en dicha Consideración jurídica formal A) quinta de la Propuesta de que la intervención del Cabildo Insular en la producción del daño es manifiesta, debería eliminarse, sobre todo, de conformidad con las consideraciones contenidas en el Auto de 8 de junio de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que es firme, y que atribuye valor irrelevante al informe del Cabildo.

Pero es que, además, si la Administración considera, como parece, que el Cabildo pudiera tener intervención en la producción del daño, y no se le permite intervenir en el expediente de responsabilidad patrimonial dándole oportunidad de hacer alegaciones, posteriormente, para el supuesto de judicializarse el caso, no podría ser llamado al proceso contencioso administrativo como codemandado, teniendo que asumir el Gobierno de Canarias las eventuales consecuencias de la sentencia que pudiera recaer.

Por último, señalar que la referencia que en esta Consideración formal se hace al art. 34 del Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y Reguladora de la licencia comercial, es errónea, debiendo entenderse referida al art. 46.2 de la referida Ley, por lo que también dicho artículo debe modificarse.

2.3. Sobre las consideraciones jurídico-sustantivas de la PR, relativas al fondo de la cuestión planteada en la reclamación.

La PR, en las Consideraciones jurídico-sustantivas segunda, tercera y cuarta -esta última aparece como tercera, repetida, lo que debe ser modificado-, procede a analizar el fondo de la reclamación; y de los argumentos expuestos en dicha Propuesta de Resolución, debemos analizar la consideración de si se ha producido realmente un daño, con los requisitos que exige la jurisprudencia para que la interesada tenga derecho a su resarcimiento, y en particular, si se trata de un daño antijurídico.

La Orden 242/2016 recurrida en el incidente de ejecución denegaba la licencia solicitada, dado que el informe del Cabildo Insular de Tenerife era vinculante, y éste era negativo. Estos motivos no fueron asumidos por el Auto de 8 de junio de 2017 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Las Palmas de Gran

Canaria y su resolución es firme y ha de ser, consecuentemente, cumplida en sus propios términos (art. 118 de la Constitución y art. 18 de la LOPJ).

En el presente expediente, sin embargo, no se discute el derecho obtenido a resultas del Auto de 8 de junio de 2017, ni ha quedado desprovista de contenido la licencia otorgada a la empresa (...) a sus expensas para implantar un gran establecimiento comercial.

Todo lo contrario, mediante Orden nº: 138/2017, de fecha 22 de junio, se procedió a dar cumplimiento al Auto de 8 de junio de 2017, revocando la Orden n.º: 242/2016, de 30 de diciembre, y se procedió a conceder la licencia comercial solicitada por la entidad mercantil (...).

Ahora bien, es lo cierto que la realización efectiva del derecho a la implantación de dicho establecimiento queda subordinada asimismo al cumplimiento de una serie de exigencias; y justamente han sido tales exigencias las que no han sido observadas; por lo que cumple concluir en su consecuencia que no se ha procedido a la patrimonialización del derecho en el sentido que acabamos de exponer; y, a falta de ello, no cabe entender irrogada la producción de un daño (la existencia de una lesión jurídicamente resarcible) como presupuesto para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así las cosas:

Por una parte, el derecho obtenido por la entidad antes mencionada por medio de la Orden 138/2017 es para la instalación y apertura de un gran establecimiento comercial de 11.811 m²; pero a ubicar en el ámbito de un centro de comercial de 22.660 m², que fue la superficie de venta reconocida por la licencia comercial a la entidad (...) Atlántico mediante Orden 837/2010.

Es, por tanto, en el ámbito de la superficie indicada (22.660,80 m²), y solo en el ámbito de dicho ámbito, donde cabe materializarse el derecho a la instalación de un establecimiento comercial (11.811 m²).

Impugnada la licencia comercial otorgada mediante Orden 837/2010, el recurso contencioso-administrativo promovido a la sazón vino a desestimarse por la Sentencia de 30 de noviembre de 2012, que por tanto reconoció la legalidad del derecho de la entidad (...) a construir una superficie de 22.660,80 m².

Y fue en el marco de dicho proceso, con ocasión de un incidente de ejecución, donde la entidad (...) vino a obtener el reconocimiento (dentro por tanto de dicha superficie) a su derecho a instalar un establecimiento de 11.811 m².

Ni antes de ese reconocimiento, ni tampoco desde entonces, nada ha impedido a la entidad reclamante ejercitar su derecho a la construcción del centro comercial autorizado, pero hasta ahora no se han realizado ni llevado a cabo las actuaciones correspondientes, como ha quedado reflejado en este expediente (como ya dejamos consignado antes en este Dictamen: en acta de inspección relativa a la situación de la Parcela ET1 Sector 09 del T.M. Adeje se manifiesta que además no existe construcción alguna, ni Centro Comercial, sin edificaciones de ningún tipo, salvo la nave en proceso de demolición; y según informe de 24 de julio de 2018 también se expresa que no existe actividad constructiva relevante, ni ninguna volumetría de edificación referente a un centro comercial).

De haberlo hecho así, en tal caso se habría visto compensada de todos los gastos por los que ahora reclama en este expediente. Pero lejos está de hacerlo y, por lo demás, de quererlo hacer.

Como también quedó consignado en antecedentes, en 2017, por parte de las empresas (...), (...) e Inmobiliaria (...), se presentó solicitud para la ampliación de la superficie útil de exposición y venta del centro comercial objeto de la licencia LCE 02/2009-TF, dando lugar al expediente L.C 07/2017-TF, como deriva del anuncio en el BOC del trámite de información pública, que se produjo el 13 de noviembre de 2017. La ampliación solicitada alcanzaba hasta los 58.606 metros cuadrados. No consta la resolución de dicho expediente.

Esta iniciativa supone un reconocimiento palmario de que en la actualidad falta el presupuesto requerido (la construcción de un centro comercial de 22.660 m²) y a la vez de que se pretende alterar éste propiciando su ampliación hasta alcanzar alrededor de 60.000 m² de superficie. Si se obtuviera a la postre la ampliación pretendida, al mismo tiempo que ahora la indemnización que se intenta hacer valer, se obtendría un doble enriquecimiento.

En cualquier caso, por virtud de cuanto antecede, queda perfectamente puesto de relieve que si la reclamante no ha visto materializados sus derechos es como consecuencia de su propia actividad; y que por tanto de ningún modo cabe imputar los eventuales perjuicios a la Administración actuante.

2.4. Sobre si la actividad en el Centro Comercial a ejecutar por (...), que va a desarrollar (...), está amparada por licencias comerciales y urbanísticas eficaces.

Pero no es esto sólo esto. Porque la materialización del derecho a la implantación de un establecimiento comercial que tiene reconocido la entidad (...) como consecuencia de una resolución judicial (Auto de 8 de junio de 2017) y de una ulterior resolución administrativa dictada en punto a su cumplimiento (Orden 138/2017), por otra parte, ha de atender al cumplimiento de las exigencias igualmente establecidas en relación con la normativa y la ordenación urbanística y territorial.

Como decimos, (...) tiene licencia comercial para la ejecución de un centro comercial de 22.660,80 m² y (...) una licencia comercial para la apertura de un establecimiento comercial especializado dentro de él de 11.811 m². Pero no basta con ello, ambas entidades han de disponer de sus correspondientes títulos habilitantes para la materialización de sus derechos.

Pues bien, en relación con las licencias urbanísticas de obras, hemos de señalar:

Consta en el expediente que en fecha 18 de diciembre de 2014, por parte de la entidad (...) se procede a solicitar licencia para la construcción de un parque comercial, que según informe técnico municipal constaba de una superficie comercial de venta de 50.784 metros cuadrados más unos 11.560 metros cuadrados. El proyecto presentado tiene el carácter de proyecto básico, no aportando con el mismo proyecto de ejecución.

El 28 de enero de 2015 se informa por el técnico municipal de forma negativa la licencia urbanística presentada, toda vez que el proyecto presentado no se ajustaba al proyecto por el que la entidad solicitante obtuvo licencia comercial por parte de la Comunidad Autónoma.

Con posterioridad se presenta un nuevo proyecto básico en el que se eliminan las determinaciones de usos concretos de carácter comercial en las edificaciones que pretende, indicando que los mismos irán destinados a la implantación de usos terciarios.

Tal y como figura en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2015 se subsana error material del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 6 de abril de 2015 relativa a licencia urbanística a proyecto básico de parque de usos terciarios en parcela ET-1 Sector SO9 (...), (...).

Se hace constar con toda claridad que lo que se concede por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de abril de 2015 es un proyecto básico para un Parque de Usos Terciarios (y que por tanto no se asignan usos concretos de carácter comercial) y no un parque comercial.

Asimismo, consta BOC nº 218, de 13 de noviembre de 2017, Anuncio de 25 de octubre de 2017, por el que la Dirección General de Comercio y Consumo somete a información pública la solicitud de licencia presentada por las entidades (...) y (...) e Inmobiliaria (...), para la ampliación de la superficie útil de exposición y venta hasta 58.606 m² del Centro Comercial objeto de la licencia comercial 02/2009 a ubicar en la parcela ET-1, Sector SO-9, Finca urbana nº 1, área nº 1, del Plan Parcial (...) y se abre período de información pública, y, por otro lado, que por la entidad (...), también se intentó, mediante solicitud de licencia en el año 2015, ampliar los metros hasta los 62.358 metros cuadrados.

