

Dictamen nº: **282/19**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.07.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 4 de julio de 2019, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por D., sobre indemnización de los daños y perjuicios derivados del Decreto de 10 de junio de 2015 del concejal presidente del distrito Centro, sobre modificación de la autorización de terraza del establecimiento de su propiedad, que fue declarado nulo por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2, de Madrid, de 31 de octubre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de diciembre de 2017 se presentó una solicitud indemnizatoria, por la persona citada en el encabezamiento, por los daños y perjuicios que le había ocasionado el Decreto de 10 de junio de 2015 que modificaba la autorización de terraza de su establecimiento “Café de los Austrias” situada en la Plaza de Ramales nº3, *“debido a la nueva solicitud de terraza de veladores en el local de la calle Vergara nº14, reduciendo la superficie autorizada en seis módulos de 1,80x1,80*

m, para realizar un reparto, conforme a lo establecido en el artículo 7 a) de la Ordenanza de Terrazas y Quiosco de Hostelería y Restauración”.

El reclamante manifestaba que contra el referido Decreto interpuso recurso de reposición que fue desestimado por lo que acudió a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, recayendo Sentencia de 31 de octubre de 2016, estimatoria de sus pretensiones, pues declaró en el fallo que el Decreto de 10 de junio de 2015 procedía dejarlo sin efecto por no ser ajustado a derecho, y en su lugar declarar que no se había acreditado la concurrencia de circunstancias que justificasen un cambio en las condiciones de la autorización vigente concedida mediante Acuerdo de 21 de julio de 2010. Subrayaba que en el fundamento de derecho tercero la sentencia señalaba que el artículo 9.3 de la Ordenanza, utilizado por la resolución recurrida para modificar la autorización, *“hay que entenderlo referido a los establecimientos que se encuentren ubicados en edificios de la misma plaza, no a establecimientos aledaños como en el caso enjuiciado en el que se trata de un establecimiento que no se ubica en el edificio situado en la plaza”*. Aludía también a otra Sentencia de 2 de febrero de 2017 (de la que adjuntaba copia) en la que también se recoge que un establecimiento no situado en la Plaza de Ramales (que además carecía de licencia de funcionamiento), en aplicación del artículo 9.3 de la Ordenanza, no estaba en condiciones de obtener autorización de terraza.

El interesado aducía además que la ejecución de la Sentencia de 31 de octubre de 2016, declarada firme el 11 de enero de 2017, no se produjo hasta el 20 de junio de 2017 cuando el concejal presidente del distrito Centro declaró la nulidad del decreto por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto.

El interesado detallaba los daños y perjuicios sufridos de la siguiente manera:

“- La reducción no ajustada a derecho de 6 mesas.

- La indecente instalación de 6 mesas de terraza por parte de otro establecimiento, que está situado cruzando una calle de 2 carriles de circulación, en la puerta de mi negocio sin que los clientes supiesen exactamente a cuál pertenecían, ya que fueron situadas injusta pero meridianamente delante de la puerta de mi establecimiento, creando gracias a ello un permanente y desgraciado diario conflicto durante cerca de dos años entre los camareros de ambos locales y, sobre todo, con los clientes que requerían un servicio en la misma puerta de mi local, en el cual estaban supuestamente sentados pero que no podían ser atendidos. Esto ha dado lugar durante todo este tiempo a permanentes reclamaciones de esos clientes imputables a otro establecimiento los cuales manifestaban sentirse engañados por una situación rocambolesca, pero sobre todo el mal servicio y los precios abusivos dañando la imagen del Café de los Austrias. Más grave aún han sido las numerosas situaciones incluso de violencia que ello ha producido por parte de clientes que pensaban que no se les quería atender como si fuera una descarada tomadura de pelo. Excuso mencionar cuales han sido los servicios utilizados por todos esos clientes a lo largo de dos años.

