

Dictamen nº: **26/19**  
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **24.01.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 24 de enero de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, en el asunto promovido por D. .... en representación de la mercantil IDEAL 9000, S.L. (en adelante, “*la mercantil*” o “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios originados por el Ayuntamiento de Madrid como consecuencia de la anulación judicial de la resolución por la que se declaraba la ineficacia de la declaración responsable presentada para el ejercicio de la actividad de café-espectáculo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 24 de octubre de 2017 se presentó en el Registro de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, dirigido al Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Madrid, un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por el representante de la sociedad citada, por los daños y perjuicios sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios públicos concretado en la Resolución de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades dictada en el expediente 220/2014/07458 y notificada el 27 de julio de 2014, confirmada por Resolución recaída en

el expediente 220/2014/10379 el día 1 de octubre de 2014, notificada el siguiente día 10, dictada por la Subdirección General de Actividades Económicas, que impidieron se ejerciera la actividad de café-espectáculo, por haber sido revocadas por no ser conformes a Derecho por Sentencia 63/2016, dictada por la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (notificada el 26 de octubre de 2016).

Indica que el 1 de febrero de 2014 fue suscrito contrato de arrendamiento entre un tercero y PROMOCIONES PARQUE ORGAZ, S.L., sobre el inmueble sito en Madrid, calle Diego Ayllón nº 16 (nº 12 del Censo de actividades municipal) con esquina a la Calle Asura, en el que expresamente se facultó a la parte arrendataria para que destinase el local a la actividad de café-teatro o similar en la condición primera del contrato. Fue por tanto esencial para la suscripción del arriendo que se pudiese instalar un café-teatro, sala de fiestas o similar, lo que quedó confirmado por la arrendadora, que con carácter previo a la suscripción del arriendo comprobó, tras examinar la normativa vigente, que ello era posible. El contrato se cedió a su representada, la mercantil citada, el 19 de mayo de 2014.

Consta en dicho contrato que en ese acto la arrendadora entrega la posesión íntegra del edificio a la arrendataria.

Manifiesta que el 21 de mayo de 2014 la mercantil presentó declaración responsable para el ejercicio de la actividad de café-espectáculo, una entidad colaboradora urbanística emitió certificado de conformidad e informe sobre la adecuación de la actividad a la normativa aplicable y en la liquidación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras figura que el importe de las intervenciones necesarias para acomodar el local a la actividad de café-espectáculo ascendió a 75.000 €, abonándose por dicho tributo 1.290 €.

Afirma que, desde la apertura de la actividad el 21 de mayo de 2014, al contar con habilitación expresa para ello, se practicaron

numerosas inspecciones a instancia del Ayuntamiento en las que de forma reiterada e injustificada se le indicaba que no contaba con licencia o que la misma no era apta para el ejercicio de la actividad de café-espectáculo por lo que le resultó prácticamente imposible, iniciar y mantener dicha actividad.

Refiere que el 27 de julio de 2014 se le notificó Resolución de la Gerente de la Agencia de Actividades de 23 de julio de 2014 que declaró la ineficacia de la declaración responsable formulada *“para la implantación de la actividad de café-espectáculo con obras de acondicionamiento puntual ... toda vez que la misma no cumple los requisitos exigibles para su eficacia y adolece de deficiencias de carácter esencial, siendo inviable urbanísticamente la actuación pretendida como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en el art. 8.7.9.2 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997”*. Asimismo se le advertía de *“la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada y debiendo, asimismo, restituir el orden jurídico infringido...”*.

La mercantil interpuso recurso de reposición contra dicha resolución que fue desestimado por Resolución de 26 de octubre de 2014 de la Gerente de la Agencia de Actividades *“toda vez que, a la vista del informe técnico del Servicio de Actividades Económicas de fecha 23 de Septiembre de 2014, no sería admisible la implantación de la actividad de Café-Espectáculo al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.7.9.2 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, ampliado por el Acuerdo 343 de la Comisión técnica de seguimiento del plan general y en los artículos 42 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, (...)”*.

Se acordó el cese y la clausura de la actividad mediante Resolución de 30 de julio de 2014 (expediente 220/2014/07705) y el precinto de la actividad por la ineficacia de la declaración responsable.

La mercantil presentó recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del recurso de reposición y su pretensión fue desestimada por Sentencia 437/2015, de 20 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid.

Señalaba que, corrigiendo la sentencia de instancia, el día 26 de octubre de 2016 le fue notificada Sentencia 63/2016, de 19 de octubre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso de apelación deducido por la mercantil cuyo fallo disponía:

*“Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la mercantil IDEAL 9000, S.L.,..., contra la Sentencia dictada el 20 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 458/2014, debemos REVOCAR y REVOCAMOS la citada Sentencia y, en su lugar, acordamos ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada apelante contra la resolución dictada por la Subdirección General de Actividades Económicas, de 1 de octubre de 2014, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de julio de 2014, por la que se declaró la ineficacia de la declaración responsable presentada, en fecha 21 de mayo de 2014, para el ejercicio de la actividad de café-espectáculo con obras de acondicionamiento puntual, cuya nulidad declaramos por no ser conforme a Derecho; (...).”*

Esta Sentencia fue declarada firme el 28 de enero de 2017 al no ser interpuesto recurso de casación.

Aseguraba que por la desafortunada e injustificada decisión de la Administración no pudo explotar el establecimiento conforme a su planteamiento de negocio e intentó salvar la inversión efectuada reacondicionando el local para ejercer la actividad de restaurante, para lo que presentó declaración responsable el día 20 de agosto de 2014, emitiéndose por la entidad colaboradora el certificado de conformidad. De la liquidación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras se constataba que el importe de las intervenciones necesarias para la adecuación ascendió a 35.341,89 €, abonándose 70,68 € por dicho tributo. La tramitación dio lugar al expediente que identifica.

Solventadas las deficiencias evidenciadas en la inspección de 16 de septiembre de 2014, se procedió, previa solicitud reiterada de desprecinto, a la reapertura del establecimiento lo que se mantuvo por escasos días, al acordarse, de nuevo, el precinto del establecimiento.

Afirma que la Administración sustentándose en una resolución injusta e ilegal ha impedido ejercer una actividad legalmente prevista, de bar especial, en su modalidad de café-espectáculo, provocando que su mandante no pudiese atender a las obligaciones suscritas en el contrato de arrendamiento y que se instara un procedimiento de desahucio por impago de rentas que culminó con el desalojo del inmueble el 12 de marzo de 2015.

La duración del contrato era de quince años por lo que la mercantil estimaba que el beneficio anual de la actividad, de haberse podido realizar con normalidad la explotación del negocio, no habría bajado de 150.000 € que, multiplicado por 15 años, da lugar a una cifra 2.250.000 € en la que valora el lucro cesante, monto que de forma definitiva se concretaría en el informe pericial que sería aportado en fase probatoria.

Además, asevera, se han causado perjuicios directos por los importes invertidos en las obras de acondicionamiento e impuestos abonados, conforme a lo acreditado en los documentos que aporta, por un importe de 111.702,57 €.

En consecuencia, reclama un total de 2.361.702.57 €.

Aporta la documentación justificativa de los hechos que relata.

**SEGUNDO.-** Recibida la reclamación de responsabilidad patrimonial se propuso a la gerente de la Agencia de Actividades el inicio del expediente de responsabilidad patrimonial el 14 de diciembre de 2017, acuerdo que fue adoptado con esa misma fecha y fue notificado a la mercantil reclamante.

El 9 de enero de 2018 se solicitó informe a la Subdirección General de Actividades Económicas que, emitido el 25 de abril de 2018, dio respuesta a las alegaciones formuladas en el escrito de reclamación.

Así, señalaba que el inmueble sito en la calle Diego Ayllón nº16 disponía de licencia de Hospedaje con una cafetería en planta baja como uso asociado de acuerdo con la licencia de actividad vigente y su correspondiente licencia de funcionamiento.

Sobre la afirmación del reclamante relativa a que fue *“esencial para la suscripción del arriendo que se pudiese instalar un café-teatro, sala de fiestas o similar, lo que quedó confirmado por la arrendadora, que con carácter previo a la suscripción del arriendo comprobó, tras un concienzudo examen de la normativa vigente, que ello era posible”*, destaca que dicho carácter de esencial, no se desprende del texto reproducido del contrato donde, en realidad, se autoriza a que el arrendatario, por su cuenta y con las oportunas licencias municipales, cambie la actividad del local de planta baja para ejercer como café-teatro (café espectáculo), sala de fiestas o similar. No se condiciona ni se

indica que la posibilidad o no de dicho cambio sea un elemento esencial del contrato.

Al objeto de implantar la actividad de café-espectáculo en el local de planta baja la mercantil efectúa declaración responsable, con certificado de conformidad favorable, cuya comprobación por parte de los servicios municipales se tramita en el expediente municipal que identifica.

Respecto a las reiteradas inspecciones, informa que se debieron, principalmente, a un ejercicio inadecuado y disconforme con la actividad autorizada en el local, como se desprende del contenido de las actas de policía municipal de los días 17, 18, 19 y 26 de octubre de 2014.

Alega el reclamante en su recurso de reposición discriminación flagrante al considerar que la Administración iba en contra de su actuación previa pues en los años precedentes había concedido decenas de licencias interpretando la norma como lo hacía el recurrente. Frente a ello, después de citar la normativa aplicable y la interpretación existente de la misma, se afirma que la interpretación efectuada por los Servicios Técnicos y Jurídicos de la Subdirección General de Actividades Económicas ha sido conforme con la interpretación efectuada por los órganos competentes municipales, aplicable desde el año 2005 y matizada posteriormente mediante acuerdo de la Comisión Técnica de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, en la sesión celebrada el 12 de Diciembre de 2011 que dio lugar al tema 343 (Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 16 de enero de 2012). En ambos acuerdos se fijaba que la actividad de café-espectáculo, encuadrada en el uso servicios terciarios, clase terciario recreativo, categoría espectáculos; no era admisible en la ubicación propuesta. Aseveran que no ha existido en ningún caso, ni discrecionalidad ni “*discriminación flagrante*” sino una aplicación del

literal de la normativa y de los criterios de interpretación establecidos desde hace años por los órganos competentes, de acuerdo con el carácter debido y reglado del expediente de comprobación de la declaración responsable. Esta interpretación fue corroborada en la primera instancia judicial aunque posteriormente, en segunda instancia no fue ratificada.

En relación con la viabilidad de la explotación, se indica que las resoluciones de la Administración afectan exclusivamente a la posibilidad o no de implantar en el local de planta baja del edificio, de 138 m<sup>2</sup>, la actividad de café espectáculo, autorizándose en dicho local la actividad de restaurante. El edificio completo, de 2.376 m<sup>2</sup>, sigue pudiéndose destinar a la actividad de hospedaje, de idéntica forma a la autorizada cuando el reclamante firmó el contrato de arrendamiento. En ningún caso, el no poder ejercer la actividad de café-espectáculo en el local de planta baja de 138 m<sup>2</sup> (pero sí la de restaurante), puede justificar que no se pudiera ejercer la actividad de hostelería respecto a la totalidad del edificio de 2.376 m<sup>2</sup> de superficie.

Por lo que se refiere a los beneficios estimados no percibidos, se podrían considerar exclusivamente, manifiestan, los referidos a la diferencia de beneficios percibida respecto de la explotación de la superficie del local de 138 m<sup>2</sup>, cuando se destina a la actividad de café espectáculo, respecto a cuándo se destina a la actividad de restaurante, no la pérdida de beneficios respecto la explotación del edificio completo como hotel. Si bien la cuantía que reclaman parece corresponder a la explotación de la totalidad del edificio no a la explotación del local de 138 m<sup>2</sup>. Además, el derecho a ejercer la actividad de restaurante, por la declaración responsable que presentó el 20 de agosto de 2014 para este mismo local, se produjo desde el 18 de octubre de 2014 y dura hasta la actualidad, toda vez que no se ha decretado su pérdida de efectos.

Concluye que el cese de actividad no se produjo por causa directa de las resoluciones de la Administración (que afectaban exclusivamente al local de 138 m<sup>2</sup> de planta baja y no a los 2.378 m<sup>2</sup> de establecimiento con uso hotelero) sino por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en una relación arrendaticia entre particulares.

El 21 de junio de 2018 el instructor acordó abrir un periodo de prueba a fin de que se practicara la prueba documental propuesta por la reclamante y por la Administración, consistente en admitir la documental aportada por la interesada en su escrito de reclamación y el informe pericial propuesto así como requerirle para que aportara declaración en la que manifestase expresamente que no había sido indemnizada por ninguna entidad pública o privada como consecuencia del daño sufrido, o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas; indicación acerca de si por estos mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y justificación documental de la indemnización solicitada en concepto de daño emergente por importe de 111.702,57 €.

Mediante escrito registrado el 27 de julio de 2017, el representante de la reclamante manifestó que no había sido indemnizada y que por estos hechos no había planteado otra reclamación. Respecto al informe pericial indicó que carecía de capacidad económica para abonar su coste. Sobre la justificación documental del daño emergente interesó que se incorporaran al expediente las dos declaraciones responsables presentadas los días 21 de mayo y 20 de agosto de 2014 así como la documentación complementaria acompañada, con referencia a los expedientes en las que se hallaban. Reveló que en las inspecciones y comprobaciones llevadas a cabo por la Administración Municipal se pudo constatar la realidad de las obras declaradas y por las que se abonó en dos ocasiones el Impuesto sobre Construcciones,

Instalaciones y Obras sin que la Agencia Tributaria del Ayuntamiento hubiera cuestionado el importe declarado, al estar sustentado en información técnica aportada a los indicados expedientes y que interesaban que se incorporaran al presente.

El 3 de agosto de 2018 el instructor acordó inadmitir por innecesaria la práctica de la prueba documental propuesta por la mercantil consistente en incorporar al expediente las declaraciones responsables y su documentación pues ya constaba incorporada al procedimiento por haber sido aportada por la mercantil junto a su escrito de reclamación (documentos 4, 7, 17 y 19).

Se concedió trámite de audiencia a la mercantil que el 5 de octubre de 2018 compareció, tomó vista del expediente y retiró copia del informe de las páginas 152 a 172.

Consta escrito presentado el 11 de octubre de 2018 en el que la reclamante manifiesta que, una vez finalizado el trámite de audiencia, procede que se solicite dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

El 31 de octubre de 2018 se firmó la propuesta de resolución que acuerda desestimar la reclamación presentada por no quedar acreditada la existencia del daño ni su efectividad.

**TERCERO.-** El día 5 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo.

A dicho expediente se le asignó el número 552/18 y su ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrado vocal Dña. M<sup>a</sup> del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por el Pleno de la

Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 24 de enero de 2019.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo conforme a lo dispuesto en el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Ayuntamiento de Madrid de cuantía superior a quince mil euros. El dictamen ha sido solicitado a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno de conformidad con el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se rige por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC).

La mercantil reclamante está legitimada para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 32 de la LRJSP, en cuanto resulta afectada por la actuación del Ayuntamiento de Madrid respecto al local que arrendó, que fue declarada contraria a Derecho por sentencia. La representación resulta acreditada mediante escritura de poder.

El Ayuntamiento de Madrid está legitimado pasivamente por ser titular de la competencia en materia de urbanismo *ex* artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPAC conforme al cual: “[e]n los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”. En este supuesto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 19 de octubre de 2016 consta notificada el día 26 de octubre de 2016 por lo que la reclamación presentada el 24 de octubre de 2017 está en plazo.

En materia de procedimiento, se han observado los trámites legales pues se ha incorporado el informe del servicio que se considera causante del daño, se ha conferido el oportuno trámite de audiencia a la reclamante y, por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP y, en lo que se refiere al procedimiento, por la LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (r.c. 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (r.c. 1111/2015) y 25 de mayo de

2016 (r.c. 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, actualmente, artículo 32 de la LRJSP:

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

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

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, r.c. 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico.

**CUARTA.-** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, procede analizar la acreditación de los daños alegados por la reclamante y de su conexión con la actuación de la Administración.

En este sentido, el artículo 32.2 de la LRJSP establece: *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, citada en nuestros dictámenes 330/16, de 21 de julio; 545/16, de 1 de diciembre, que no puede plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, lo que exige *“(…) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”* (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012 -rc 280/2009- y 30 de diciembre de 2013 -rc-a 300/2008-).

Al respecto, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima, que corresponde probar a la Administración, recae en quien la reclama.

La mercantil reclama 2.250.000 euros en concepto de lucro cesante, por no haber podido explotar el negocio durante el plazo de duración del contrato -quince años- al considera que habría ganado 150.000 euros mensuales.

En relación con el lucro cesante, en nuestros dictámenes 274/18, de 14 de junio y 27/18, de 25 de enero, entre otros, hemos recordado la

jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 20 de febrero de 2015, rc 4427/2012) que se opone a la indemnización de las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016 (r. 2709/2015) señala: *«La jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las garantías (sic) 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 el caso que nos ocupa, la cantidad reclamada no reúne los requisitos exigidos porque, tal como ha quedado expuesto, se reclaman unas ganancias hipotéticas basadas en una estimación incierta y carente de sustento documental pues no ha presentado acreditación alguna toda vez que el informe pericial que manifestó aportaría en fase de prueba, no llegó a aportarlo.

En consecuencia, no se puede tener por acreditada la cantidad reclamada en concepto de lucro cesante.

Por otra parte, aporta el documento de autoliquidación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras con la finalidad

de acreditar la cantidad que reclama en concepto de perjuicios directos por los importes invertidos en las obras de acondicionamiento e impuestos abonados, que valora en 111.702,57 €.

Acredita haber abonado 1.290 € y 70,68 € en concepto de liquidación del impuesto citado. Estos gastos no pueden ser resarcidos pues, como indica el artículo 100.1 Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, el impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición.

Se trata, pues, de un tributo que ha de ser abonado por la realización de una obra para la que se requiera licencia o declaración responsable, sin que, por tanto, pueda considerarse que su abono le ha producido un daño o perjuicio económico. Si la mercantil consideraba que no tenía que haberlo abonado, debería haber iniciado un procedimiento para reclamarlos o para la devolución de ingresos indebidos o cualquier otra actuación que estimase pertinente, no un procedimiento de responsabilidad patrimonial. En este sentido, en Sentencia de 8 noviembre de 2017 (r. 711/2017), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara:

*“Hemos de reiterar aquí que los recurrentes no impugnaron las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Majadahonda por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y que, en tal caso, no cabe emplear la acción de responsabilidad patrimonial para cuestionar su*

*legalidad y obtener la correspondiente indemnización por su pago, so pretexto del perjuicio derivado del mismo, pues la falta de utilización de esa vía impugnatoria impide apreciar el necesario requisito de la antijuridicidad del hipotético perjuicio.*

*Además, si los recurrentes no se encontraban conformes con el pago del impuesto, podían haber procedido a la solicitud de devolución de ingresos indebidos en el plazo legalmente previsto para ello en la, Ley General Tributaria (LGT), de acuerdo con los artículos 66.c ) y 221 de la LGT, solicitar la declaración de nulidad de las liquidaciones, de conformidad con el artículo 217 de la LGT o, simple y llanamente, impugnarlas”.*

Respecto a los gastos que reputa efectuados para la realización de las obras, la mera consignación de una cantidad en un documento de autoliquidación de un impuesto no puede considerarse como justificativo del gasto efectuado pues no han sido aportadas las facturas de los materiales y del importe de la obra de acondicionamiento que manifiestan, realizaron en el inmueble.

La realidad y efectividad tanto del lucro cesante como del daño emergente invocados por la reclamante no quedan, pues, acreditadas.

**QUINTA.-** Aunque la falta de prueba del daño daría lugar a la desestimación de la reclamación, hemos de analizar la responsabilidad de la Administración por sus actos ilegales que, como se dijo en el Dictamen nº 59/18, de 8 de febrero de esta Comisión, ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales.

Una opta por un sistema de estricta responsabilidad objetiva que considera que los daños causados por actos ilegales son inexorablemente antijurídicos y, por tanto, indemnizables sin que las víctimas tengan obligación de soportarlos, así las sentencias del

Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (r. 7099/1995) y 27 de marzo de 2003 (r. 339/2000).

Otra corriente considera que ha de exigirse una ilegalidad cualificada para considerar antijurídicos y, por tanto, indemnizables los daños producidos por actos administrativos ilegales. Es la llamada “*doctrina del margen de tolerancia*” que fue acogida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 237/10 y 122/11, entre otros, y por esta Comisión en numerosos dictámenes como el 292/17, de 13 de julio; el 329/17, de 3 de agosto y el 361/17, de 14 de septiembre, entre otros.

En todos ellos se recogía que el Tribunal Supremo consideraba que no cabía aplicar en estos casos tesis maximalistas sino que el criterio determinante para entender que la lesión ha de ser calificada como antijurídica estribaría en que la Administración hubiese actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico.

En palabras del Tribunal Supremo, sentencias de 27 de mayo de 2004 (r. 556/2000), 14 de febrero de 2006 (r. 256/2002) y 31 enero 2008 (r. 4065/2003), “*siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio*”.

O como señala la Sentencia de 14 julio de 2008 (r.289/07) “*si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica enderezada a satisfacer los fines para los que le ha atribuido la potestad que ejercita no hay lugar a indemnización*”.

Esta doctrina no puede entenderse desfasada pues la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (r. 1777/2016) destaca que:

*“No es cierto que este Tribunal haya abandonado la mencionada doctrina vinculada a la actuación razonable de la Administración cuando ejercita potestades que le confiere la norma habilitante de manera discrecional. Basta para ello con citar la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo para concluir en la plena vigencia de dicha doctrina, como ponen de manifiesto las sentencias de 16 de septiembre de 2009 (recurso de casación 9329/2004) y la más reciente sentencia 3791/2015. RES: 2425/2016, de 14 de noviembre (recurso de casación 3791/2015), que precisamente la examina y delimita, para concluir que no comportaba, en aquellos supuestos, reconocer la exclusión de la antijuridicidad, pero aceptando que es admisible dicha doctrina”.*

Esta sentencia cita la del Alto Tribunal de 17 de febrero de 2015 (r. 2335/2012) que afirma que, en los casos de anulación de actos, la jurisprudencia viene aceptando, como circunstancia que excluye la antijuridicidad de la lesión, el hecho de que el acto anulado generador de los perjuicios comporte el ejercicio de potestades discrecionales, ya que el propio legislador en esos casos ha establecido un margen de actuación a la Administración para que decida conforme a su libre criterio dentro de los márgenes de los elementos reglados. Si esa decisión se mantiene en los términos de lo razonable y se ha razonado no puede estimarse que el daño sea antijurídico, generando el derecho de resarcimiento.

La citada sentencia añade que:

*“Pero no es solo el supuesto de ejercicio de potestades discrecionales las que permiten concluir la existencia de un supuesto de un deber*

*de soportar el daño ocasionado con el acto anulado... porque como se declara por la jurisprudencia a que antes se ha hecho referencia, <<ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.*

Este es precisamente el criterio aplicable al caso que nos ocupa.

La Administración municipal declaró la ineficacia de la declaración responsable presentada el 24 de octubre de 2014 para la realización de la actividad de café-espectáculo aplicando una interpretación de la normativa, interpretación que fue ratificada por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 que declaró que la Resolución impugnada es conforme a derecho al estar suficiente y detalladamente motivada, fundándose en razones objetivas predeterminadas con claridad y precisión en el artículo 8.7.9.2 de las NNUU por lo que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado por la mercantil.

Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia afirmó que *“de la propia literalidad del artículo 8.7.9.2 se advierte una contradicción en cuanto a los usos admisibles en el cuerpo de edificación”* y *“[a] juicio de la Sala, la solución al expresado conflicto o contradicción normativa debe ser buscada en el conocido principio “Favor Libertatis”* por lo que revocó la sentencia de instancia.

En consecuencia, de lo anterior se desprende que la interpretación que de la norma hizo la Administración no puede considerarse arbitraria pues derivó de los informes que realizaron sus servicios técnicos que interpretaron la norma aplicable, norma en la que el Tribunal Superior de Justicia advirtió la existencia de una contradicción que resolvió en distinto sentido a cómo lo había hecho la Administración, interpretación que acogió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Es por ello que esta Comisión considera que la interpretación de la Administración era razonable y razonada de tal forma que no puede considerarse que haya existido un daño antijurídico.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser desestimada al no concurrir los requisitos de efectividad y antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 24 de enero de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 26/19

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid