



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de junio de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arona 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 y perjuicios causados como consecuencia de la anulación judicial de la resolución administrativa por la que se suspendía la ejecución de las obras de abancalamiento de la parcela (...), situada en la zona denominada (...), del término municipal de Arona y que fueron autorizadas mediante licencia de obra mayor otorgada por la Junta de Gobierno Local con fecha 20 de marzo de 2015 (EXP. 237/2023 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen -solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Arona- tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento administrativo de reclamación en concepto de responsabilidad extracontractual de dicha Administración municipal promovido por (...) y en cuya virtud se solicita la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al interesado como consecuencia de la anulación judicial de la resolución administrativa por la que se suspendía la ejecución de las obras de abancalamiento de la parcela (...), situada en la zona denominada (...), del término municipal de Arona y que fueron autorizadas mediante licencia de obra mayor otorgada por la Junta de Gobierno Local con fecha 20 de marzo de 2015.

2. Es preceptiva la solicitud de dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias [en adelante, LCCC], habida cuenta de que la cantidad reclamada por el interesado [1.648.946 € -

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

folio 2-] supera los límites cuantitativos establecidos por el citado artículo de la LCCC.

Por otra parte, la legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Sr. Alcalde, según lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, LPACAP].

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación la citada LPACAP; los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [en adelante, LRJSP]; el art. 54 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local [en adelante, LRBRL]; la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias [en adelante, LMC].

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. El reclamante ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alega daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de titularidad municipal. Asimismo, el interesado actúa en el procedimiento administrativo a través de diversos representantes, constando debidamente acreditado en el expediente el poder de actuación de estos últimos [art. 5 LPACAP].

4.2. Por otro lado, el Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la producción del daño al funcionamiento anormal de un servicio público de titularidad municipal ex art. 25.2, apartado a) LRBRL.

5. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo segundo, LPACAP. Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Propuesta de Resolución.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio [art. 91.3 de la LPACAP]. En el presente supuesto se ha superado el plazo de seis meses. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [art. 21 de la LPACAP].

7. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario. Por lo que, al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC -en relación con lo dispuesto en los arts. 92 LPACAP y 21.1, letra s) LBRL-, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le corresponde al Sr. Alcalde. Competencia ésta que, de acuerdo con lo dispuesto en el Fundamento de Derecho duodécimo de la Propuesta de Resolución, ha sido delegada a la Teniente de Alcalde del Área de Gobierno de Hacienda y Recursos Humanos [Resolución n.º 2019/4698, de 4 de julio, del Alcalde-Presidente].

II

Constan practicados los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que son los siguientes:

1.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia mediante la presentación de burofax ante el Ayuntamiento de Arona el día 1 de junio de 2018, en el que el representante de (...) « (...) reclama (...) una responsabilidad patrimonial de 1.648.946 euros por los daños y perjuicios causados, por pérdidas de renta y retraso en la plantación, por pérdida de renta por pérdida de oportunidad en la gestión de la obra, por el incremento de los costes de ejecución y financiación de la obra, por pérdida de renta por mantenimiento de los costes fijos de la empresa, y por otros daños y perjuicios, consecuencia de la relación de causalidad existente por la emisión por ese Ayuntamiento de la Orden de suspensión de unas obras que contaban con una licencia municipal en toda regla, concedida por ese mismo Ayuntamiento (...) » y que fue anulada judicialmente.

2.- Con fecha 24 de septiembre de 2018 se acuerda requerir al interesado a fin de que subsane y/o mejore la reclamación formulada. El citado requerimiento es debidamente cumplimentado por el representante del perjudicado el día 15 de octubre de 2018. Junto a las alegaciones formuladas, se acompaña, entre otros, «informe de perjuicios por paralización de obra de acondicionamiento de parcela para cultivo en Arona, S/C de Tenerife», elaborado por Ingeniero Técnico Agrícola con fecha 22 de marzo de 2018; así como acta de presencia -de 18 de octubre de 2016- del notario (...), en la finca agrícola propiedad de (...), sita en la (...), en Parque de la Reina.

3.- Con fecha 27 de febrero de 2019 se emite informe por parte del Servicio de Disciplina, Licencias y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Arona.

4.- Con fecha 25 de junio de 2019 se emite informe del Jefe del Servicio de Disciplina y Gestión Urbanística « (...) relativo a los conceptos, fechas, cálculos

realizados y cuantías del informe pericial presentado por (...), en el que se reclama una indemnización total de 1.648.946 €».

5.- Con fecha 26 de febrero de 2021 se da traslado del siniestro a la compañía aseguradora con la que el Ayuntamiento tiene concertada póliza de seguro para la cobertura de este tipo de eventualidades.

6.- Mediante Resolución n.º 2021/1623, de 2 de marzo de 2021, dictada por la Teniente de Alcalde del Área de Gobierno de Hacienda y Recursos Humanos, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...), se nombra instructora y secretaria del procedimiento administrativo y se concede al interesado un plazo de diez días hábiles « (...) *para que presente cuantas alegaciones, documentos o información estime conveniente a su derecho y proponga cuantas pruebas sean pertinentes*». La precitada Resolución consta debidamente notificada al interesado.

7.- Con fecha 29 de marzo de 2021 el interesado solicita la ampliación del plazo para formular alegaciones. Ampliación que es autorizada -en cinco días hábiles más- mediante Resolución n.º 2021/2853, de 6 de abril, dictada por la Teniente Alcalde del Área de Gobierno de Hacienda y Recursos Humanos. Consta en el expediente la notificación en debida forma de la resolución que autoriza la ampliación del plazo para formular alegaciones.

8.- Con fecha 9 de abril de 2021 se persona en las actuaciones la representante de la compañía aseguradora municipal, presentando escrito de alegaciones en el que solicita la desestimación de la pretensión resarcitoria planteada por el perjudicado. Asimismo, interesa la práctica de la prueba pericial consistente en la aportación -una vez sea confeccionado- de dictamen por parte del Gabinete (...).

9.- Con fecha 12 de abril de 2022 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia al interesado, concediéndole a éste un plazo de diez días hábiles para que formulara alegaciones y presentase cuantos documentos y justificaciones estimara pertinentes. El otorgamiento del citado trámite consta convenientemente notificado al interesado.

10.- Con fecha 12 de mayo de 2022 el reclamante solicita que se le dé traslado del dictamen pericial elaborado por el Gabinete (...) -previo encargo de la Aseguradora municipal- y que se suspenda el plazo concedido para el evacuar el trámite de audiencia.

11.- Con fecha 18 de octubre de 2022 la representante de la Aseguradora municipal aporta a las actuaciones informe pericial [*«informe para la determinación del lucro cesante de una explotación de plataneras ubicada en el término municipal de Arona (Tenerife)»*] elaborado por Ingeniero Agrónomo adscrito al Gabinete (...), con fecha 8 de noviembre de 2021.

12.- Con fecha 23 de marzo de 2023 se acuerda, nuevamente, la apertura del trámite de audiencia al interesado, dando traslado del informe pericial aportado por la Aseguradora municipal -junto con el resto del expediente- y concediendo al reclamante un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones y/o presentar cuantos documentos estimase oportunos. Este trámite figura debidamente notificado al interesado.

13.- Con fecha 19 de abril de 2023 el representante del perjudicado formula escrito de alegaciones interesando la estimación de su pretensión resarcitoria.

14.- Con fecha 20 de abril de 2023 el órgano instructor solicita al Servicio de Disciplina y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Arona la emisión de informe en relación con las alegaciones presentadas por el perjudicado. El precitado informe es evacuado el día 26 de abril de 2023, ratificándose íntegramente el Servicio en lo ya manifestado en su informe de 25 de junio de 2019.

15.- Con fecha 9 de mayo de 2023 se emite Informe-Propuesta de Resolución en cuya virtud se plantea la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) *« (...) al no quedar acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio municipal»* -apartado primero de la parte dispositiva-.

16.- Mediante oficio con registro de entrada en esta Institución consultiva el día 16 de mayo de 2023, se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC].

III

1. Tal y como se indica en la Propuesta de Resolución, *«el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia mediante escrito presentado por el representante de (...), formulado ante la Administración municipal con fecha 01/06/2018, por el que solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados por pérdidas de renta y retraso en la plantación, pérdida de renta, de oportunidad en la gestión de la obra, por el incremento de los costes de ejecución y financiación de la obra, mantenimiento de los costes fijos de la empresa, y por otros daños y perjuicios, derivados de la orden de suspensión de unas obras*

que contaban con licencia municipal con Exp nº 127/ (...). Reclama una indemnización por importe total de 1.648.946,00€.

Tal como se expone en el informe del Jefe del Servicio de Disciplina, Licencias y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Arona, (...), la reclamación deviene de la licencia municipal de obra mayor concedida para el abancalamiento de la Parcela 48, del Polígono 3 del Catastro de Rústica, situada en la zona denominada "(...)".

A raíz de la denuncia formulada por la Guardia Civil fechada el 25/06/2015, presentada en este Ayuntamiento el día 7 de agosto de ese mismo año, que señalaba que "los trabajos que se están llevando a cabo en el terreno no se ajustan a lo autorizado, ya que los taludes tienen una profundidad superior a los ocho metros", se procedió a la paralización de las obras mediante la orden de suspensión de fecha 05/09/2015. Según consta en el informe pericial aportado, la paralización fue efectiva el día 08/12/2015 al incoarse el procedimiento 33/2016 DURBAN, resolviéndose el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de las actuaciones, hasta el día 10/10/2017, fecha en la que se notifica al interesado la Resolución 6758/2017, de 28 de septiembre, en virtud de la cual se acusa recibo de la firmeza de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 18/07/2017 (Proced. Rec. Apelación n.º 215/2016), que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia, recaída en el Procedimiento Ordinario 395/2015, del Juzgado Contencioso Administrativo n.º 2 de S/C de Tenerife, y se decreta el levantamiento de la medida cautelar» [apartado 1.º del Fundamento de Derecho octavo].

Así pues, la presente reclamación extrapatrimonial trae causa de la anulación judicial de la orden de suspensión -de 5 de septiembre de 2015- de la ejecución de las obras objeto de la licencia municipal de obra mayor concedida por la Junta de Gobierno Local, con fecha 20 de marzo de 2015, a (...) para el abancalamiento de la parcela 48, del polígono 3, situada en la zona denominada (...) del término municipal de Arona. Y en cuya virtud se « (...) reclama (...) una responsabilidad patrimonial de 1.648.946 euros por los daños y perjuicios causados, por pérdidas de renta y retraso en la plantación, por pérdida de renta por pérdida de oportunidad en la gestión de la obra, por el incremento de los costes de ejecución y financiación de la obra, por pérdida de renta por mantenimiento de los costes fijos de la empresa, y por otros daños y perjuicios, consecuencia de la relación de causalidad existente por la emisión por ese Ayuntamiento de la Orden de suspensión de unas obras que contaban con una licencia municipal en toda regla, concedida por ese mismo Ayuntamiento (...) ».

Frente a lo interesado por el reclamante, la Propuesta de Resolución confeccionada por el órgano instructor plantea la desestimación de la pretensión resarcitoria interpuesta en los siguientes términos: «para que exista responsabilidad patrimonial indemnizable, el daño ha de ser real y efectivo, lo que ha (de) ser probado por

el que lo alega, de acuerdo con el art. 32.1 citado de la LPACAP, sin embargo, el reclamante no ha aportado con la reclamación ni a lo largo del procedimiento, ninguna prueba que acredite los daños alegados, ni de la documentación presentada a efectos probatorios, ni en los escritos de alegaciones presentados, en los dos trámites de audiencias otorgados, respecto a la justificación documental del daño efectivo y cuantificación del lucro cesante, por lo que, el que reclama no prueba el perjuicio realmente sufrido (...)».

Y ello con fundamento en las consideraciones expuestas en el informe de 25 de junio de 2019, elaborado por el Jefe del Servicio de Disciplina y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Arona -art. 88.6 LPACAP-, en el que se indica cuanto se expone a continuación:

«Primero.- La Junta de Gobierno Local, en la sesión celebrada el día 20 de marzo de 2015, acordó otorgar a (...) licencia municipal de obra mayor para el abancalamiento de la Parcela 48, del Polígono 3 del Catastro de Rústica, situada en la zona denominada "(...)».

A raíz de la denuncia formulada por la Guardia Civil fechada el 25 de junio de 2015, presentada en este Ayuntamiento el día 7 de agosto de ese mismo año (RE n.º 74611), en la que se señalaba que "los trabajos que se están llevando a cabo en el terreno no se ajustan a lo autorizado, ya que los taludes tienen una profundidad superior a los ocho metros", se procedió a la paralización de las obras mediante la orden de suspensión fechada el día 5 de septiembre de 2015. Según consta en el informe pericial aportado, la paralización fue efectiva el día 8 de diciembre de 2015. Incoado el procedimiento 33/2016 DURBAN, se resolvió el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de las actuaciones, que se mantuvo hasta el día 10 de octubre de 2017, fecha en la que se notifica al interesado la Resolución 6758/2017, de 28 de septiembre, en virtud de la cual se acusa recibo de la sentencia recaída en el procedimiento 339/2015 y se decreta el levantamiento de la medida cautelar.

Segundo.- Como consecuencia de la paralización anterior, el titular de la licencia presenta solicitud de reclamación patrimonial al Ayuntamiento, que cifra en UN MILLÓN SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS (1.648.946,00 €), cantidad que se justifica en virtud de la peritación emitida por (...) (Ingeniero Técnico Agrícola), fechada en marzo de 2018.

Al respecto de la referida peritación, y antes de entrar en la valoración de su contenido, es necesario realizar algunas observaciones previas:

(...)

- Según consta en la referida peritación, el valor de los presuntos daños ocasionados por la paralización de la obra ascenderla a la cantidad de 1.628.957,68 €, mientras que la reclamación patrimonial solicitada lo es por 1.648.946,00 €, lo que supone un incremento de*

19.998,32 € sobre la contabilizada en la peritación. No consta, entre la documentación remitida a este Servicio, ningún documento que justifique ese incremento en la valoración de los presuntos daños.

(...)

Tercero.- Según consta en la página 5 de la pericial aportada, los “daños directos cuantificables que se han sufrido por la paralización de la obra” quedarían agrupados en tres conceptos:

5. Pérdida de explotación (Pplant): entendida como la pérdida de renta imputable al retraso en la plantación y explotación de la finca, cifrada en 371.998,25 €.

6. Pérdida de oportunidad de negocio (Pneg): definida como la pérdida de beneficio que se deriva de no poder aprovechar la venta del residuo excedente como material aprovechable en la obra del Muelle de Granadilla, que alcanzaría los 826.416,80 €.

7. Pérdida por coste de financiación (Pfin): conceptuada como el incremento de la inversión que es necesario afrontar para finalizar la obra, y que se elevarla a la cantidad de 1.256.959,43 €.

Sin embargo, siendo esos los conceptos que se utilizarían para el cálculo de los hipotéticos “daños directos” ocasionados (según se señala en la página 5 del informe pericial), la cuantificación y valoración de los mismos se realiza de una manera algo confusa y desordenada, hasta el punto de que para el cálculo final de los presuntos daños generados (página 14) solo se utilizan los conceptos de pérdida de explotación (Pplant) y pérdida por coste de financiación (Pfin), a pesar de que este último aparece identificado como “Pneg”.

En cualquier caso, para evidenciar la falta de rigor que presenta el informe pericial aportado (errores conceptuales, cálculos distorsionados, falta de datos probatorios, etc.) y la desorbitada cantidad final a la que, a juicio de su autor, se eleva la valoración de los hipotéticos daños causados, se abordarán y analizarán en el presente informe cada uno de los conceptos y cálculos efectuados:

I. Pérdida de explotación (371.998,25 €)

Tratándose de una hipotética ganancia que se ha dejado de percibir por no poder poner en explotación la finca agrícola en los plazos previstos, este presunto daño habría que conceptuarlo como lucro cesante. El cálculo que por este concepto contiene el informe pericial se basa en meras presunciones y conjeturas poco verosímiles, no quedando suficientemente justificado que los beneficios dejados de obtener sean ciertos y acreditados; ello por varios motivos:

a) Porque la cifra obtenida queda referida a la pérdida de beneficios durante cuatro años completos (correspondientes a cuatro campañas agrícolas), mientras que la paralización de las obras duró poco más de 1 año y 10 meses. Por tanto, no existe una relación directa

entre el tiempo de paralización de la obra (22 meses) y el tiempo sobre el que se proyecta la hipotética ganancia dejada de obtener (48 meses).

b) Porque el cálculo de los posibles beneficios no obtenidos se basa en una plantación intensiva de invernadero (página 5 del informe pericial), mientras que la obra autorizada que fue objeto de paralización no contemplaba tal instalación durante los primeros años de la explotación, desarrollándose el cultivo al aire libre (página 9 del proyecto autorizado "ANEJO PROYECTO: EXPLANACIÓN Y ACONDICIONAMIENTO DE PARCELA EN MTÑA. CHO").

c) Porque el cálculo de los beneficios que se obtendrían de la explotación agrícola (269.346 €/año) se basa en una producción plena durante cuatro años, sin tener en cuenta posibles variables o contingencias (adversidades climatológicas, plagas y enfermedades, fluctuaciones del mercado, subvenciones, etc.). Es inverosímil que una explotación agrícola arroje exactamente la misma producción a pleno rendimiento y el mismo beneficio anual -sin variar ni un céntimo- durante cuatro años consecutivos.

d) Porque no se aporta ningún documento probatorio que demuestre o acredite que los datos empleados en los cálculos (medias de producción, precios de mercado, etc.) sean ciertos y objetivos. El perito se limita a realizar una serie de cálculos aritméticos utilizando valores cuya fuente no cita, y que no sustenta con datos directos o estadísticos.

Entrando en el análisis los cálculos numéricos de la producción estimada y de los beneficios dejados de percibir (página 7 del informe pericial), se comprueba que están basados en datos que no se corresponden con los valores estadísticos de referencia, publicados por diferentes organismos oficiales. A saber:

El cálculo se basa en una explotación cuya producción anual estimada alcanzarla la cantidad de 336.682,50 kg durante los años 2015 a 2018, lo que supondría una media anual de 58.333,25 kg/ha, en atención a la superficie de cultivo (5,772 ha). Tal media de producción anual resulta absolutamente desorbitada si atendemos a los datos estadísticos publicados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en cuanto al rendimiento del cultivo de plataneras en la provincia de Santa Cruz de Tenerife de los últimos años (ANEXOS III, IV y V)

- Año 2015: 43.600 kg/ha, lo que supone un 25% menos que la media empleada en el peritaje.

- Año 2016: 47.799 kg/ha, que supone un 18% menos que la media utilizada en el informe pericial.

- Año 2017: 47.951 kg/ha, que representa igualmente un 18% menos que la media que el perito emplea en su informe.

Los datos referidos al año 2018 aún no han sido publicados.

2. El precio medio de venta del plátano en explotación que emplea el perito en sus cálculos (0,80 €/kg) es aún más desorbitado que las medias de producción anual analizadas en el apartado anterior. Si atendemos a los precios medios de venta publicados por diferentes organismos oficiales (ANEXOS VI y VII), la realidad es bien diferente:

- Año 2015: 0,4356 €/kg (fuente: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación); es decir, un 46% menos que el precio de venta empleado en el peritaje.

- Año 2016: 0,3701 €/kg (fuente: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), lo que supone un 54% menos que el precio de venta que utiliza el perito en su informe.

- Año 2017: 0,4580 €/kg (fuente: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), que representa un 43% menos que el precio de venta utilizado el informe pericial.

- Año 2018: 0,66 €/kg (fuentes: ISTAC y Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas del Gobierno de Canarias), lo que supone un 18% menos que el precio empleado por el perito en sus cálculos.

3. Al resultado del beneficio por campaña obtenido de los erróneos cálculos de producción media y precio de venta evidenciados en los apartados precedentes, el perito le aplica un incremento basado en la evolución anual del IPC, pero lo hace de manera equívoca, innecesaria y con valores incorrectos:

- Equívoca porque utiliza un método carente de toda lógica. En lugar de partir de un valor concreto asociado a un año determinado, para luego ir variándolo gradual y anualmente al alza o a la baja en función del índice aplicable, el perito toma el mismo beneficio calculado para los cuatro años (91.355,17 €/campaña) y le aplica el IPC correspondiente a cada año.

- Innecesaria porque carece de sentido aplicar el IPC de cada año, por cuanto se trata de una valoración retrospectiva que se realiza cuando ya se conocen los precios de mercado durante los años anteriores. Carece de todo sentido realizar una valoración basada en datos estimativos cuando se conocen los datos reales y objetivos.

- Con valores incorrectos porque, como parece ser la tónica habitual en la peritación realizada, emplea datos sin justificar su procedencia y sin que éstos se correspondan con los reales. Así ocurre con los valores del IPC que utiliza para cada año natural entre 2014 y 2016, que no se corresponden con las medidas estadísticas publicadas por el INE (ANEXOS VIII a X): (i) mientras que el índice publicado oficialmente para el año 2014 se situó en -0,2, el perito utiliza un índice de +0,3% (incrementa en 5 décimas el IPC aplicable); (ii) el índice correspondiente al año 2015 se situó en +0,9% según los datos del INE, pero en el informe pericial ese índice se incrementa hasta el +1,7% (8 décimas por encima); (iii) y mientras que el valor oficial del IPC del año 2016 fue de +3,3%, el perito lo incrementa en 2 décimas hasta subirlo al +3,5%.

Queda probado, a la vista de lo expuesto, que el hipotético daño causado por la demora en la explotación de la finca ha sido obtenido sobre premisas inconsistentes y rechazables: proyecciones temporales improcedentes; datos abultados, tanto en lo referido a la producción de la finca como a los precios de venta empleados; cálculos basados en escenarios idílicos y en una explotación bajo invernadero, cuando la autorizada se desarrollaba al aire libre; valores inexactos del IPC y aplicación errónea de los mismos, etc. En consecuencia, la indemnización solicitada por este concepto debe ser rechazada en todos sus términos, en tanto que se basa en un cálculo por lucro cesante que no resulta cierto ni objetivo, basado en meras conjeturas y especulaciones no probadas, y en el que ni siquiera se emplean los datos estadísticos ya conocidos, sino otros no probados y absolutamente inflados para incrementar exponencial e interesadamente el resultado final.

II. Pérdida de oportunidad de negocio (826.416,80 €)

A diferencia de lo que sostiene el perito informante, esta pérdida no puede ser conceptualizada, de ninguna manera, como “daño directo”, en tanto que dicho perjuicio no lo habría sufrido directamente el promotor de la obra, sino la empresa de gestión de áridos contratada por él, que “se comprometía a la ejecución de la obra completa sin coste alguno para el propietario” (página 8 del informe pericial), se sobreentiende que a cambio de la venta del excedente en el Puerto de Granadilla. Téngase en cuenta que no hay ninguna constancia de que el demandante de la reclamación patrimonial sea gestor autorizado y cuente con las autorizaciones necesarias para el aprovechamiento de los residuos geológicos. Estaríamos, por tanto, ante un hipotético daño indirecto del que no derivaría ninguna indemnización a favor del interesado ya que, en lo que se refiere a la pérdida de oportunidad de negocio con los residuos, no habría sido el sujeto directamente perjudicado por la paralización de la obra. (...) .

Al margen de ese error conceptual, el cálculo valorativo de este presunto daño contiene numerosos errores y datos que no se corresponden con la realidad. Veamos:

1. Todos los cálculos se basan en un estudio topográfico comparativo entre el estado del terreno antes del comienzo de la obra y el estado en el momento de la paralización, del que se desprende que, respecto del proyecto aprobado, faltan por extraer como excedentes un total 1.908,79 m³ de áridos. Sin embargo, el cálculo de ese excedente se distorsiona en el informe pericial al añadirle, en concepto también de excedente, el volumen de tierra de cultivo en la cantidad de 34.500,00 m³ previsto en el proyecto aprobado, para arrojar un excedente total de 36.408,79 m³.

El error que comete el perito es manifiesto. La cantidad de tierra de cultivo que es necesaria para la explotación agrícola (34.500,00 m³) no es ningún excedente; se trata de tierra que debe permanecer en el lugar para servir de soporte a los cultivos. Por tanto, no

estamos ante ningún sobrante o excedente de tierra que haya que retirar de la parcela y con el que se pudiera generar ninguna oportunidad de negocio mediante su venta.

El perito utiliza el volumen total de 36.408,79 m³, resultante de la sumatoria de los áridos y de las tierras que según sus cálculos quedan por extraer, para calcular la supuesta pérdida de negocio con su venta en la obra del Puerto de Granadilla, que cifra en 460.761,80 € (inicio de la página 10). Puesto que el único excedente computable sería el correspondiente al de los áridos (1.908,79 m³), nunca el de la tierra, la hipotética pérdida del negocio se cuantificaría, en el mejor de los casos para el interesado y utilizando los mismos datos de densidad (1,8 Tn/m³) y precio unitario (7,03 €/Tn) que emplea el perito en su informe, en 24.153,83 € (1.908,79 m³ x 1,8 Tn/m³ x 7,03 €/Tn). Es decir, apenas un 5% de la cantidad estimada en el informe pericial.

En resumen: el cálculo efectuado en el informe pericial es tan desorbitado como absurdo, ya que la tierra fértil que se utilizará para la explotación de la finca no puede conceptuarse como un residuo o excedente de la obra susceptible de ser extraída para su venta; es todo un sinsentido. En el informe se incrementa interesadamente el volumen de excedentes susceptibles de ser comercializados, conceptuando la tierra de cultivo como un residuo que debe ser extraído de la parcela, hasta estimar un daño que cuantifica en 460.761,80 €, en lugar de los 24.153,83 € obtenidos con un cálculo mínimamente riguroso, que no incluye como pérdida de negocio aquello que no iba a ser vendido. Con esta argucia, el perito MULTIPLICA POR 19 el hipotético daño sufrido, es decir, lo incrementa en un 1.900%.

2. A la valoración del presunto daño señalada en el número anterior, cifrada en los señalados 460.761,80 € en concepto de pérdida de negocio por no poder vender la tierra fértil, el perito le añade también el coste que supondría obtener la tierra fértil para su incorporación a la parcela, que cuantifica en 365.700,00 €. En los términos planteados en el informe pericial, no se trataría de ninguna pérdida de negocio, sino de una partida cuantificable como coste.

Al margen del evidente error conceptual en que incurre el perito, la valoración del daño debe ser desestimada de plano por una simple razón: porque el volumen de 34.500,00 m³ de tierra fértil prevista en el proyecto no supone ningún coste por adquisición para la ejecución de la obra, ya que se trata de un material reutilizable procedente de la propia obra. No es ningún aporte exterior, porque ese volumen de tierra fértil estaba previsto en el proyecto autorizado como material ya presente en el lugar y que permanecería en la parcela para su uso posterior.

La valoración del presunto daño derivado de la imposibilidad de vender los excedentes en la obra del Puerto de Granadilla, sustentado fundamentalmente sobre el volumen de la tierra fértil, no solo es inaceptable puesto que el destino de dicha tierra fértil no era su venta como residuo (tal y como se ha argumentado anteriormente), sino también porque es

cuantificado por partida doble: como pérdida de negocio y como coste de ejecución. Se trata de una duplicidad tan inadmisibile como absurda, ya que no puede computarse dos veces el mismo concepto.

Visto lo expuesto hasta este momento, la indemnización del presunto daño derivado de una pérdida de negocio que consistía en vender los áridos excedentes en la obra del Puerto de Granadilla también debe ser rechazada en todos sus términos, no solo porque no se trata de un daño directo que haya soportado el promotor de las actuaciones, sino también porque su cuantificación parte de errores conceptuales, datos de procedencia infundada y duplicidades, que distorsionan abultada y exageradamente el resultado final. Ello sin perjuicio de lo que se argumentará en el apartado siguiente, en el que se evidencia que el negocio de la venta de áridos ya se ha producido y los beneficios ya han sido obtenidos.

III. Pérdida por coste de financiación (1.256.959,43 €)

En este concepto, la pericial aportada vuelve a incurrir en evidentes errores, incoherencias y absurdos:

1. Conviene recordar que el presupuesto de ejecución material de la totalidad de la obra, consignado en el proyecto aprobado, ascendía a la cantidad de 658.128,80 €, que arrojaría un presupuesto por contrata de 837.995,40 € (considerando un beneficio industrial del 6%, unos gastos generales del 13% y un IGIC del 7%). A diferencia de lo que intenta sostener el perito en varias ocasiones a lo largo de su informe, este presupuesto no es el resultado de un cálculo efectuado por los técnicos municipales con afán recaudatorio, sino que ES EL PRESUPUESTO CONSIGNADO EN EL PROYECTO DE OBRA PRESENTADO POR EL INTERESADO Y QUE SIRVIO DE BASE PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA (página 23 de la Memoria).

Si fueran ciertos los cálculos del perito (que no lo son, como se demostrará más adelante), el porcentaje de obra que resta por ejecutar se cifra en un 58,55% (página 9 del informe), cuyo coste ascendería a la cantidad de 1.875.272,88 € sin incluir gastos de financiación (página 11 del informe). Por tanto, si ese es el coste correspondiente al 58,55% de la obra, el importe por la totalidad de la misma (100%) se elevaría a 3.202.857,18 €, es decir, un 382% más que el presupuesto consignado en el proyecto aprobado.

Resulta inaceptable que en el proyecto que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia se consignara un presupuesto (que además sirvió como base imponible a efectos tributarios), y ahora, a los efectos de reclamar una responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento, se alegue que el presupuesto de la obra es casi cuatro veces superior. A todos los efectos, el único presupuesto válido como coste total de la obra es el establecido en el proyecto autorizado: 658.128,80 € de presupuesto de ejecución material, equivalente a un presupuesto por contrata de 837.995,40 €.

2. El interesado no solicita una indemnización equivalente al coste añadido que supondría terminar la obra con un año y diez meses de retraso (tiempo durante el cual las actuaciones permanecieron paralizadas por orden municipal). Lo sorprendente, y totalmente inadmisibles, es que el interesado pretenda que el Ayuntamiento le sufrague la totalidad de la obra que resta por ejecutar, incluidos los intereses de financiación de la misma. Si existiera (que no es el caso, como se demostrará en el apartado siguiente), la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento se circunscribiría únicamente al sobrecoste que supondría la terminación de la obra con el retraso señalado, es decir, que se cuantificaría exclusivamente el incremento que experimentaron los precios durante el año y diez meses de paralización. Lo que resulta absolutamente estrambótico es insinuar siquiera que sea el Ayuntamiento el que corra con todos los gastos para terminar la obra.

3. Según consta en el documento titulado “SEGUIMIENTO AMBIENTAL DEL PUERTO DE GRANADILLA EN FASE DE OBRAS- INFORME ANUAL 2015”, elaborado por el Observatorio Ambiental de Granadilla (ANEXO XI), la cantidad total de residuos provenientes de la obra promovida por (...) (ejecutada al amparo de la licencia 127/2014 OBMAYOR) y aportados a la obra del Puerto de Granadilla durante el año 2015, se situó en 231.467,00 Tn (página 193 del documento referenciado). Utilizando los mismos parámetros que emplea el perito en la página 10 de su informe en cuanto a densidad (1,8 Tn/m³) y precio unitario de venta de residuos (7,03 €/Tn), esa cantidad de excedentes aportada a la obra portuaria arroja las siguientes cifras:

- A la obra del Puerto de Granadilla fueron aportados, solo durante el año 2015, 128.592,78 m³ de residuos proveniente de la obra que nos ocupa. Teniendo en cuenta que esa cantidad representa el 70% del excedente de áridos previsto en el proyecto autorizado (183.269,12 m³), cabe concluir que el porcentaje de obra que resta por ejecutar rondaría el 30%, muy lejos del 58,55 % que se señala en el informe pericial para calcular el coste de la obra restante.

- El beneficio obtenido por la venta de esos residuos a la obra portuaria alcanzó la cantidad de UN MILLÓN SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS TRECE EUROS Y UN CÉNTIMO (1.627.213,01 €). Es decir, que sólo con la comercialización del 70% del excedente producido en la obra ya se obtuvo casi el doble del coste total de la misma, que se hallaba cifrado en 837.995,40 €, generándose además un beneficio adicional de 789.217,61€.

De estos dos datos no solo se infiere que el perito yerra en los cálculos que interesadamente efectúa en cuanto al porcentaje de la obra que resta por ejecutar y su coste económico, sino lo que es más importante: EL INTERESADO NO HA SUFRIDO NINGÚN DAÑO PATRIMONIAL DERIVADO DE LA PARALIZACIÓN DE LA OBRA, YA QUE CON LA GANANCIA OBTENIDA SOLO POR LA VENTA DE EXCEDENTES DURANTE EL AÑO 2015. LOS COSTES DE LA EJECUCIÓN ESTÁN SOBRADAMENTE CUBIERTOS Y, ADEMÁS, SE HA GENERADO UN BENEFICIO

ADICIONAL, ya sea directamente para el promotor, ya lo sea para la empresa gestora de residuos contratada para ejecutar la obra sin coste para él (página 8 del informe pericial).

Se concluye, a la vista de lo expuesto, que el capital necesario para la finalización de la obra ya ha sido previa y sobradamente obtenido mediante la venta de parte de los residuos procedentes de la propia obra; además, dicho negocio ha generado un excedente de beneficio, descontando la financiación de la totalidad de las actuaciones, equivalente al presupuesto consignado en el proyecto autorizado. Es decir, que con la simple venta de los residuos extraídos de la obra han generado un capital que permitiría ejecutar la obra.

Cuarto.- La permanencia de la maquinaria en el lugar de las actuaciones paralizadas, de la cual se deja constancia en el Acta de Presencia notarial de fecha 18.10.2016, es absolutamente irrelevante en la reclamación patrimonial objeto del presente informe; ello, fundamentalmente, por varios motivos:

I. Porque que entre la documentación remitida desde la Secretaría General no obra ningún documento en el que se incluya algún concepto de la reclamación relacionado con dicha maquinaria. Tan solo se aporta el acta de Presencia antes mencionada.

II. Porque aún en el hipotético caso de que se pretendiera obtener algún tipo de indemnización por la presencia de la maquinaria en el lugar de las actuaciones, durante el tiempo de paralización, habría que desestimarla en tanto que, no existía ningún impedimento legal para poder retirar del lugar la maquinaria inmovilizada. Por tanto, si dicha maquinaria permaneció en el lugar fue por voluntad del titular de la licencia y/o la empresa encargada de la ejecución de la obra, que en ningún momento solicitaron el levantamiento del precinto para retirar la maquinaria. El Ayuntamiento, en virtud de lo dispuesto en la entonces vigente Ley 30/1992 RJAPPAC (artículo 72.4), no se hubiera opuesto a la retirada de la maquinaria del lugar de las actuaciones, si así se hubiera solicitado expresamente, ya que la suspensión ordenada tenía por única finalidad que las obras no continuaran en ejecución, no retener inmovilizada la maquinaria de manera indefinida».

El informe reproducido se acompaña de los siguientes anexos: anexo II: Presupuesto de Ejecución de la Obra según el Proyecto aprobado -folio 56-; anexo III: Rendimiento medio de Cultivos de Plataneras - Año 2015 -folio 57-; anexo IV: Rendimiento medio de Cultivos de Plataneras - Año 2016 -folio 58-; anexo V: Rendimiento medio de Cultivos de Plataneras - Año 2017 -folio 59-; anexo VI: Precio medio de Venta de Plátano en explotación - Años 2015, 2016 y 2017 -folio 60-; anexo VII: Precio medio de Venta de Plátano en explotación - Año 2018 -folio 61-; anexo VIII: Variación del IPC - Año 2014 -folio 62-; anexo IX: Variación del IPC - Año 2015 -folio 63-; anexo X: Variación del IPC - Año 2016 -folio 64-; y anexo XI: Extracto del

informe anual sobre el seguimiento ambiental del Puerto de Granadilla – Año 2015 - folios 65 y 66-.

2. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente este Consejo Consultivo de Canarias [Dictamen 178/2019, de 16 de mayo, entre otros], *«de acuerdo con el art. 32.1 LRJSP, «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización». Por lo que, en este sentido, la normativa ya establece como principio general del instituto de la responsabilidad patrimonial la posibilidad de que la Administración se pueda ver exonerada de la obligación de resarcir el daño causado. Este Consejo, en consecuencia, ha de analizar si en el presente caso cabe deducir responsabilidad de la Administración municipal por haber adoptado una Resolución luego declarada contraria a Derecho por una sentencia contencioso-administrativa»*. Advirtiéndole que *«para que exista responsabilidad patrimonial indemnizable el daño ha de ser real y efectivo, lo que ha de ser probado adecuadamente»*, de conformidad con los principios generales de distribución de la carga de la prueba [art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil].

Singularmente, y en lo que se refiere a la acreditación del lucro cesante, este Organismo consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente [véase el Dictamen 271/2022, de 6 de julio, con cita del 153/2020, de 1 de junio]:

«El Tribunal Supremo ha sido muy riguroso analizando la teoría del enriquecimiento injusto, advirtiéndole de la imposibilidad de lucrarse por causa de una responsabilidad de la Administración:

“Tanto el daño emergente como el lucro cesante deben ser probados por el reclamante y no cabe, desde luego, que la responsabilidad patrimonial se constituya en motivo de lucro, ni que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico” (STS de 5 de junio de 1998).

A mayor abundamiento, en el Dictamen 900/2010, de 20 de diciembre, entre otros, este Organismo ha manifestado lo siguiente:

“Así, se puede entender por lucro cesante aquella lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un hecho lesivo causado por un funcionamiento anormal de un Servicio público.

Asimismo, el Tribunal Supremo exige, además, la prueba de la realidad de los daños a la hora de determinar el lucro cesante; así, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 1989 (RJ 1989/809), establece que “(e)n consecuencia, se trata de daños eventuales o meramente posibles, resultado de un cálculo apoyado en factores inciertos. En consecuencia, esta falta de certeza, unida a la no aportación de prueba alguna justificadora de lo pedido, conduce inexcusable el rechazo de esta partida, como así se formula en la propuesta de resolución”.

En este supuesto que analizamos, el lucro cesante reclamado no deja de ser un daño eventual basado en un cálculo apoyado en valores inciertos, por lo que debe ser rechazada la reclamación formulada por este concepto».

En efecto, como se indica en la sentencia n.º 2647/2016, de 15 de diciembre de 2016, de la Sección quinta, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, «*la jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios. Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006, en la que se dice que “la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas” (STS 20 febrero de 2015)*».

En definitiva, «*(...) constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que excluye como elemento indemnizable las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, esto es, ganancias dejadas de percibir que aunque posibles, por derivar de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre, merecen el calificativo de inciertas (sentencias de 12 de mayo de 1997 -recurso de casación 670/1994-; 15 de noviembre de 2002 -recurso de casación 5974/1998-; 24 de marzo de 2004 -recurso de casación 593/2000-; 18 de abril de 2005 -recurso de casación 5568/2002-; y 11 de enero de 2008 -recurso de casación 1190/2002 -)» (sentencia de 5 de noviembre de 2010, de la Sala Tercera, sección 6ª, del Tribunal Supremo - Rec.1767/2006-)».*

3. Trasladadas las precedentes consideraciones con vistas a determinar si en el presente supuesto concurren los requisitos sobre los que se sustenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal, cumple concluir, compartiendo el criterio expuesto por el órgano instructor del procedimiento en la Propuesta de Resolución que ahora se analiza, que no procede declarar la

responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Arona, al no haberse acreditado la realidad/efectividad del daño alegado por el reclamante.

Ciertamente, una vez contrastadas las alegaciones y el material probatorio aportado a las actuaciones por el reclamante [significativamente, lo expuesto en el informe pericial rubricado por ingeniero técnico agrícola con fecha 22 de marzo de 2018] y las consideraciones efectuadas por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución -con remisión al informe evacuado por el Servicio de Disciplina y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Arona, de 25 de junio de 2019-, se constata la falta de acreditación de la realidad de los daños y perjuicios presuntamente derivados de la anulación judicial de la resolución administrativa por la que se suspendía la ejecución de las obras de abancalamiento de la parcela (...), situada en la zona denominada (...) del término municipal de Arona y que fueron autorizadas mediante licencia de obra mayor otorgada por la Junta de Gobierno Local con fecha 20 de marzo de 2015.

La solidez argumental del informe técnico evacuado por el Arquitecto Municipal [en el que, de forma minuciosa y convenientemente documentada, viene a ilustrar/razonar las diversas deficiencias e incorrecciones existentes en la metodología empleada y en las conclusiones que se alcanzan en el informe pericial aportado por el reclamante -y en el que éste basa su pretensión-], no sólo sirve para poner de manifiesto la falta de acreditación de los daños y perjuicios alegados por el perjudicado, sino que, además, no aparece refutado mediante alegación y/o instrumento probatorio en contra. Circunstancias éstas que conducen a formar nuestra convicción respecto a la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución analizada -con arreglo a las reglas de la sana crítica-, debiendo, en consecuencia, desestimarse la reclamación extrapatrimonial planteada frente al Ayuntamiento de Arona.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública municipal, se entiende que es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento III de este Dictamen.