- Los conflictos que se produjeron a raíz de la firmeza de la sentencia 441/2016 por no actuar la Junta Municipal con la debida diligencia lo que provocó conflictos con los propietarios del otro local, que no reconocía mi derecho a instalar mis mesas iniciales, y que dieron lugar como colofón a varias intervenciones policiales en la plaza, obligando esta incluso a retirar unas mesas legalmente restituidas por una sentencia judicial firme, dañando nuevamente la imagen de mi local, ya que los clientes asistían a unas escenas con la policía en la propia puerta de mi establecimiento como si de un ilegal se tratase.

- Los gastos que ha tenido que afrontar para resolver esta situación administrativa y judicialmente.

- Los gastos financieros extraordinarios que ha tenido que afrontar por solicitud de créditos”.

El interesado manifestaba que se estaba realizando un estudio económico de evaluación del impacto sobre su establecimiento y que estimaba que el descenso en el volumen de negocio podría estar por encima de 150.000 euros. A dicha cifra añadía 13.612,10 euros por gastos de minutas de abogados; 2.804,11 euros por gastos financieros y 200 euros por gastos de recuperación de mobiliario injustamente retirado por el Ayuntamiento.

El interesado adjuntó a la reclamación las sentencias citadas en el escrito; diversas actas de inspección de terrazas; boletines de denuncia de la Policía Municipal y facturas correspondientes a honorarios de un abogado.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos que resultan de interés para la emisión del dictamen:

Mediante Acuerdo de la Comisión Especial de Terrazas de Veladores de 21 de julio de 2010 se autorizó al ahora reclamante la instalación de una terraza de veladores en la plaza de Ramales nº3 y calle Amnistía nº 12, con una superficie de ocupación de 69,48 m² (12 mesas, 83 sillas y 7 sombrillas).

Presentada una nueva solicitud de autorización de terraza de veladores en la plaza de Ramales para otro local distinto al del reclamante, situado en la calle Vergara, 14, los servicios técnicos municipales informaron el 30 de abril de 2015 que *“para poder autorizar la instalación de la terraza solicitada, habría que modificar de oficio la autorización de terraza de veladores del local situado en la Plaza de Ramales, 3, autorizada en el expediente 101/2003/06707, reduciendo la superficie autorizada en seis módulos de 1,80 x 1,80 m”.*

El 6 de mayo de 2015 se notificó al reclamante que por el Departamento de Servicios Técnicos se había detectado la necesidad de modificar la instalación de la terraza de veladores de su local debido a la solicitud del local de la calle Vergara, 14, reduciendo la superficie autorizada para realizar un reparto conforme a lo establecido en el artículo 7 a) de la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración. Con dicha notificación se le confirió trámite de audiencia.

El 18 de mayo de 2015 el interesado formuló alegaciones oponiéndose a la modificación de su autorización, entre otras cuestiones, porque el local al que se pretendía otorgar la nueva autorización no cumplía lo dispuesto en el artículo 7 a) de la citada ordenanza, al no encontrarse el local solicitante en la plaza donde se pretendía instalar la terraza.

Tras la emisión de los informes técnicos y jurídicos correspondientes, las alegaciones del reclamante fueron desestimadas por Decreto de 10 de junio de 2015 del concejal presidente del distrito Centro, que además acordó modificar la autorización concedida al reclamante para la terraza de veladores de la Plaza de Ramales,3.

Contra el mencionado decreto el interesado interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Decreto de 20 de julio de 2015 del concejal presidente del distrito Centro.

El reclamante formuló recurso contencioso-administrativo contra el decreto desestimatorio del recurso de reposición que fue estimado por Sentencia de 31 de octubre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2, de Madrid. En la citada sentencia se consideró que el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Madrid debía encuadrarse entre los de modificaciones previstas en el artículo 24 de la Ordenanza que determina que las autorizaciones de terrazas puedan modificarse durante su plazo de vigencia o suspenderse temporalmente,

en dos casos: a solicitud del titular de la autorización, que deberá acompañar la documentación descriptiva de los cambios que solicita, o bien de oficio por el Ayuntamiento de Madrid, cuando concurren circunstancias que justifiquen un cambio en las condiciones de la autorización vigente o una suspensión temporal, sin que se genere derecho a indemnización. La sentencia considera que el procedimiento adoptado por el Ayuntamiento de Madrid era el adecuado para adoptar la resolución recurrida. La sentencia indica que conforme a esta normativa la regla general es que las terrazas deben situarse frente a la fachada del edificio en el que se ubiquen los establecimientos y que la Administración no había motivado suficientemente las razones que habían servido de fundamento para modificar la autorización *“pues se dice y el informe técnico no lo resuelve, que la nueva solicitud cumplía con los determinaciones de la Ordenanza, siendo así que el propio recurrente manifiesta la falta de cumplimiento de las condiciones exigidas por la Ordenanza. En este sentido no se acredita por qué se concede la autorización en la Plaza de Ramales cuando el establecimiento está situado en la calle Vergara 14 y no en la citada Plaza. Tampoco se acredita por qué se otorga la autorización sobre el espacio que utilizaba la recurrente cuando no es colindante con la citada calle sino con la calle Amnistía. Habría sido necesario justificar las razones de no ubicar la autorización de terraza solicitada en la propia calle Vergara y las razones por las que se ubicaba en el lugar de la autorización del recurrente”*.

La sentencia acaba señalando que *“el artículo 9.3, utilizado por la resolución para modificar la autorización existente, cuando dice que podrá autorizarse la instalación en establecimientos separados por calzada de la terraza cuando se trate de plazas en las que exista una banda permanente de circulación rodada, bulevares o calles sin salida, hay que entenderlo referido a los establecimientos que se encuentren ubicados en edificios de la misma plaza, no a establecimientos aledaños como en el caso enjuiciado en que se trata de un establecimiento que no se ubica en edificio situado en la Plaza”*.

La sentencia fue declarada firme el 11 de enero de 2017.

Por Decreto de 20 de junio de 2017 del concejal presidente del distrito Centro se acordó acatar la sentencia y disponer su cumplimiento, lo que implicaba la extinción de la autorización de la terraza concedida al establecimiento de la calle Vergara, 14 y nueva autorización al establecimiento del reclamante en los términos de la concedida el 21 de julio de 2010.

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente que, recibida la reclamación, se requirió al reclamante para que declarase que no había sido indemnizado (ni iba a serlo) como consecuencia del daño sufrido o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas, que se indicase si por estos mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y, en su caso, debía remitir copias, justificación documental de la indemnización solicitada e indicación de los medios de prueba que se propusiesen.

En contestación al anterior requerimiento el reclamante presentó un escrito en el que negaba que hubiese recibido o fuera a recibir una indemnización por los conceptos por los que se estaba reclamando, declaró que no se seguía ninguna otra reclamación civil, penal o administrativa y propuso como prueba un informe pericial de análisis de los perjuicios económicos sufridos por el establecimiento tanto en cuanto al lucro cesante como al daño emergente. Además indicó que no aportaba documentos tributarios por contener datos personales de especial protección ni tampoco los extractos de cuentas bancarias. Finalmente cifraba el importe de la indemnización solicitada en

165.716,23 euros. Además del citado informe pericial aportó una factura correspondiente al coste de su realización por un importe de 1.136 euros.

Obra en el expediente que se comunicó la reclamación a la aseguradora municipal y que esta la rehusó al tratarse de un riesgo que estaba excluido de la póliza contratada por el Ayuntamiento.

Por oficio de 15 de junio de 2018 se requirió al Distrito de Centro para que informara sobre las causas que justificaron la reducción de la terraza de veladores de la que era titular el reclamante e indicara si la terraza del reclamante permaneció abierta durante todo el periodo al que se extendió la reducción de su espacio con la disminución de los veladores autorizados e informara sobre la proximidad de la terraza autorizada al establecimiento de la calle Vergara, 14, con la de la plaza de Ramales, 3, y calle Amnistía, 12. Además se solicitó copia completa del expediente de otorgamiento de la licencia con sus modificaciones, incluyendo las resoluciones judiciales y que se informara sobre cualquier otro extremo que se considerase oportuno y fuera de interés para determinar la existencia de responsabilidad y a quién debe ser imputada.

El 29 de junio de 2018 se emitió el informe requerido, firmado por la jefa del Departamento Jurídico, que puso de manifiesto, en cuanto a las causas que justificaron la reducción de la terraza de veladores de la que era titular el reclamante, que ante la solicitud de terraza de veladores presentada por la empresa titular del establecimiento de la calle Vergara 14, los servicios técnicos del Distrito consideraron la necesidad de modificar la autorización de la terraza de veladores del local situado en la Plaza Ramales nº 3, reduciendo su superficie, para poder autorizar la instalación de la terraza solicitada, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 24 b) de la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración de 30 de julio de

2013, que habilita a modificar de oficio las autorizaciones de terrazas de veladores. Por ello, se llevó a cabo una reordenación del espacio público para poder atender a todas las solicitudes de instalación de terraza de veladores y hacerlo compatible con otros usos del dominio público, según informe técnico de 30 de abril de 2015.

En cuanto a la información solicitada sobre si la terraza permaneció abierta durante todo el periodo al que se extendió la reducción de su espacio con la disminución de los veladores autorizados, el informe expone que se realizaron visitas de inspección con el resultado siguiente:

- 19/06/2015: excede en un mueble auxiliar.
- 20/06/2015: excede en 6 mesas y 24 sillas.
- 23/06/2015: excede en 6 mesas y 24 sillas.
- 30/06/2015: excede en 6 mesas y 22 sillas y se procede a su levantamiento por exceso de lo autorizado.
- 04/08/2015: cumple con lo autorizado.
- 08/03/ 2018: el mobiliario se encuentra apilado.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la distancia entre las terrazas el informe aclara que el artículo 8.2 a) de la Ordenanza Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración establece un mínimo de 1,50 metros como distancia entre terrazas consecutivas, por lo que ante la solicitud de terraza de veladores del establecimiento de la calle Vergara,12, los servicios técnicos del Distrito consideraron la necesidad de modificar la autorización de la terraza de veladores del local situado en la Plaza Ramales n° 3, reduciendo su superficie, para poder autorizar la instalación de la terraza solicitada, de acuerdo con el

informe técnico de fecha 30 de abril de 2015. El informe añade que tras la sentencia y como consecuencia del acatamiento de la misma, el espacio ocupado en la Plaza Ramales pertenece únicamente a la terraza de veladores del reclamante.

Por último el informe explica que la autorización de terraza de veladores es una autorización administrativa de carácter discrecional, careciendo el particular de un derecho preexistente a implantar una terraza de veladores y que la Administración tiene la potestad de decidir sobre el otorgamiento de la autorización ponderando, entre otros aspectos, el interés público existente, haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. Añade que no se trata de la alteración de una situación jurídica consolidada generadora de derechos, que tampoco se trata de una licencia urbanística y que se fundamenta, según reiterada jurisprudencia, en la mera tolerancia de la Administración que permite instalar en la vía pública una terraza desmontable.

Al informe se acompañaban los expedientes relativos a la autorización de la terraza de veladores del reclamante, de modificación de la autorización y del procedimiento contencioso-administrativo (folios 111 a 771 del expediente).

Incorporado el informe y los expedientes al procedimiento, se confirió trámite de audiencia al reclamante que formuló alegaciones en la que reiteró los términos de sus escritos anteriores. Además indicó que mantuvo instalada su terraza, al no ser firme la resolución por la que se ordenaba su levantamiento ya que contra la misma se presentó recurso de reposición, dentro del plazo legal con fecha 29 de junio de 2015 y que por la propia Junta Municipal de Centro se emitieron abonares para el pago de la liquidación de la terraza en la misma fecha del Decreto de 10 de junio (coincidente con la del decreto de modificación de la terraza) y con duración dos trimestres, es decir,

hasta el 30 de junio, por lo que entiende que la propia Administración consideraba factible la instalación de la terraza a todos los efectos. Subraya que ese mismo día los servicios municipales se presentaron a retirar la terraza del reclamante levantando en presencia de los clientes las mesas y sillas “*como si de un delincuente se tratara*”, y no permitiendo que por él mismo se realizara dicha retirada, entre otras, para no incurrir en más gastos, motivo por el cual en sus escritos anteriores se hacía mención al gasto de recuperación del mobiliario retirado por importe de 200 euros.

Por último, se formuló propuesta de resolución el 8 de mayo de 2019 en la que desestimaba la reclamación por no resultar acreditada la antijuridicidad y la efectividad del daño.

CUARTO.- La alcaldesa de Madrid (actuando por su delegación el coordinador general de la Alcaldía), a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, formuló preceptiva consulta por trámite ordinario, a la que correspondió el número de expediente 261/19. Su estudio, por reparto de asuntos, correspondió a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en la sesión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de 4 de julio 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 de acuerdo con el artículo 5.3.f) a

de la Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), al ser la persona al que se modificó la autorización de la instalación de la terraza de veladores de la que era titular, posteriormente anulada en vía judicial.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, que es la Administración Pública que ha dictado el acto administrativo cuya anulación da pie al escrito de reclamación patrimonial.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial motivada por la anulación de actos o disposiciones administrativas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, conforme establece el artículo 67.1 LRJ-PAC.

De acuerdo con la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de enero de 2000, debe fijarse el día inicial del plazo en la notificación de la sentencia al

reclamante o cuando este conoce su contenido si no ha sido parte en el proceso. En este caso, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de 31 de octubre de 2016 fue declarada firme el 11 de enero de 2017, y aunque no consta su notificación, la reclamación interpuesta el 13 de diciembre de 2017 puede estimarse presentada dentro del plazo legalmente establecido.

En materia de procedimiento se han observado los trámites marcados en la LPAC. Tal como previene el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado informe del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid, habiendo sido emitido por el Departamento Jurídico. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC se confirió el oportuno trámite de audiencia al reclamante que formuló las alegaciones que tuvo por convenientes en el plazo conferido al efecto. Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución desestimatoria, remitida junto con el resto del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Debemos partir de la consideración de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución, 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 por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en

los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC. Según estos preceptos, se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP-PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata

y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En este caso, el presupuesto determinante de la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste en la anulación en sede judicial del Decreto de 20 de julio de 2015 del concejal presidente del Distrito Centro por el que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 10 de junio de 2015 del mismo concejal, por el que se modificaba la autorización de ocupación de suelo público para la instalación de una terraza de veladores de la que era titular el reclamante.

Dicha exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento, pues, en el artículo 32.1 párrafo segundo de la LRJSP (en el mismo sentido el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el cual, y en lo que aquí interesa, se expresa así:

“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por si misma, derecho a la indemnización”.

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección

5ª, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, *“el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”*.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 2017, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1998 y 1 de febrero de 2000, entre otras, señala que *“la mera anulación de actos o disposiciones de la administración no dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la administración produce un perjuicio que el recurrente no está obligado a soportar, y, no es, por tanto, el aspecto objetivo del actuar antijurídico de la administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”*.

CUARTA.- Trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa, cabe decir que del análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, pero ha de partirse de la consideración de que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas, recae en quien la reclama, según la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que

recuerda que *“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 quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

La entidad reclamante alega que la modificación de la autorización le ha supuesto unos daños que cifra en 165.716,23 euros en su último escrito, con el siguiente desglose:

- Lucro cesante: 149.040,52 euros según el informe que ha aportado al procedimiento.

- Daños emergentes: gastos de defensa jurídica y emisión de informe pericial, 13.150 euros y gastos financieros por la contratación de una línea de crédito debido a la menor facturación, 3.525,71 euros.

Comenzando por el lucro cesante, se reclaman por este concepto 149.040,52 euros. Sobre el resarcimiento del lucro cesante mediante el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo (así en Sentencia de 9 de junio de 2015, recurso 2722/2013, entre otras muchas):

- a) La prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros “sueños de ganancias”, como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986.

- b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

c) Es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una acreditación rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

Pues bien, en este caso no se ha practicado una prueba sólida de este concepto reclamado puesto que, para demostrarlo, se ha aportado un informe pericial que no se acompaña de ninguna documentación fiscal ni contable que dé sustento a los datos que en él se contienen. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así el Dictamen 33/14, de 22 de enero, entre otros) y esta Comisión Jurídica Asesora, verbigracia en el Dictamen 75/18, de 15 de febrero.

Además los cálculos efectuados por dicho informe son poco rigurosos a la hora de determinar la pérdida de ingresos que estima sufrida por el reclamante pues a la hora de efectuar dicho cálculo toma en cuenta un periodo que se inicia el 10 de junio de 2015, fecha en la que se adoptó el Decreto por el que se modificó la autorización del reclamante, sin tener en cuenta que conforme a los datos que obran en el procedimiento la terraza del interesado siguió funcionando en los términos previos a la modificación de la autorización, según las actas de inspección que obran en el expediente, por lo menos hasta el 30 de junio de 2015. Por otro lado, como con acierto se recoge en la propuesta de resolución, el método de cálculo empleado se basa en realizar una media de ingresos por mesa del establecimiento durante los años 2011 a 2014 y multiplicarla dicha media por las seis mesas que se suprimieron con la modificación de la autorización, pero sin diferenciar en esa media según se trate de una mesa del interior del establecimiento de una mesa de terraza, cuando estas últimas resulta evidente que están sometidas a circunstancias (como son las

climatológicas) que indudablemente han de influir en su ocupación, que lógicamente no pueda ser la misma que la de las mesas del interior del establecimiento. Además el informe incrementa en un 20% la cantidad que resulta de la multiplicación anteriormente indicada, en atención a la mejora de la coyuntura económica en los años 2015 a 2017, sin aportar ninguna justificación del porcentaje aplicado.

En definitiva, la cantidad reclamada como lucro cesante no reúne los requisitos exigidos porque, tal como ha quedado expuesto, está basada en una estimación incierta y carente de sustento documental. En consecuencia, no se puede tener por acreditados los daños reclamados en concepto de lucro cesante.

Como daños emergentes se reclaman determinadas cantidades en concepto de honorarios de abogado y procurador, la realización del informe pericial en relación con la valoración de los daños y los gastos financieros derivados de la contratación de una línea de crédito debido a la menor facturación.

Con respecto a los honorarios de abogado y procurador, que se han acreditado mediante las correspondientes facturas, se observa que las mismas vienen referidas tanto a las actuaciones administrativas en relación con la modificación de la autorización y la interposición del recurso de reposición contra el Decreto de 10 de junio de 2015 como a la actuación en vía contencioso-administrativa. En relación con estos últimos esta Comisión Jurídica Asesora, siguiendo la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así su Dictamen 74/13), ha considerado que los gastos procesales tienen una vía específica de resarcimiento, como es la condena en costas y nunca fuera de las mismas, y si no existiera pronunciamiento expreso sobre costas, las allí causadas son imputables a cada una de las partes litigantes, sin que sea posible su posterior reclamación a la parte que no fue condenada en el momento en que ello era posible (así también la

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2001 (Recurso 156/1999) que, con cita de la jurisprudencia anterior (SSTS 3 de mayo de 1977, 17 de marzo de 1978, 29 de octubre de 1980 y 17 de septiembre de 1985) y del propio Consejo de Estado, por todos, en el dictamen núm. 52915/1989, de 2 de marzo, o en el 2394/1995, de 16 de noviembre).

Por lo que se refiere a la admisión de los honorarios de abogado por la actuación en vía administrativa como daño integrante de la responsabilidad patrimonial es discutible toda vez que la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo es voluntaria, por lo que, a priori, cabría negar la existencia de nexo causal entre ese daño y la actuación de la Administración, al producirse por la voluntad exclusiva del reclamante que solicita esos servicios profesionales de asesoramiento jurídico. No obstante, en determinadas ocasiones se puede admitir su resarcimiento en atención a la complejidad del asunto. Así por ejemplo lo entendió el Dictamen 181/12, de 28 de marzo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid sobre la base de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2011 (recurso 3986/2006). En este caso no parece que el asunto revistiera especial complejidad para el interesado, pues aunque se trata de la interpretación de una ordenanza, lo cierto es que los argumentos utilizados por el interesado en fase de alegaciones en el expediente de modificación de la autorización, cuando según la documentación aportada aún no contaba con asesoramiento jurídico, no difieren de los posteriormente utilizados en el recurso de reposición, momento al que se refieren los gastos por honorarios solicitados.

En cuanto a la cantidad reclamada en concepto de realización del informe pericial de valoración del daño, consideramos que se trata de un gasto voluntario asumido por el reclamante y no resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial. Como hemos dicho el daño podría haber sido justificado mediante la aportación de la documentación

contable y fiscal pertinente lo que no habría supuesto ningún coste para el interesado.

Por último ninguna documentación se aporta en relación con los gastos financieros que reclama por la contratación de una línea de crédito, por lo no podemos considerarlo un daño efectivo, resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial.

En definitiva, si bien puede ser cierto que la modificación de la autorización para la instalación de la terraza, con disminución de las mesas del establecimiento constituye un daño en cuanto la evidente pérdida de ingresos que ello debió suponer para el reclamante, sin embargo, conforme a lo expuesto, no se ha acreditado fehacientemente dicho daño.

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, entre otros, 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”.

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 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. Se trata de autorizaciones cuyo otorgamiento no es reglado sino discrecional, y, como afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de febrero de 2014: "(...) *la mera concurrencia de los requisitos necesarios para que la ocupación pueda ser autorizada no otorga derecho alguno a su concesión. El Ayuntamiento, considerando todas las circunstancias reales o previsibles, podrá conceder o denegar la autorización, haciendo prevalecer el interés general sobre el particular*". Las mismas razones de interés general pueden motivar la modificación o incluso la revocación de la autorización. En este sentido el artículo 24 de la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración permite al Ayuntamiento, de oficio, modificar las autorizaciones de

terraza, cuando concurren circunstancias que justifiquen un cambio en las condiciones de la autorización vigente o una suspensión temporal, “*sin que se genere derecho a indemnización*”.

En este caso el cambio en la autorización vino motivado por la solicitud de autorización de terraza de otro establecimiento, ante la que los servicios técnicos municipales informaron que la forma de proceder era la modificación de la autorización concedida al establecimiento de reclamante, reduciendo la superficie que ocupaba la terraza del mismo. Se trataba de homogeneizar la distribución del espacio público favoreciendo la actividad económica de más establecimientos. A lo largo del procedimiento de modificación de la autorización se mantuvo una interpretación del artículo 9.3 de la citada Ordenanza, que se consideró aplicable al establecimiento de la calle Vergara 14, que no fue la que sostuvo el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, pero ello no implica que la Administración actuara de forma arbitraria pues su actuación se derivó de los informes que realizaron sus servicios técnicos que interpretaron la norma aplicable en distinto sentido a la interpretación que acogió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Muestra de que trataba de una cuestión que albergaba dudas en derecho es que la sentencia no efectuó una condena en costas al amparo del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuando señala que el órgano jurisdiccional “*impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*”. En un sentido parecido nos pronunciamos en nuestro Dictamen 150/19, de 11 de abril.

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 4 de julio de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 282/19

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid