

Dictamen n<sup>o</sup>:           **19/11**  
Consulta:               **Alcalde de Madrid**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **26.01.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 26 de enero de 2011, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1<sup>o</sup> de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.A.G.N. sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los daños y las supuestas pérdidas económicas en el quiosco de bebidas del que es concesionario y que atribuye a obras públicas en el Parque Lineal de Palomeras.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio de 27 de diciembre de 2010, registrado de entrada el 30 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 26 de enero de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación en formato electrónico (cd) que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Por escrito presentado el 16 de noviembre de 2009 (folios 1 a 9), el interesado, reclama responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de las obras llevadas a cabo en las inmediaciones del quiosco de bebidas del que es concesionario, lo que le ha provocado, según expresa en la reclamación, desperfectos en las instalaciones del quiosco e importantes ganancias dejadas de percibir, sin determinar la cuantificación de los meritados daños. Aporta, entre otros documentos, el contrato de concesión registrado en el Registro Municipal de Contratos del año 2002 con el número aaa.

**TERCERO.-** Por dichos hechos se inició expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Con fecha 26 de enero de 2010 se notifica al requerimiento para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 LRJ-PAC complete la solicitud y, en los términos del artículo 6 del RPRP, se acrediten los extremos que se indican en el anexo.

Con fecha 4 de febrero de 2010, el interesado cumplimenta el citado requerimiento declarando que no ha sido ni va a ser indemnizado por los

daños reclamados, aporta fotografías y croquis del lugar y solicita la práctica de prueba testifical señalando diversos testigos de los que aporta: nombre, número de DNI, domicilio y teléfono de contacto. Valora la cuantía de la indemnización en cuarenta y ocho mil euros (48.000 €), de los cuales solicita veintitrés mil euros (23.000 €) en concepto de lucro cesante para cuya demostración presenta declaraciones del IRPF de los años 2003 a 2008 y afirma que los ingresos del año 2009 son de cuantía notablemente inferior a la media de los años anteriores, aunque no aporta documentación que justifique este extremo. Los veinticinco mil euros (25.000 €) restantes los solicita como estimación de los daños producidos en el quiosco y para su reparación, no aporta presupuestos ni facturas que justifiquen esta cantidad.

El 9 de marzo de 2010 el interesado presenta un escrito solicitando celeridad en la resolución de su expediente.

El Departamento de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales solicita el 15 de marzo de 2010 informe a la Dirección General de Patrimonio Verde.

Con fecha 26 de marzo de 2010, por la Subdirección General de Proyectos y Obras se emite informe (folios 98 y siguientes), en el que se hace constar que las obras realizadas en el Parque Lineal de Palomeras a partir de octubre de 2008 fueron promovidas por el Ayuntamiento de Madrid a través de una empresa adjudicataria de la que aporta nombre y domicilio social. Sobre las obras realizadas en las inmediaciones del quiosco de bebidas expone lo siguiente:

*“- Los frentes de trabajo no fueron abiertos en el Parque Lineal de Palomeras 2 hasta finales de agosto de 2009, iniciándose las actuaciones en el puente en el que la Avda. de la Albufera salva la Avda. de Miguel Hernández, a unos 800 m. de la ubicación del quiosco.*

- *Estos primeros trabajos eran de escasa actividad y avance, siendo el volumen de obra real ejecutada con respecto a las previsiones totales recogidas en el proyecto de aproximadamente el 30 por ciento a mediados de septiembre de 2009, a tres meses de finalización de las obras. En estos momentos los frentes de trabajo se encontraban aproximadamente entre las calles Torremolinos y Asturianos, a unos 400-500 m de la zona de inicio de los trabajos y a 300-400 m del quiosco.*

- *Los trabajos tuvieron un mayor avance en la zona de viales (abajo) que en la de terrizos (arriba) donde está el quiosco.*

- *Con el ritmo de trabajo descrito en el Parque Lineal de Palomeras 2, la zona ocupada por la terraza del quiosco mismo no se vio afectada hasta mediados de octubre de 2009.*

- *Se dieron las órdenes oportunas al contratista de las obras para que la incidencia de los trabajos sobre la zona ocupada por la terraza del quiosco fuera la mínima en el tiempo y en el espacio, pero dicha afección era imposible de evitar en su totalidad dadas las características de los trabajos a realizar y como resultado final supondrían una notable mejoría de los firmes del parque.*

- *La zona de los veladores no estuvo afectada más de dos semanas, incluyendo este tiempo las labores de remate.*

- *El régimen de inspecciones de obra realizado en el Parque Lineal de Palomeras 2 fue de una visita a la semana como mínimo. Las visitas se realizaron en el intervalo transcurrido entres las 9:00 a las 13:00 horas, desde agosto a diciembre de 2009.*

- *Las obras ejecutadas en el Parque Lineal de Palomeras 2 se realizaron de acuerdo a las prescripciones técnicas y administrativas recogidas en los pliegos de aplicación.*

- Durante todo el periodo de visitas realizadas para la supervisión, inspección y control de las obras en el Parque Lineal de Palomeras 2, y según el régimen anteriormente descrito, no se observó actividad ninguna ni en el quiosco ni en sus veladores, permaneciendo la instalación siempre cerrada, independientemente de que los frentes de trabajo estuvieran en el área de afección del quiosco, en sus proximidades o en la lejanía.

- Según la jefatura de obras del contratista, los trabajos finalizaban por las tardes normal y aproximadamente en torno a las 18:00 horas, y también según la misma fuente, lo habitual es que el quiosco permaneciese cerrado, siendo las aperturas irregulares.

- Durante todo en transcurso de las obras en el Parque Lineal de Palomeras 2 no se recibieron quejas de las afecciones de las obras al quiosco.

- Del estudio de la documentación fotográfica aportada se informa que el Documento nº 5 (pág. 24) no corresponde a ninguna actuación perteneciente a las obras realizadas en el parque por esta Subdirección General”.

Una vez instruido el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 RPRP se ha notificado trámite de audiencia y vista del expediente a todos aquellos a quienes se ha considerado como interesados en el procedimiento, es decir, al reclamante y a la empresa adjudicataria de las obras.

El interesado presenta escrito de alegaciones el 24 de junio de 2010 en el que reitera los hechos de su reclamación y dar por reproducido lo ya aportado en el expediente solicitando una resolución favorable a la reclamación.

En cuanto a la empresa adjudicataria de las obras, la representante de la misma con fecha 24 de junio de 2010 presenta escrito de alegaciones, en el que en síntesis manifiesta que su representada ha cumplido fielmente las obligaciones del contrato de obras con estricta sujeción a los Pliegos de Condiciones Técnicas, al Plan de Seguridad y Salud. Subraya que en las proximidades del quiosco se empleó maquinaria de pequeño tamaño, que la zona de cenadores no quedó vallada y que en todo momento se permitió el acceso a la terraza, dejando espacio suficiente para la colocación de mesas y sillas, consensuando estos espacios con el propietario del quiosco. También expresa que en esta zona los trabajos se concluyeron en dos o tres semanas, incluyendo los remates. Por otro lado manifiesta que *“el horario laboral de los trabajos era de 08:00 horas a 14:00 horas y de 16:00 horas a 18:00 horas, y durante dicho horario el quiosco permanecía cerrado”*. En virtud de lo expuesto considera que la empresa es ajena a cualquier responsabilidad.

Con fecha 13 de diciembre de 2010, la Adjunta al Departamento de la Unidad de Relaciones Institucionales elevó propuesta de resolución desestimatoria.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el Vicealcalde de Madrid, por

delegación efectuada por el Alcalde, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC, cuyo término se fijó el 5 de febrero de 2011.

**SEGUNDA.-** Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la citada LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño presuntamente causado por las obras del parque en su condición de titular de la concesión administrativa del quiosco de bebidas, lo que acredita con la aportación del contrato de concesión.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto que titular de la obra supuestamente causante del daño, en su condición de promotor de la misma de conformidad con lo expuesto en el informe de la Subdirección General de Proyectos y Obras.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En este caso, el daño económico alegado se refiere al periodo comprendido entre agosto y octubre de 2009, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 16 de noviembre de 2009.

**TERCERA.-** El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

**CUARTA.-** La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

*"1.- 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.*

*2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"*.

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- 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 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 anormal -es indiferente la calificación- 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) Ausencia de fuerza mayor. 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 aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

**QUINTA.-** Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa es preciso comenzar analizando la concurrencia del requisito de la realidad y efectividad del daño.

Sobre este punto no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras).

Sin embargo, en el supuesto objeto del presente Dictamen no ha quedado acreditado en el expediente que efectivamente se haya producido el daño económico que el reclamante alega. Entiende éste que se han producido unos daños en el local del quiosco que sólo acredita con una fotografía de una grieta sin que conste cuándo fue tomada la misma. Por otro lado afirma, que, a consecuencia de las obras, se ha producido un daño económico consistente en una pérdida de ingresos derivada de una menor utilización del negocio que explota y pretende acreditar la realidad de este perjuicio económico con la aportación de copia de su declaración de IRPF correspondiente a los años 2003 a 2008.

Ahora bien, los documentos aportados no permiten hacer prueba del daño alegado, por cuanto que no constituyen ninguna declaración oficial del volumen de negocio ni de los ingresos obtenidos en otros ejercicios que permitan dar por acreditado el perjuicio económico, pues la mera alegación de un daño no hace prueba de la existencia del mismo.

Como este Órgano consultivo ya ha dictaminado en ocasiones anteriores, verbigracia en el Dictamen 535/09, de 9 de diciembre, a propuesta de la Sección VII: <<Respecto del lucro cesante, es doctrina consolidada la que declara que las expectativas desprovistas de certidumbre no son indemnizables. El Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998), ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:

*“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].*

*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 prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del 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.*

*d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad”.*

En jurisprudencia posterior se reitera el criterio de que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditado la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, no siendo indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 -recurso 1761/2002- y 6 de abril de 2006 -recurso 3498/2003-)>>.

En consecuencia, no habiendo quedado acreditado en el expediente que el reclamante haya sufrido los daños económicos que invoca, no cabe reconocer responsabilidad patrimonial a la Administración, por cuanto que

un presupuesto del instituto de la responsabilidad es el de la existencia de un daño, cuya falta de acreditación es suficiente para desestimar la pretensión del interesado.

En mérito a lo señalado cabe concluir que no concurren los requisitos precisos para que pueda estimarse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 26 de enero de 2011