



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 119/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de abril de 2019.

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 nombre y representación de (...), por daños ocasionados por el cierre y precinto durante un mes, de un local (...), posteriormente anulado por sentencia judicial (EXP. 93/2019 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento 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 21 de marzo de 2017 a instancia de la representación (...), como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el cierre y precinto desde el 21 de enero de 2014 al 21 de febrero de igual año, al (...), mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria por superar el aforo autorizado.

2. La interesada reclama una indemnización de 69.737 euros, cuantía que 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. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). También le es de aplicación los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. 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, competencia que ha sido delegada por Decreto de la Alcaldía núm. 21700/2015, de 10 de julio por el que se establecen los sectores funcionales y la estructura organizativa del Área de Gobierno de Presidencia, Cultura, Educación y Seguridad Ciudadana, en la Concejal de Gobierno.

5. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, 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. 21.1 y 6 LPACAP).

6. No se aprecia la existencia de irregularidades en la tramitación del procedimiento que, por provocar indefensión a la reclamante, impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

No obstante lo anterior, como repetidamente ha razonado este Consejo (ver entre otros los dictámenes 101/2019, de 20 de marzo y 99/2017, de 23 de marzo), el hecho de que la Administración mantenga relación contractual con una compañía de seguros, no significa que ésta sea parte en el procedimiento -como ocurre en el presente caso-, puesto que la Administración responde directamente a los administrados de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que la Administración considere pertinentes.

II

1. Según el interesado, se reclama por los daños y perjuicios ocasionados por el cierre y precinto desde el 21 de enero de 2014 al 21 de febrero de igual año, al (...), por superar el aforo autorizado, cierre acordado por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria y declarado nulo en sede judicial.

2. Dada la existencia de relación contractual entre la Administración Local y la entidad de Seguros (...), se le comunica con fecha 13 de marzo de 2017 la recepción del escrito de la parte reclamante.

3. Con fecha 21 de noviembre de 2017, se recibe informe del Servicio de Urbanismo, Edificación y Actividades, en el que se recoge:

«(...) 1. Con fecha 18 de diciembre de 2013, notificada el día 28 de diciembre, se dicta resolución a través de la cual se incoa el expediente sancionador San. 48/2013.

2. Con fecha 9 de enero de 2014, notificada con fecha 21 de enero de 2014, por la Junta de Gobierno Local, se acuerda adoptar la medida cautelar de clausura y precinto de la actividad, por el período de un mes, no existiendo constancia que en dicha fecha se procediese a la clausura del local.

3. Con fecha 23 de enero de 2014, mediante Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 3, se acuerda suspender la ejecución de la resolución de 9 de enero de 2014.

4. EL 27 de enero de 2014, mediante Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 3, se deniega la medida cautelar.

5. El 9 de enero de 2014 (por error en la Propuesta de Resolución se dice el 29 de enero) se dicta resolución por la Junta de Gobierno Local por la cual se ordena la clausura y precinto de la actividad, por el período de un mes, ejecutándose por la Policía Local con fecha 30 enero de 2014.

6. El 29 de enero de 2014, por el responsable de la actividad se presentó escrito manifestando haber procedido a la clausura voluntaria del establecimiento, acatando lo dispuesto por el Auto del Juzgado.

7. El 4 de junio de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 3, se dicta Sentencia desestimatoria en relación al recurso interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2014.

8. El 11 de mayo de 2016, por el TSJC, se dicta Sentencia en apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 3, estimándose».

4. El 21 de noviembre de 2017 se acuerda la admisión a trámite de la reclamación, incoándose el correspondiente procedimiento con designación de Instructor y Secretario. Dicho acuerdo se comunica a la interesada con igual fecha.

5. El 7 de diciembre de 2017 se recibe informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, sobre el Procedimiento Ordinario 28/2014 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3, en el que se recoge:

«(...) 1.- La reclamación formulada trae causa del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 9 de enero de 2014, dictado en el seno del procedimiento sancionador SAN/48/2013, que adoptó de modo cautelar la medida de cierre y precinto de la (...), ubicada en el (...), planta baja, propiedad de la recurrente, al considerarse que el exceso del aforo permitido vulneraba las condiciones de seguridad del establecimiento, por lo que, por evidentes razones de interés general, cabía

adoptar provisionalmente dicha medida. El cierre del establecimiento se verificó, según se afirma, entre el 21 de enero y el 21 de febrero de 2014.

2.- Contra dicho acuerdo, la ahora reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo, que sería tramitado bajo el núm. 28/2014 de procedimiento ordinario, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº Tres, recayendo Sentencia de fecha 4 de junio de 2015, que desestimó el recurso por entender que concurrían las circunstancias exigidas para la adopción de la medida cautelar y que no se había generado indefensión a la entidad recurrente.

Sin embargo, interpuesto recurso de apelación, por Sentencia de 11 de mayo de 2016, dictada en el Rollo nº 222/2015 de la Sección Segunda del TSJ de Canarias, se estimó dicho recurso, declarándose la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 9 de enero de 2014. A los efectos que ahora importan, es de hacer notar que este acuerdo fue anulado por vulneración del derecho de audiencia de la entidad destinataria, sin que por la superioridad se cuestionara la oportunidad de la medida adoptada. De hecho, en el FJ Tercero de la Sentencia dictada en la alzada se recoge que “dicho motivo constituye, por sí solo, una poderosa razón para una medida cautelar o provisional”, o que “la sola referencia al peligro derivado de vulneración del exceso sobre el aforo permitido, constituye una motivación más que suficiente de la situación de peligro real inmediato”.

3.- Consta en los archivos del Servicio de Edificación y Actividades, que el procedimiento sancionador SAN/48/2013, en que había recaído la medida provisional de continua referencia, culminó con el Acuerdo de la Junta de gobierno Local, de 15 de mayo de 2014, que resolvió “sancionar a la entidad (...) con la sanción de quince mil euros (15.001 €) y clausura de la actividad por periodo de un mes, clausura ya cumplimentada por el interesado (...), con motivo de la infracción cometida prevista en el artículo 62.6 de la Ley 7/2011, de 5 de abril (...)”.

4.- Contra el anterior Acuerdo municipal, por la entidad reclamante se interpuso el recurso contencioso-administrativo-procedimiento abreviado núm. 28/2014, seguido ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº Dos de Las Palmas, donde se dictó Sentencia el 17 de julio de 2015, que desestimó el recurso interpuesto, confirmando la sanción de quince mil un euros (15.001 €) y clausura de la actividad por periodo de un mes impuesta a (...).

Dicha Sentencia devino firme al no haber contra la misma recurso alguno (art. 81 LJCA). De hecho, la recurrente procedió a ingresar en la Hacienda municipal el importe pecuniario de la sanción, por 15.001,00 euros, dándose por cumplida con anterioridad la sanción de clausura por tiempo de un mes. (...) En el asunto que nos ocupa, como quedó dicho, el Acuerdo municipal que adoptó la medida cautelar de cierre del establecimiento fue anulado judicialmente por una cuestión formal, al no darse al interesado el preceptivo trámite de audiencia, pero sin que se cuestionara por el Tribunal la concurrencia de elementos que

justificasen la clausura del local, a todas luces razonable dado el evidente peligro que supone el exceso de aforo de un establecimiento. De hecho, dicha medida sería finalmente acordada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 15 de mayo de 2014, que puso fin al procedimiento sancionador SAN/48/2013, y que devino firme. En cualquier caso, como quiera que la clausura del establecimiento por plazo de un mes, acordada y ejecutada de modo anticipado, terminó siendo finalmente impuesta a la entidad recurrente -ya cumplimentada por el interesado-, no existe lesión que la recurrente no tuviera el deber jurídico de soportar (...)».

6. El 22 de noviembre de 2017, fue abierto periodo de prueba, dándose por reproducida la documental adjuntada a la reclamación, procediendo la instrucción del procedimiento a citar al testigo propuesto, economista de profesión, que ratifica el informe incorporado al expediente efectuado por él mismo.

7. La entidad aseguradora del Ayuntamiento realizó la siguiente valoración de los daños por los que se reclama: «1.- Pérdida de ventas; 2.- Ahorro de Costes Variables; 3.- Margen Bruto Perdido. Es importante considerar que el daño real por perdida consecencial tiene que atender siempre a la pérdida real de ventas y los costes variables ahorrados, dado que si se establece a partir de costes fijos mensuales no se tiene en consideración, como es en este caso, que la afectación del siniestro pueda producirse en un periodo de menor venta media con respecto a otros meses. Hay que tener en consideración que en condiciones normales de explotación, si no se hubiera producido el cierre, el reclamante, ni siquiera habría recuperado la totalidad de los costes fijos que reclama, con las ventas que realmente se han perdido, lo que invalida dicha reclamación, según el método empleado por el reclamante. CONCLUSIONES: Por tanto, tras nuestro análisis entendemos que la valoración de los perjuicios económicos del Reclamante, a tenor de lo expuesto en el apartado anterior, ascienden a la cantidad de 28.165,10 €».

8. Dado el preceptivo trámite de audiencia, por el interesado se formula escrito de alegaciones en el que se cuestiona la valoración realizada por la entidad aseguradora e insiste en la declaración de nulidad en sede judicial de la medida cautelar de cierre del local durante el plazo de un mes.

9. Finalmente, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante al entender que no concurren los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. Se ha razonado reiteradamente por este Consejo Consultivo (ver los Dictámenes 9/2019, de 13 de marzo, y 375/2017, de 16 de octubre) en materia de responsabilidad por actos declarados nulos lo siguiente:

«Según el art. 142.4 LRJAP-PAC -actual art. 32.1, segundo párrafo, LRJSP, 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 dicha 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 admisible 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 esas 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 normas de carácter absolutamente regladas, son admisibles supuestos -y se deja constancia ejemplificativa de ello en los 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 las STS de 8 de abril de 2014 y 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 caso que nos ocupa las circunstancias concurrentes permiten coincidir con la Propuesta de Resolución en la no apreciación de los elementos que la normativa vigente exige para el nacimiento de la responsabilidad administrativa.

En efecto, la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 9 de enero de 2014, dictado en el seno del procedimiento sancionador SAN/48/2013, que adoptó de modo cautelar la medida de cierre y precinto de la (...), se produjo por una mera cuestión formal, no haber dado el preceptivo trámite de audiencia antes de tomar el acuerdo, medida cautelar que es calificada en la propia sentencia (FJ 3º) como de «poderosa razón», y que «la sola referencia al peligro derivado de vulneración del exceso sobre

el aforo permitido, constituye una motivación más que suficiente de la situación de peligro real inmediato».

Es decir, siguiendo la jurisprudencia aludida más arriba, en el presente caso se aprecia que la resolución anulada a la que se imputa el daño por el que se reclama se reputa razonable y razonada, lo que excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo, conclusión que se fundamenta en que siendo razonada la decisión, aun cuando fue posteriormente anulada -aunque por cuestiones meramente formales-, no puede deducirse su irrazonabilidad de la mera anulación.

3. A la misma conclusión se llega -razonabilidad de la adopción de la medida de cierre del local- si se tiene en cuenta que el procedimiento sancionador (SAN/48/2013) concluye con el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 15 de mayo de 2014, que resolvió sancionar a la entidad interesada con la sanción de quince mil un euros (15.001 €) y clausura de la actividad por periodo de un mes, por la comisión de la infracción cometida prevista en el art. 62.6 de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias. Contra el anterior Acuerdo municipal, por la entidad reclamante se interpuso el recurso contencioso-administrativo - procedimiento abreviado n.º 28/2014, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º Dos de Las Palmas, que desestimó el recurso interpuesto, confirmando la sanción. Dicha Sentencia devino firme al no haber recurso alguno (art. 81 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

De lo anterior se infiere de la razonabilidad del cierre del local por plazo de un mes acordado, por lo que hay que concluir que no existió daño que la entidad reclamante no tuviera el deber jurídico de soportar, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria de la interesada, es conforme a Derecho al no concurrir los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación patrimonial de la entidad interesada, es conforme a Derecho, tal como se razona en el Fundamento III del presente Dictamen.