Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 1 / 2 0 2 5

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 27 de marzo de 2025.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por los daños que se derivan de la Resolución n.º 47319/2019, de 6 de noviembre, dictada por la Dirección General de Edificación y Actividades del Área de Gobierno de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental (EXP. 63/2025 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, iniciado tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados por la Resolución n.º 47319/2019, de 6 de noviembre, dictada por la Dirección General de Edificación y Actividades del Área de Gobierno de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental, que fue anulada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, número 101/2022, de 19 de mayo (procedimiento ordinario 18/2020).

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 la interesada [43.622,00 €] supera los límites cuantitativos establecidos por el precitado artículo de la LCCC, en la redacción dada por la disposición final sexta de la Ley 5/2024, de 26 de diciembre,

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2025, que establece para los Ayuntamientos la cuantía de 20.000 €.

Por otra parte, la legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, 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 de la Propuesta de Resolución formulada resultan de aplicación la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (LMC).

4. En lo que se refiere al análisis de la legitimación activa y pasiva en este asunto, cabe señalar que:

4.1. En el procedimiento incoado la entidad mercantil reclamante tiene la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP], puesto que reclama por el perjuicio económico que se dice derivado de la referida Resolución por la que se le denegó la solicitud de ocupación del dominio público mediante la instalación de una terraza en la calle (...), esquina calle (...), en la actualidad calle (...).

4.2. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración municipal dada su competencia sobre el servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño [arts. 25.2.d) y 26.1.a) LRBRL].

5. 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, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde a la Sra. Alcaldesa, sin perjuicio de las delegaciones que ésta pueda efectuar en otros órganos municipales.

6. El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en el interesado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 32.2 LRJSP.

7. El procedimiento se inició dentro del plazo de un año desde la producción del daño, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 24 de mayo de 2023 respecto de unos daños que se dicen ocasionados al anularse, por la

mencionada Sentencia, la Resolución n.º 47319/2019, de 6 de noviembre. Esta sentencia le fue notificada a la interesada el día 24 de mayo de 2022.

8. El plazo legal establecido para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses, transcurridos los cuales, si no hay resolución expresa, se produciría o habría producido silencio administrativo con efecto desestimatorio (art. 91.3 LPACAP). En el presente caso, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. No obstante, la Administración sigue estando obligada a resolver y notificar su resolución al interesado de manera expresa [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en el escrito de *reclamación se manifiesta lo siguiente:*

«En efecto, por Resolución nº 47319/2019, de 6 de noviembre, dictada por esa Administración, se puso fin a la vía administrativa denegándose la solicitud de mi mandante -de ocupación del dominio público mediante la instalación de una terraza en la calle (...), esquina (...) -actualmente calle (...), esquina (...)-, para establecimiento destinado a bar-cafetería, solicitud que había sido cursada con fecha 16/11/2017 interesando la ocupación de la vía pública para la instalación de terraza para seis mesas y dieciocho sillas, y que fue denegada a través de Informe de la Unidad Técnica del Servicio de Edificación y Actividades, de fecha 25 de mayo de 2018, que concluyó con (sic) "devolver el expediente al no disponer de título habilitante para el ejercicio de la actividad asociada a la terraza que se solicita", notificándose a mi mandante con fecha 6 de junio de 2018 comunicación de no admisión a trámite de la solicitud, con el siguiente tenor:

• "En relación a su solicitud para la instalación de una TERRAZA en vía pública, en la calle (...) ESQ. (...), deducida mediante instancia, fecha 16/11/2017, pongo en su conocimiento que conforme al art. 10 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Ocupación de la Vía Pública con Terrazas, no procede tramitar la misma habida cuenta que el local en donde se ejerce la actividad carece de la pertinente autorización que le habilite para el ejercicio de la misma. Así pues, no se iniciará la tramitación de la autorización de la terraza, hasta tanto se disponga de la habilitación para el ejercicio de la citada actividad, mediante la oportuna presentación de Comunicación Previa y Declaración Responsable, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 86/2013, de 1 de agosto, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento aplicable al régimen de comunicación previa en materia de actividades clasificadas, lo cual deberá acreditarlo en el expediente de la referencia una vez obtenida la licencia de apertura o el título habilitante".

Sea como fuere, en aras a no alargar innecesariamente este escrito toda vez que los antecedentes obran en poder de esa Administración, baste decir que, vista la denegación de la ocupación del dominio público, la exponente se vio obligada a acudir a los tribunales incoándose el Procedimiento Ordinario nº 18/2020 seguido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. nº 6 de Las Palmas, donde con fecha 19 de mayo de 2022 se dictó Sentencia, notificada a las partes el día 24 de mayo siguiente la cual es firme, cuyo Fallo estimaba íntegramente la demanda y mandaba anular la Resolución nº 47319/2019, de 6 de noviembre, antes referida, imponiendo además a esa Administración el pago de las costas causadas.

(...)

A las resultas de lo expuesto, es patente que la denegación de la solicitud de terraza no fue ajustada a derecho y que, por tal motivo, el dicente se vio privado del uso de la misma con la consiguiente pérdida económica que no debió soportar, computándose los efectos lesivos desde el 16.11.2017 hasta el inicio de la pandemia por Covid-19 en fecha 15.03.2020, un total de 850 días.

Como se dijo antes, se encomendó al perito Economista (...), miembro del Colegio de Economistas de Las Palmas nº.(…), la elaboración de un informe pericial que determinara el importe de dicha pérdida económica, sin que a día de la fecha haya sido terminado dada la complejidad del informe y laboriosidad del mismo.

No obstante, del trabajo realizado sí puede adelantarse que, tomando como referencia el beneficio medio diario resultante de las cuentas de resultados de 2021 y 2022 del restaurante "Jamón", aplicando dicho beneficio al número de días en que la terraza estuvo denegada (850), el total a indemnizar resulta en un importe de CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS EUROS (43.622,00 €), lo que se pone de manifiesto a los efectos y de conformidad con el art. 6 del Real Decreto nº 429/1993, Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

En atención a lo expuesto,

SOLICITO al SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA que, habiendo por presentado este escrito y documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, lo admita a trámite, y, en su atención y mérito, tenga por formulada en tiempo y forma RECLAMACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, siguiendo el procedimiento por todos sus trámites, incluido el recibimiento del mismo a prueba, hasta en su día dictar resolución por la que, estimando íntegramente la reclamación, se acuerde indemnizar al exponente en la suma de CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS EUROS (43.622,00 €), por los daños .y perjuicios sufridos a raíz de la indebida denegación de la terraza de referencia, con los efectos jurídicos inherentes».

2. En el escrito de reclamación se reproduce el Fundamento tercero de la mencionada Sentencia firme, que además se incorpora al expediente remitido a este Consejo Consultivo, manifestándose en el mismo que:

«TERCERO.- En realidad lo que viene a discutirse son los efectos de la comunicación previa y declaración responsable presentada por la entidad recurrente el 16 de noviembre de 2017, al considerar la Administración en la resolución impugnada, según el informe técnico que le sirve de fundamento, que no disponía de título habilitante para el ejercicio de la actividad asociada a la terraza que solicita, atendiendo para ello únicamente a la declaración responsable y comunicación previa inicio de actividad y a la comunicación previa de ejecución de obras de acondicionamiento del local, presentadas en julio y agosto de 2018, respectivamente.

En este mismo sentido, en el Informe del Servicio de Edificación y Actividades de fecha 4 de diciembre de 2020, emitido en el expediente DRC 317/2017, que se vino aportar como documento número 2 del escrito de contestación, se concluye que la actividad quedó habilitada con efectos de 9 de agosto de 2018, indicando literalmente lo siguiente: ". nos encontramos ante una actividad que incumple la Ordenanza Municipal de Edificación en relación al mínimo de metros cuadrados que debe disponer un establecimiento de comidas y bebidas. Y si bien la declaración responsable se presentó antes de la entrada en vigor de dicha Ordenanza, no es menos cierto que el acondicionamiento del local (CP. 2297/2018) se presenta ya estando en vigor dicha limitación. Es más como ya dijimos con anterioridad, la actividad quedó habilitada con efecto 9 de. agosto de 2018, fecha muy posterior a la presentación del DRC de la referencia. Si la comunicación previa de ejecución de obra se hubiera presentado antes de abril de 2018, dicha limitación no le habría afectado, pero no fue el caso. Por tanto, en las actuales condiciones, la actividad no se encuentra habilitada para el funcionamiento. Por todo, en virtud de lo recogido en el artículo 102.2 del Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos, aprobado por Decreto 86/2013, de 1 de agosto, es por lo que debe concederse trámite de audiencia al interesado previo a resolver el expediente en la forma que proceda".

Tras este informe y del referido tramite de audiencia concedido a la recurrente, según pone de manifiesto la Administración en su escrito de conclusiones, se dictó la Resolución 12243/2021, de 19 de abril, en el expediente DRC 317/2017, que acuerda la paralización de la actividad de bar-cafetería desarrollada por la mercantil recurrente en el establecimiento en cuestión, pendiente del recurso contencioso-administrativo 173/2021 ante el Juzgado de igual clase nº 5 de este partido judicial.

Pues bien, como bien alega la entidad recurrente y reconoce la Administración, la comunicación previa y declaración responsable se presentó en 2017, que tal y como consta en la misma y resulta del doc. nº 1 de la demanda, se acompañaba del proyecto técnico y del

certificado técnico debidamente visado de ejecución de las instalaciones en el local, conforme a la documentación exigida en el artículo 35.2 de la Ley 7/2011. Con la demanda se aporta además documentación acreditativa del inicio de la actividad en dicho local consistente en nóminas de las trabajadoras con antigüedad de 16.11.2017 y 27.11.2017, facturas de distintos proveedores y alta fiscal previa (doc. nº 2).

Como se ha expuesto, una vez que el Ayuntamiento recibió la comunicación previa y declaración responsable que había sido presentada el 16.11.2017, no consta que realizara actuación alguna de la que se infiera la ineficacia de la misma o su inadmisión en base al artículo 102.2 del Decreto 86/2013. Es decir, con su comportamiento dio a entender que la documentación presentada reunía los requisitos necesarios para que la comunicación previa desplegara sus efectos. Y de hecho se inició la actividad como se acredita con la referida documental de la demanda y se corrobora con la paralización de la actividad de bar-cafetería desarrollada por la mercantil recurrente en el establecimiento acordada en la precitada Resolución de 19 de abril de 2021, dictada más de dos años después de la presentación de comunicación previa con declaración responsable en noviembre de 2017.

Por otra parte, en cuanto la comunicación de inicio de actividad de 2017; el testigo-perito (...), autor del proyecto técnico que se acompaño a la misma ratifico que incluía un reformado del aseo en el mismo proyecto técnico que es de acondicionamiento e instalación y también en la documentación gráfica- como exigía el informe de compatibilidad urbanística favorable-, con descripción del aseo y referencia al documento básico de accesibilidad. Sobre la comunicación previa de agosto de 2018, afirmó que se presentó porque al haberse solicitado de forma simultánea la solicitud de ocupación de dominio público para instalación de terraza, desde la Administración demandada se le pidió que presentara la misma comunicación previa en el Departamento de Obras, y comunicación previa de ejecución de obras del reformado/acondicionamiento del aseo del local, que ya se contemplaba en el proyecto inicial, precisando que dichas obras en el aseo no necesitaban de licencia habilitante al quedar las mismas exentas (art. 333.1 de la Ley 4/2017).

En efecto, se comprueba que en la Memoria (folio 2) del proyecto técnico inicial (doc. 1 de la demanda) se describe el reformado o acondicionamiento del aseo del local: "Cuenta con un aseo adaptado para ambos sexos, cuenta con inodoro y lavamanos. Estará alicatado de azulejos y llevará ventilación forzada, mediante extractor accionado por el interruptor de luz".

Y en la comunicación previa de ejecución de obras de julio de 2018 (doc. 3 de la demanda), no se discute de contrario que consisten en un pequeño reformado para acondicionamiento del aseo del local, con un coste de 1.006,87 €, como tampoco que no precisan de licencia de obra.

Por tanto, no se comparte el fundamento de la denegación en la resolución impugnada, al prescindir de toda referencia a la comunicación previa que había sido presentada el

16.11.2017, con declaración responsable del promotor acompañada de la certificación técnica de finalización de las instalaciones firmada por técnico competente y visada por el Colegio Profesional (arts. 7.2 y 35.2 de la Ley 7/2011), y que ha surtido plenos efectos, hasta el punto que dio lugar al desarrollo de la actividad, que se ha venido a paralizar transcurrido más de dos años de su ejercicio en el establecimiento, durante el transcurso del presente procedimiento, y no antes. Y ello, sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso contencioso-administrativo 173/2021.

Consecuencia de lo anterior, es que la resolución impugnada no es conforme a derecho en cuanto pospone los efectos de la comunicación previa y declaración responsable presentada el 16.11.2017, cuando es esta la fecha en que los efectos deben producirse (art. 35.3 de la Ley 7/2011), pues la carencia de título habilitante para el ejercicio de la actividad no es tal, toda vez que, como antes se indicó, ésta fue presentada bajo la fórmula de comunicación previa con declaración responsable al amparo del art. 35.1 y 2 de la Ley 7/2011, siendo que la nueva Ordenanza Municipal de Edificación entró en vigor en abril de 2018; a lo que se une que el Ayuntamiento recibió tal comunicación previa y declaración responsable, sin que conste que estimara incompleta la documentación acompañada a la misma, como tampoco la ineficacia de la misma o su inadmisión ex art. 102.2 del Decreto 86/2013 (STSJ de Canarias de 21 de octubre de 2020, rec. 304/2018).

Finamente, no puede compartirse el nuevo argumento que viene a oponer Administración en sus conclusiones, sobre que la comunicación previa de 2017 no cumplía con el requisito del art. 35 de la Ley 7/2011 relativo a la "licencia de obra, cuando fuere preceptiva para acometer las instalaciones", pues la Corporación Local no parece tener en cuenta los arts. 329, 332, 333, 349 y 350 de la Ley 4/2017, de 13 de julio; del Suelo y de los Espacios Protegidos de Canarias, en los que se establece el carácter preceptivo, no de la licencia urbanística, sino de la llamada "comunicación previa".

Por todo lo expuesto, atendido que la declaración responsable y comunicación previa de inicio de la actividad se presentó antes de la entrada en vigor de la Ordenanza Municipal de Edificación, procede estimar el recurso y anular la resolución impugnada».

III

1. En cuanto al procedimiento, el mismo se inició a través de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada como se dijo el día 24 de mayo de 2023, la cual se acompañó de diversa documentación, entre la que se encuentra la copia de la Sentencia reproducida anteriormente y un informe pericial relativo a la valoración del daño, cuantificándose el daño en tal informe en 39.886,02 euros.

2. Este procedimiento cuenta con las siguientes actuaciones administrativas de interés:

- Se emitió informe por el Servicio Municipal de Edificación y Actividades el 11 de octubre de 2023, en el que se remite y adjunta los informes emitidos en relación con el procedimiento administrativo del que trae causa el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y que finalizó con la Resolución n.º 47319/2019, de 6 de noviembre, que fue anulada por la Sentencia firme ya reproducida anteriormente.

- En el presente procedimiento se acordó la apertura de fase probatoria, no practicándose prueba alguna, si bien obran en el expediente los informes periciales relativos a la valoración de los daños reclamados aportados por la entidad mercantil interesada y por la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

- Después de todo ello, se otorgó el preceptivo trámite de vista y audiencia a la interesada y a la compañía aseguradora del Ayuntamiento, formulando alegaciones la reclamante.

Posteriormente, el Servicio emitió un informe ampliado en el que resulta evidente que no se aporta ningún dato nuevo al expediente, razón por la que no se le otorgó nuevamente trámite de vista y audiencia a las interesadas, no causando indefensión con tal omisión (art. 82.4 LPACAP).

- Se emitió Propuesta de Resolución (denominada «*provisional*») el día 30 de enero de 2024, la cual es precisamente el objeto del presente Dictamen.

- Por último, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, presentada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4, de Las Palmas de Gran Canaria, lo que ni obsta, ni condiciona el cumplimiento de la obligación legal de resolver el procedimiento (art. 21.1. LPCAP), salvo en los casos en los que hubiera recaído sentencia firme.

IV

1. La Propuesta de Resolución entiende procedente desestimar la reclamación formulada por la entidad mercantil interesada, pues el órgano instructor considera que no se ha probado la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños padecidos por el interesado.

Asimismo, procede señalar que se deduce del contenido de tal Propuesta de Resolución que la misma fundamenta la desestimación referida en que la Resolución

anulada por Sentencia firme tuvo por base una actuación administrativa razonable y por ello en modo alguno antijurídica y, además, se considera que el daño reclamado por la interesada, en concepto de lucro cesante, no se ha acreditado, al entender que el informe pericial aportado por la compañía aseguradora del Ayuntamiento desvirtúa el informe pericial aportado por la interesada.

2. La jurisprudencia ha precisado (entre otras 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) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

– La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

– Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

– Ausencia de fuerza mayor.

– Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

3. Además, se ha de tener en cuenta también que en los supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación en virtud de sentencia firme de actos y disposiciones administrativas generales, este Consejo Consultivo ha venido señalando (por todos, DCC 585/2024, de 16 de octubre) que:

«4. Dispone el art. 142.4 LRJAP-PAC que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos administrativos no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo haya sido anulado, no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, 12 de julio, 26 de septiembre de 2001, 16 de febrero de 2009, 20 de enero de 2013, 25 de abril y 7 de noviembre de 2017 y 22 de enero de 2018, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece pues la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, de acuerdo con el carácter objetivo de la

responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurran los requisitos para ello.

La abundante jurisprudencia en la materia se condensa del siguiente modo en la reciente STS de 21 de marzo de 2018:

«En relación con estas cuestiones, recientemente, en la STS 65/2018, de 22 de enero, hemos examinado, una vez más, la exigencia del artículo 142.4 de la LRJPA en relación con la de la antijuridicidad derivada del daño, como determinante para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, a cuyo efecto, decíamos que "conviene tener en cuenta el fundamento y finalidad de esta institución, que se dirige a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, que, en el ejercicio de sus competencias y dirigida a la consecución de los objetivos que en cada caso le son propios, afecta además de manera concurrente, específica y negativa a los derechos e intereses del administrado, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Como dice el art. 141 de la Ley 30/92, aplicable al caso, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular por daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

De esta manera, el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de la actividad administrativa causante, que en el caso de las reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones ha dado lugar a una doctrina, que se refleja ya en las sentencias de 5 de febrero de 1996, 4 de noviembre de 1997, 10 de marzo de 1998, 29 de octubre de 1998, 16 de septiembre de 1999 y 13 de enero de 2000, y que se recoge en la sentencia de 20 de noviembre de 2013 .

En estos casos, la responsabilidad patrimonial no se anuda con carácter necesario a la anulación del acto o resolución administrativa sino que es preciso valorar si tal actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso, valoración que compete realizar el Tribunal y que no puede sustituirse por las apreciaciones

subjetivas de las partes, salvo que se ponga de manifiesto una relevante falta de correspondencia con la realidad fáctica enjuiciada o una interpretación jurídica carente de fundamento".

En consecuencia, que en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJPA, su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala (STS de 16 de febrero de 2010) ha puesto de manifiesto que no caben ni resultan procedentes interpretaciones maximalistas del citado precepto de uno u otro sentido; esto es, que no procede afirmar 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.

Igualmente, la jurisprudencia de esta Sala ha perfilado la exigencia de responsabilidad basada en dicho artículo 142.4 en función del tipo de potestades articuladas por la Administración, en cuyo ejercicio se produjo la nulidad en la que se fundamenta la exigencia de responsabilidad, debiendo, pues, atenderse a las peculiaridades del caso. Así en la STS de 9 de diciembre de 2015 se expuso que " (...) no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisibles en Derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

Panorama bien diferente es el que se genera en los supuestos en que la norma habilitante de la actuación administrativa establezca criterios reglados para su aplicación, rechazando cualquier margen de apreciación para la Administración, en el que el criterio de imposición de soportar el riesgo es más débil, precisamente porque ese carácter reglado de la norma comporta un mayor grado de incorrección en la decisión adoptada. No obstante, también cuando actúa la Administración sometida a esa normas que confieren potestades regladas, se han discriminado aquellos supuestos en que ese rigor de la norma se impone acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, es decir, cuando la norma no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las

circunstancias de cada caso. Por último, aun en los supuestos en los que se aplican normas de carácter absolutamente regladas, es admisible supuestos --y se deja constancia ejemplificativa de ello en la sentencia antes mencionada-- en la que la posterior anulación de la actividad administrativa excluye la responsabilidad patrimonial porque la decisión adoptada aparezca como fundada. Porque lo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia han de ser examinados conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido".

En tal sentido se ha puesto de manifiesto por esta Sala (STS de 8 de abril de 2014) 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". Y en la STS de 30 de junio de 2014 añadimos que "tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5 de febrero de 1996, de 4 de noviembre de 1997, de 10 de marzo de 1998, de 29 de octubre de 1998, de 16 de septiembre de 1999 y de 13 de enero de 2000, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, habiendo descartado esta Sala en sentencias de 16 de febrero y 8 de mayo de 2007 (recursos de casación nº 346/2003 y 5866/2003) que la actuación de una Administración sea razonable cuando se ha faltado el presupuesto básico para su actuación como es la competencia".

(...)

En consecuencia, que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone el derecho a indemnización (ex artículo 142.4 de la LRJPA , hoy artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LSP), de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la

indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión.

Partiendo, pues de que la anulación administrativa o jurisdiccional no presupone, por sí misma, el derecho a indemnización, ha de estarse al principio de que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 139.1 de la LRJPA, 32.1 de la LSP). En consecuencia, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la LRJPA; hoy artículo 32.1 de la LSP)».

4.2. Esta doctrina es directamente -y plenamente- aplicable al presente asunto, e implica que lo que aquí nos corresponde ahora es examinar si la actuación administrativa anulada merece ser calificada de razonable y razonada, en cuyo caso no le sería imputable el daño que haya podido causar, que deberá ser soportado por quien lo haya padecido, o si debe ser dicha actuación tildada de no razonable y no razonada, lo que habría de entrañar la existencia de imputabilidad del daño, ausencia del deber de soportarlo y surgimiento de la responsabilidad de resarcir.

(...)

Además, y por otro lado, la condición de razonable y razonada de la sanción y privación de derecho debe examinarse en sí misma, con independencia de los motivos de su nulidad final, para determinar, como dice el TS, « (...) si (...) [la] (...) actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso, valoración que compete realizar el Tribunal y que no puede sustituirse por las apreciaciones subjetivas de las partes, salvo que se ponga de manifiesto una relevante falta de correspondencia con la realidad fáctica enjuiciada o una interpretación jurídica carente de fundamento». (STS 1082/2018 antes citada.)».

4. El objeto del presente asunto estriba en determinar si de la anulación por Sentencia firme de la Resolución 47319/2019, de 6 de septiembre, deriva responsabilidad patrimonial para el Ayuntamiento, sin que ello suponga que este Consejo Consultivo se pronuncie acerca de la actuación administrativa que finalizó con la tal Resolución, pues sobre ello ya hubo un pronunciamiento judicial en la referida Sentencia firme; sin embargo, sí procede establecer, a los efectos que aquí nos ocupa, si tal actuación administrativa puede considerarse razonable o no.

Asimismo, no sólo ha de versar el presente Dictamen acerca de tal razonabilidad de la actuación administrativa referida, sino también nos hemos de pronunciar acerca de si el daño reclamado se ha acreditado o no.

5. A la hora de determinar si tal actuación administrativa fue razonable, se ha de tener en cuenta lo manifestado en la mencionada Sentencia firme sobre la misma.

Así, en ella se afirma específicamente que:

«Pues bien, como bien alega la entidad recurrente y reconoce la administración, la comunicación previa y declaración responsable se presentó en 2017, que tal y como consta en la misma y resulta del doc. nº 1 de la demanda, se acompañaba del proyecto técnico y del certificado técnico debidamente visado de ejecución de las instalaciones en el local, conforme a la documentación exigida en el artículo 35.2 de la Ley 7/2011. Con la demanda se aporta además documentación acreditativa del inicio de la actividad en dicho local consistente en nóminas de las trabajadoras con antigüedad de 16.11.2017 y 27.11.2017, facturas de distintos proveedores y alta fiscal previa (doc. nº 2).

Como se ha expuesto, una vez que el Ayuntamiento recibió la comunicación previa y declaración responsable que había sido presentada el 16.11.2017, no consta que realizara actuación alguna de la que se infiera la ineficacia de la misma o su inadmisión en base al artículo 102.2 del Decreto 86/2013. Es decir, con su comportamiento dio a entender que la documentación presentada reunía los requisitos necesarios para que la comunicación previa desplegara sus efectos. Y de hecho se inició la actividad como se acredita con la referida documental de la demanda y se corrobora con la paralización de la actividad de bar-cafetería desarrollada por la mercantil recurrente en el establecimiento acordada en la precitada Resolución de 19 de abril de 2021, dictada más de dos años después de la presentación de comunicación previa con declaración responsable en noviembre de 2017.

(...)

Consecuencia de lo anterior, es que la resolución impugnada no es conforme a derecho en cuanto pospone los efectos de la comunicación previa y declaración responsable presentada el 16.11.2017, cuando es esta la fecha en que los efectos deben producirse (art. 35.3 de la Ley 7/2011), pues la carencia de título habilitante para el ejercicio de la actividad no es tal, toda vez que, como antes se indicó, ésta fue presentada bajo la _fórmula de comunicación previa cor, declaración responsable al amparo del art. 35.1 y 2 de la Ley 7/2011, siendo que la nueva Ordenanza Municipal de Edificación entró en vigor en abril de 2018; a lo que se une que el Ayuntamiento recibió tal comunicación previa y declaración responsable, sin que conste que estimara incompleta la documentación acompañada a la misma, como tampoco la ineficacia de la misma o su inadmisión ex art. 102.2 del Decreto 86/2013 (STSJ de Canarias de 21 de octubre de 2020, rec. 304/2018)».

Pues bien, estas manifestaciones contenidas en la Sentencia firme referida, que este Consejo Consultivo no discute, *per se* impiden considerar que la actuación administrativa pudiera entenderse como razonable, máxime, cuando la Administración, al menos en los años iniciales de los hechos expuestos, sin efectuar actuación inspectora alguna permitió la ocupación del dominio público mencionada y ello sin olvidar que la entidad mercantil reclamante presentó inicialmente la documentación exigida por la normativa reguladora en la materia como se afirma en dicha Sentencia, es decir, presentó en noviembre de 2017 la comunicación previa y la declaración responsable.

Por tanto, cabe afirmar que nos hallamos ante una actuación administrativa deficiente y no razonable, es decir, ante un funcionamiento anormal del servicio de titularidad municipal, que necesariamente constituye una actuación antijurídica.

6. Sin embargo, para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo no basta con que haya habido una actuación antijurídica por parte de la misma, sino que también se debe demostrar que con ella se ha ocasionado un daño cierto, en este caso, un lucro cesante.

El Tribunal Supremo, en su Doctrina jurisprudencial constante y reiterada, establece, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/5352), que «*La aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valuables y los conceptos de lucro cesante y daño emergente, partiendo del principio contenido en los artículos 1106 del Código Civil y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las Sentencias de 7 octubre y 4 diciembre 1980 [RJ 1980\4541 y RJ 1980\4962], 14 abril y 13 octubre 1981 [RJ 1981\1539 y RJ 1981\4147], 12 mayo y 16 julio 1982 [RJ 1982\3326 y RJ 1982\5443], 16 septiembre 1983 [RJ 1983\4498] y 10 junio y 12 y 22 noviembre 1985 [RJ 1986\364 y RJ 1986\477]*)».

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, establece que «*En 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», doctrina aplicable a este supuesto.

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

7. La entidad mercantil aportó al expediente un informe pericial en el que se calculó el lucro cesante. La Administración, por el contrario, aporta el informe pericial elaborado por su compañía aseguradora, en el cual de forma exhaustiva se analiza el informe presentado por la interesada y los datos en los que se basa el mismo.

En este informe pericial elaborado por la compañía aseguradora se afirma que:

«Partiendo de que se trata de actividades similares, gestionadas por la misma empresa, y en la misma ciudad, tras el estudio de las cuentas abreviadas podemos destacar que:

Destacar que las cuentas de resultados generales de la empresa que hemos recabado incluye los años 2018-2019 (periodo sin terrazas en el local (...)) y el año 2020 (afectado por la pandemia), siendo el importe neto de la cifra de negocios de 438.779,35 € (2018), 419.119,04 € (2019) y 237.095,00 € (2020), datos que sorprenden si los comparamos con el bajo "Importe neto de la cifra de negocios" del año 2021 (210.662,00 €), no afectado por la pandemia y ya con las terrazas instaladas en el bar (...) según se indica en la reclamación (Ver anexos 5 y 6), siendo el resultado de esta cuenta utilizado para confeccionar parte de la reclamación por la comparativa del resultado sesgado que se presenta del local (...).

Además, tanto en el año 2021 como en el 2022, el porcentaje de los conceptos Aprovisionamientos, Gastos de personal, y Amortización del inmovilizado sobre el importe neto de la cifra de negocio de ambos locales muestran datos que entendemos son erróneos o incoherentes, por presentarse una cifra anormalmente baja en comparativa con el nivel de ventas, que no busca si no, presentar un Resultado más elevado e irreal, que· luego es utilizado para presentar un resultado medio diario extrapolado, que es más elevado, que el que saldría de observar el conjunto de los 2 locales.

Así en el año 2021 con un importe neto de negocios similar en ambos locales, los gastos de Aprovisionamientos, Gastos de personal y Amortización del inmovilizado del local G DE (...) casi duplican a los del local (...). Por tanto, se intuye que los gastos que se han presentado para el local (...) están desvirtuados a la baja ofreciendo un resultado mayor.

En el año 2022, con un importe neto de negocios total repartido al 70% y 30% en los locales G DE (...) y (...) respectivamente, el porcentaje de los gastos de Aprovisionamientos respecto al importe neto de negocios es similar, no así con el porcentaje de los Gastos de

personal que de nuevo es inferior en el local (...) (33,19 %) comparado con el del local G de (...) (40,14 %), al igual que ocurre con los gastos de Amortización del inmovilizado, también inferiores en el local (...) (0,91 %) respecto al local G de (...) (2,24 %).

Por tanto, entendemos que los datos de gastos con los que se confeccionaron de forma extracontable las cuentas de resultados abreviadas son erróneos o están manipulados, de forma que al disminuir los conceptos (gastos) descritos en la cuenta de resultados abreviada del local (...) se incrementa el resultado de la cuenta de explotación de dichó local, que a su vez es el dato de partida para el cálculo de la media mensual de beneficio y la media de beneficio diarios en que se sustenta la reclamación.

Así, con las cuentas de resultados abreviadas recalculadas se obtiene en el local de (...) en el año 2021 un resultado de la cuenta de explotación de -14.617,12 € (o sea ha sufrido pérdidas), y de 10.386,22 € en el año 2022, siendo el resultado global de todo el periodo reclamado de - 4.230,9 (negativo)

Por tanto, se puede concluir que el periodo utilizado para reclamar es en su conjunto un periodo en el que se presentan pérdidas que pone por tanto de manifiesto que no queda justificada una reclamación.

Dicha conclusión, entra dentro de toda lógica, dado que cuando no se dispone de un mayor nivel de ventas, debe ajustarse adecuadamente el coste de personal y el coste de aprovisionamientos, a fin de mantener una adecuada gestión económicamente viable del establecimiento.

Por otra parte, hemos podido disponer de Cuentas de Explotación de años anteriores (2018 y 2019), adjuntas en el Anexo 5, que justificar, un nivel de ventas conjunto de € 438.779 en 2018 y 419.119,04 € en 2019, por lo que no puede justificarse ninguna pérdida de ventas con respecto a 2021 (Ventas 2021 € 210.662), fecha. en la cual ya estaba habilitada la terraza del local».

Por tanto, este informe pericial desvirtúa por completo el informe pericial aportado por la empresa interesada al acreditarse que los cálculos contenidos en él tienen por base datos erróneos e inciertos y, por ello, no se pueda considerar demostrado que el hecho lesivo le haya ocasionado a la interesada un daño cierto, en concepto de lucro cesante.

8. Por todo ello, procede manifestar que en el presente asunto no concurren la totalidad de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para poder imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se entiende conforme a Derecho en cuanto desestima la reclamación que le da origen, sin perjuicio de las observaciones hechas en el Fundamento IV, apartado 5, acerca de su motivación o fundamentación.