En definitiva, no se ha patrimonializado el derecho a construir ningún centro comercial, porque no se han obtenido los títulos necesarios para la ejecución de Centro Comercial alguno. Un proyecto básico no autoriza obra ninguna hasta que no se aprueba el proyecto de ejecución y sólo el primero es el que figura presentado ante el Ayuntamiento de Adeje, como informa esta corporación local.

Se trata de las conocidas licencias de eficacia diferida. En este sentido, el art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, establece claramente que las solicitudes de licencia deberán ir acompañadas de proyecto de ejecución. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1998, ya advirtió que *«la documentación exigida por el artículo noveno del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales es la del proyecto de ejecución y no el básico. El que se venga admitiendo la aportación con la petición de licencias de un mero proyecto básico es una cuestión que tiene más que ver con la práctica y con el deseo de facilitar la obtención de licencias que con el requisito legal establecido en el precitado artículo noveno del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales»*.

Además, sólo cuentan con licencia comercial para un centro comercial de 22.660,80 m² y un establecimiento comercial especializado dentro de él de 11.880 m² previsto en las resoluciones judiciales, sin que cuenten con licencia de obra para llevar a cabo dicho proyecto.

A la vista de todo ello podemos concluir:

- Las entidades (...) y (...) no tienen patrimonializado el derecho a edificar el Centro Comercial de 22.660,80 m², que autorizó a la primera de las empresas el Gobierno de Canarias, por la Orden 837, de 14 de octubre de 2010, confirmada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las Palmas de Gran Canaria de 30 de noviembre de 2012 y Auto de 8 de junio de 2017, porque nunca han presentado un proyecto de ejecución en el Ayuntamiento de Adeje para obtener licencia urbanística para el desarrollo del referido proyecto. Por tanto, no estaban autorizados para ejecutar obra alguna.

- Que lo que han solicitado ante la Dirección General de Comercio nada tiene que ver con la licencia comercial obtenida por la Sentencia y el Auto indicados, pues se pretende ejecutar un centro comercial con superficie de venta muchísimo mayor que la que le concedió la Sentencia y el Auto anteriormente señalados (58.606 m² en lugar de 22.660,80 m² y dentro de este último otro establecimiento de 11.880 m²).

- Que una vez obtenida la licencia comercial por la Orden nº 138/2017, de 22 de junio, por la que se ejecuta el Auto de 8 de junio de 2017 de la Sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, no consta que se haya presentado una solicitud de licencia urbanística con un proyecto de ejecución para llevar a cabo el centro comercial de 22.660,80 m² y el establecimiento comercial especializado de 11.880 m² previsto en las resoluciones judiciales, sino que se han ejecutado actos que revelan que se pretende ejecutar un Centro Comercial con superficie de venta sustancialmente superior (58.606 m²).

- Tampoco consta que antes de la solicitud presentada por (...) ni durante la tramitación de los expedientes que se sucedieron, por la presentación de escritos tanto por esta entidad como por (...) se procedió a llevar a cabo los trámites para obtener licencia para la ejecución material del centro comercial, habiéndose comprobado por inspecciones realizadas y que constan en el expediente, que en el 2018 nada se había realizado, sino pequeñas obras de desmontaje y excavaciones en la antigua nave de (...) y en el centro de la parcela, detectándose en informe técnico evacuado por el estudio CAA (...) Arquitecto, a petición de la Administración instructora, en la visita efectuada el 12 de junio de 2018, que la parcela se encontraba sin edificar, no existiendo ninguna actividad relevante de construcción ni edificación alguna en el Centro Comercial.

2.5. Nexo causal entre la anulación de la Orden 242/2016 y la ejecución del centro comercial autorizado por Orden nº 837, de 14 de octubre de 2010, con superficie de venta proyectada de 22.660,80 m².

Debemos reseñar que, por lo ya dicho anteriormente, el hecho de que (...) no haya obtenido, en principio, la licencia comercial solicitada en el año 2015 para un establecimiento comercial especializado de 11.811 m² dentro de aquel centro comercial de 22.660,80 m² autorizado a (...), no guarda relación causal con la inejecución del centro comercial de 22.660,80 m² autorizado a (...). El centro comercial pudo ejecutarse desde varios años antes, si se hubiera solicitado licencia de obras en el Ayuntamiento de Adeje para las referidas dimensiones. Sin embargo, después de que se dictó la Orden denegatoria de la licencia, y antes del Auto de 8 de junio de 2017 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la empresa promotora no había pedido licencia de obras en el Ayuntamiento para la ejecución del referido centro comercial, y que lo que realizó fue la solicitud en la Dirección General de Comercio de la ampliación de la superficie comercial autorizada por la licencia comercial del expediente 02/2009-TF a 58.606 m².

Tampoco después del referido Auto se ha solicitado tan licencia necesaria para llevar a cabo la edificación.

Reiteramos por lo demás, aquí, lo ya señalado anteriormente, de que un establecimiento de 11.811 m², nunca puede ampararse en otra licencia comercial de 22.660,80 m², aunque se sitúe dentro de él, porque por sus propias dimensiones está sujeta a una licencia comercial adicional, por mandato del art. 41 del Decreto Legislativo 1/2012, de 21 de abril, de plena vigencia, como se ha reseñado anteriormente, en el momento de la solicitud presentada por (...)

Por lo demás, es la propia inactividad llevada a cabo por la empresa (...), la que ha dado lugar a que no se hubiera materializado la ejecución del centro comercial cuya licencia sí estaba concedida desde el año 2010.

2.6. Sobre los conceptos reclamados.

Se fundamenta la reclamación de responsabilidad patrimonial tanto por daño emergente como por lucro cesante, que menciona con carácter genérico en su reclamación inicial pero que en sendos informes periciales aportados con posterioridad, centra en los daños ocasionados por la inversión movilizada como

consecuencia de la paralización del centro comercial durante los días que esta se produjo por la denegación de la licencia, por las deudas con empresas del grupo derivados de costes financieros por las deudas contraídas, y por último, por los alquileres que (...) no pudo percibir de (...), como en el polo de atracción comercial que la marca (...) podría suponer para el centro comercial.

Ambos conceptos son sueños de ganancias o ganancias hipotéticas, cuya percepción habría sido más que dudosa.

Por un lado, debemos señalar que no es posible percibir alquileres si no se ha construido un centro comercial por causa imputable, únicamente, a (...). Esta entidad obtuvo licencia comercial para un centro comercial de 22.660,80 m², por Orden de 14 de octubre de 2010. Pero nunca pidió licencia de obras para un centro comercial de estas dimensiones en el Ayuntamiento de Adeje, ni comenzó a ejecutar el mismo, de ahí que señalemos que no se puede percibir renta por los alquileres de un centro comercial inexistente.

Por otra parte, resulta acreditado en el expediente, que (...) en 2016 se convierte en copropietaria al 50% de los terrenos -figuran las escrituras de dichas operaciones de compraventa-, lo que hace dudar de la necesidad de un contrato de alquiler.

En cuanto al polo de atracción comercial de la marca (...), no podemos obviar que el período de reclamación abarca desde el 30 de diciembre de 2016 hasta el 22 de junio de 2017 (según informe pericial aportado por la entidad reclamante, que refiere los 174 días), siendo la primera fecha la del dictado de la Orden denegatoria de la licencia, siendo un período demasiado corto para poder apreciar la influencia que podría suponer la implantación de esta marca en otros establecimientos. Reiterar, por otra parte, que no se ha obtenido licencia de obras para la ejecución del centro comercial de 22.660,80 m², ni para el establecimiento comercial especializado a situar dentro de él de 11.811 m², por lo que el período a considerar como perjuicio no resulta jurídicamente relevante, por la sencilla razón de que las obras, de cualquier modo, no se podrían ejecutar, y por ende, el establecimiento comercial no podría operar.

Tal y como señala la PR, la prueba de las ganancias dejadas de obtener carece del rigor necesario para ser tenido en cuenta. No se prueba de forma convincente la relación entre la denegación de la licencia comercial por Orden de 30 de diciembre de 2016 y los perjuicios que se reclaman. La Propuesta que se somete a este Dictamen aporta argumentos contundentes, basados en una prueba pericial

propuesta por la propia Dirección General de Comercio, para desmontar cada una de las facturas presentadas por el reclamante, por su falta de relación causal con el período reclamado en concepto de responsabilidad patrimonial, tras la anulación de la Orden de 30 de diciembre de 2016, por el Auto de 8 de junio de 2017 así como por las contradicciones entre las periciales aportadas por la empresa reclamante.

Por último, reseñar que compartimos el parecer de la PR en cuanto a los motivos para desestimar la pretensión de la reclamante, basado en sendos informes periciales aportados por la misma, y que son desvirtuados por entero por el informe elaborado a petición de la Administración ante la que se reclama, (...), como se explicita en las Consideraciones jurídicas sustantivas octava, novena, décima y undécima -que deben ser la novena a la duodécima o duodécima, respectivamente-.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, en forma de Orden, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, es ajustada a Derecho, con las observaciones contenidas en el presente Dictamen.