

Dictamen n^o **345/14**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.07.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 30 de julio de 2014, sobre la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.R.M.A., como administradora solidaria de la mercantil A, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios derivados de la denegación de la licencia para la instalación, apertura y funcionamiento de una escuela infantil privada denominada “B” en la calle C número aaa, de Valdemoro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de junio de 2013, la representante legal de la mercantil interesada presenta en el registro de entrada del Ayuntamiento de Valdemoro, escrito por medio del cual formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de la licencia de apertura y funcionamiento para la actividad de escuela infantil privada, solicitada por la reclamante y que tiene su fundamento en la nulidad de la resolución municipal de 3 de julio de 2008, decretada mediante Sentencia 145/2012, de 27 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid.

Expone la reclamante que el 6 de marzo de 2007 la Dirección General de Centros Docentes de la Comunidad de Madrid aprobó el proyecto de obras de las instalaciones del centro privado incompleto de educación infantil quedando configurado con dos unidades de primer ciclo y el 20 de julio de 2007 la Dirección General de Infraestructuras y Servicios tras la visita a las instalaciones emitió informe favorable indicando que coincidían con el proyecto aprobado.

La autorización para impartir Educación Infantil del centro privado “B” de Valdemoro, se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha bbb de 2007.

Para la ampliación de la licencia, refiere la interesada que la mercantil reclamante cumplió todos y cada uno de los requisitos exigidos, entre ellos un proyecto de apertura de escuela infantil firmado por un ingeniero técnico industrial y que con fecha 3 de abril de 2008, solicitó al Ayuntamiento de Valdemoro la preceptiva licencia para llevar a cabo la actividad, pero mediante resolución del municipio de 3 de julio de 2008, se deniega la licencia solicitada, lo que lleva a la inviabilidad de la explotación de la escuela infantil. La resolución de la denegación de licencia fue anulada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid.

Reclama en concepto de lucro cesante la cuantía de trescientos setenta y seis mil ciento ochenta y nueve euros (376.189 €), según el informe pericial efectuado por un auditor de cuentas que adjunta.

Al escrito acompaña, además del informe pericial mencionado, documentación relativa a la mercantil, entre otros la escritura de constitución de la sociedad cooperativa y sus estatutos.

SEGUNDO.- De la documentación obrante en el expediente se derivan los siguientes hechos:

El 14 de abril de 2005, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemoro concede licencia de apertura a la empresa A, para la apertura del establecimiento dedicado a “Ludoteca” con la denominación “B”, sito en la calle C número aaa de Valdemoro.

A principios del año 2008 se reciben en el Ayuntamiento diversas quejas vecinales por los ruidos procedentes del establecimiento, el horario de apertura y el funcionamiento del local como guardería infantil, lo que motiva la realización de varias visitas de la policía municipal, levantando las correspondientes actas, en las que se confirma que la entidad viene ejerciendo la actividad de escuela de educación infantil. El ingeniero técnico industrial municipal manifiesta que la actividad solicitada y concedida el 14 de abril 2005 en el local situado en la calle C, aaa es de Ludoteca y que *“Como actividad incluida en el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones de la Comunidad de Madrid (Decreto 184/1998, de 22 de octubre) se significa que el horario de apertura y cierre de la actividad está comprendido entre las 10:00 y las 00:30 horas”*.

Lo anterior motiva la apertura de un expediente sancionador que culmina con la imposición, el 19 de mayo de 2008, de una sanción por importe de 1.000 euros por incumplimiento del horario de apertura de la actividad para la que se tiene licencia. Contra esta resolución presentó la interesada recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia de 20 de mayo de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 13 de Madrid.

El día 3 de abril de 2008 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Valdemoro solicitud de licencia municipal para el desarrollo de la actividad de centro incompleto de educación infantil, que ya contaba con la preceptiva autorización de la Comunidad de Madrid, concedida por la Orden ccc, de 15 de octubre.

Motiva la solicitud para el cambio de actividad, aduciendo que desde que la mercantil comenzó a prestar servicio en 2003, se ha detectado en el municipio una elevada demanda insatisfecha de plazas de educación infantil y con el objetivo de contribuir a satisfacer esa demanda y ofrecer un servicio de mayor calidad y flexibilidad, *“han realizado las gestiones oportunas para la solicitud de autorización a nuestro centro para la impartición de enseñanzas de Educación Infantil de Primer Ciclo”*, con previsión de horario continuado de 7:00 a 20:00 horas, para facilitar una mayor conciliación de la vida familiar y laboral.

La Concejalía de Urbanismo y Obras, con fecha 14 de abril de 2008 emite informe técnico en el que se señala que el establecimiento posee licencia válida, eficaz y plenamente vigente a día de la fecha como ludoteca, licencia que no permite el desarrollo de actividad de centro incompleto de educación infantil; que la actividad docente no ha sido autorizada por el municipio, ni lo es de forma tácita por la autorización concedida por la Consejería de Educación mediante Orden ccc de 15 de octubre; que a la actividad de ludoteca, le es aplicable el horario general de apertura y cierre de la citada actividad recreativa que se establece entre las 10:00 y las 00:30 horas.

En relación a la solicitud de licencia se informa que *“se solicita la «ampliación» de una licencia de actividad que no se posee”*; que los documentos aportados para el ejercicio de la nueva actividad no se ajustan a las determinaciones administrativas y técnicas que el uso pretendido debe cumplir para su tramitación específica en las normas urbanísticas del vigente plan general; que debería haberse acompañado a la solicitud proyecto técnico por duplicado con Dirección Facultativa redactado por técnico competente y visado por su Colegio Profesional sobre el uso pretendido.

A la vista del anterior informe, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemoro, en sesión de 24 de abril de 2008 acuerda:

“Primero.- Que por la entidad A, se proceda e ajustar de forma inmediata su actividad a la Licencia de Instalación, Apertura y Funcionamiento concedida por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local reunida en sesión de fecha 14 de abril de 2005, para el desarrollo de la actividad de “LUDOTECA” en la calle C, aaa de Valdemoro, y a las condiciones de su otorgamiento. Y proceda a la suspensión inmediata de las actividades de centro de educación infantil que realiza sin estar amparadas en la citada licencia de Instalación, Apertura y Funcionamiento, contraviniendo las determinaciones urbanísticas.

En caso de no dar cumplimiento a la orden de suspensión se dispondrá el precinto provisional de las instalaciones por los agentes de la Policía Local.

Esta medida no tiene carácter de sanción y permanecerá vigente hasta tanto se dicte Resolución de carácter definitivo. Todo ello sin perjuicio de seguimiento de expediente sancionador que corresponda.

Segundo.- En base a lo preceptuado en el art. 84 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, póngase el expediente de manifiesto a la entidad A, en trámite de audiencia para que en plazo de DIEZ (10) DÍAS alegue y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

Tercero.- Requerir a la entidad A que aporte la documentación precisada en el artículo 5.2.9.2.-TOMO VI LIBRO 3- del vigente Plan General de Valdemoro y necesaria en la tramitación de las Licencias de Instalación, Apertura y Funcionamiento, sin la cual

no procede entrar al conocimiento de su solicitud de “ESCUELA INFANTIL PRIVADA (AMPLIACIÓN)”. Documentación que se indica en el informe Técnico que se une y motiva el presente.

Cuarto.- De este acuerdo deberá darse traslado al titular de la actividad, a la Policía local e interesados en el expediente, con indicación de los recursos y acciones que se estimen pertinentes”.

El 26 de mayo de 2008, la mercantil interesada presenta en el Ayuntamiento el proyecto técnico realizado por un ingeniero técnico industrial visado por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid el 21 de mayo de 2008 y el 30 de mayo siguiente presenta alegaciones al acuerdo notificado, en el que aduce que el horario de su actividad es conocido por el Ayuntamiento al figurar en una publicación municipal que versa sobre la inauguración de la ludoteca B, e insiste en que su actividad no está encuadrada en el epígrafe 6.4 (Salones de recreo y diversión- del Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos Locales e Instalaciones de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 184/1998, de 22 de octubre -Catálogo que sustituye al comprendido en el Anexo de la Ley 17/1997-).

Añaden que no ejercen la actividad para la que se ha obtenido la preceptiva licencia por parte de la Consejería de Educación, “*por el momento y hasta que no se obtenga el permiso del Ayuntamiento*”, que han presentado el proyecto técnico solicitado y como medios de prueba solicita se certifique por la Concejalía de Urbanismo y Obras “*los horarios autorizados para la apertura del resto de ludotecas de esta localidad*” y solicita el archivo de cualquier expediente abierto.

Con fecha 1 de julio de 2008 se emite informe por los servicios técnicos del Ayuntamiento en el que se da respuesta a las alegaciones formuladas por la interesada en relación al expediente sancionador por incumplimiento

del horario de apertura y, en relación a la solicitud de licencia de actividad de escuela infantil se indica:

“- Independientemente de la diferencia entre las dimensiones de la zona de patio que figura en el proyecto presentado para ludotecas (40 m²) y el presentado para escuela infantil (65 m²) se ha podido comprobar que dicha zona corresponde a un patio de luces, elemento común de un inmueble de uso residencial y no reúne las características técnicas necesarias que garanticen la seguridad de los niños.

- La zona definida en el plano n^o 2 del proyecto como pasillo distribuidor no podrá tener el uso que figura en el plano n^o 4 como área de usos múltiples, comedor, etc. al ser considerada como zona de paso.

- Tal como se establece en el artículo 8 del Real Decreto 18/2008 de 6 de marzo en los centros que dispongan menos de 3 unidades escolares sólo podrán tener un ratio máximo de 15 niños por aula”.

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemoro, en sesión celebrada el 3 de julio de 2008 acuerda denegar la licencia de instalación, apertura y funcionamiento solicitada por la mercantil recurrente para ejercer la actividad de escuela infantil privada (ampliación) y se insta a los representantes legales de la sociedad titular para que ejerza la actividad de Ludoteca para la que le fue concedida la autorización por resolución dictada el 14 de abril de 2005. El acuerdo fue recurrido por la reclamante ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid.

Con el fin de comprobar la adecuación del horario señalado para la actividad de ludoteca, la Policía local de Valdemoro realiza diversas inspecciones desde el 25 de agosto hasta el 16 de septiembre de 2008,

entre las 8:45 horas y las 9:20 horas, constatando que el local está abierto y con niños en su interior.

El 24 de febrero de 2009, la entidad A solicita la baja de actividad de ludoteca. El 18 de marzo de 2009, la Junta de Gobierno acuerda conceder la baja solicitada, que es notificada a los interesados el 27 de abril siguiente.

La Orden ddd de 27 de septiembre de la Consejería de Educación dispone extinguir por cese de actividades la autorización de la escuela infantil privada B, de la que es titular la mercantil reclamante y que se localiza en la calle C, aaa de Valdemoro. La Orden deroga y deja sin valor la que autorizó el funcionamiento legal de dicho centro, siendo necesario para el caso de que se instase la reapertura del mismo dar cumplimiento a la normativa vigente en materia educativa.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid dicta la Sentencia 145/2012, de 27 de abril, que estima la demanda interpuesta por A contra la resolución de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemoro de 3 de julio de 2008, que denegaba la licencia de apertura y funcionamiento para la actividad de escuela infantil privada, anulando este acuerdo, *“debiendo dictarse otro en que se conceda la licencia ampliatoria de apertura en los términos en que se solicitó, con la sola condición de habilitar una mampara que separe la zona de usos múltiples de la zona de paso, quedando una anchura de la zona de paso de como mínimo 1 metro, sin hacer expresa condena de costas”*. No consta la firmeza de la Sentencia, pero tampoco que haya sido recurrida.

TERCERO.- Ante la reclamación se ha incoado expediente de responsabilidad patrimonial. Con fecha 18 de julio de 2013, se practica requerimiento para que se complete la solicitud aportando justificante de la fecha de notificación de la Sentencia 145/12. Al mismo tiempo se comunica a la reclamante que puede aportar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de

prueba, concretando los medios de los que pretenda valerse. De no atender el requerimiento en el plazo concedido, se le tendrá por desistida de su petición.

Por escritos presentados el 1 de agosto y el 9 de octubre de 2013 cumple el requerimiento, aportando certificado del secretario judicial en el que se indica que la sentencia fue notificada al representante legal de la mercantil con fecha 6 de julio de 2012.

El Departamento de Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento de Valdemoro, con fecha 26 de noviembre de 2013 solicita a la Concejalía de Urbanismo informe sobre los siguientes extremos:

1.- Causas por las que se denegaba la licencia de apertura y funcionamiento para la actividad de escuela infantil.

2.- Copia de los documentos obrantes del expediente eee que puedan ser relevantes a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

Los Servicios Jurídicos de Urbanismo, con fecha 10 de diciembre de 2013 emiten el informe solicitado y comunican:

“Primero.- Que en base a informe de los Servicios Técnicos y Jurídicos de Urbanismo de fecha 1 de julio de 2008 [cuya copia adjuntan], mediante acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 3 de julio de 2008, entre otros, se denegó la Licencia de instalación, apertura y funcionamiento solicitada con fecha 3 de abril de 2008 por la reclamante para el desarrollo de la actividad de ESCUELA INFANTIL PRIVADA (AMPLIACIÓN) en la calle C, aaa de esta localidad (expediente eee).

Segundo.- El expediente eee es un expediente de ampliación de la actividad de LUDOTECAS ya existente en el local sito en la calle

C, aaa. Actividad -principal- de LUDOTECA que disponía de la preceptiva Licencia de instalación, apertura y funcionamiento, concedida por acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 14 de abril de 2005 (expediente fff).

Tercero.- Que de las distintas actuaciones policiales y administrativas llevadas a cabo en relación con las actividades desarrolladas en la calle C, aaa, resulta que por la reclamante se desarrolló junto a la actividad de LUDOTECA, la actividad de GUARDERÍA/CENTRO EDUCATIVO que excedía de aquella actividad autorizada de LUDOTECA, así como del horario autorizado en el expediente fff, lo que determinó la apertura por esta Administración de los correspondientes expedientes sancionadores y disciplinario para la adecuación de su actuación a la normativa aplicable y licencia concedida. Actuaciones que ponen de manifiesto que pese a aquella denegación de la licencia de instalación, apertura y funcionamiento de la actividad de ESCUELA INFANTIL PRIVADA (AMPLIACIÓN) se continuó desarrollando la misma junto a la actividad de LUDOTECA, lo que entendemos se realizó de forma retribuida, sin perjuicio de que ya se vinieran realizando -sin licencia municipal- antes de aquella fecha de 3 de julio de 2008.

Cuarto.- El acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 3 de julio de 2008 fue recurrido por la reclamante ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Madrid, siguiéndose el PO 45/2009, en el que ha recaído Sentencia nº 145/2012 con fecha 27 de abril de 2012 -uniéndose copia de la misma al presente-, cuyo fallo literalmente dice: «Que estimando la demanda interpuesta por A declaró la nulidad del acto administrativo impugnado, la resolución de 3 de julio de 2008 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valdemoro por la que en expediente eee de los servicios técnicos

municipales, se denegaba a la sociedad cooperativa demandante la licencia de apertura y funcionamiento para la actividad de escuela infantil privada, ampliación de su anterior actividad de ludoteca, ordenando a la demandante limitarse a ejercer esta actividad de ludoteca; el cual acto administrativo quedará sin efecto alguno, debiendo dictarse otro en que se conceda la licencia ampliatoria de apertura en los términos en que se solicitó, con la sola condición de habilitar una mampara que separe la zona de usos múltiples de la zona de paso, quedando una anchura de la zona de paso de como mínimo 1 metro, sin hacer expresa condena en costas.»

Quinto.- Indicar que no consta a este Servicio la firmeza de la referida Sentencia. En caso de firmeza y ejecución, debe recordarse que su cumplimiento conllevaría la previa actuación de la reclamante solicitando las licencias de apertura y funcionamiento para la actividad de LUDOTECA y su aplicación de CENTRO EDUCATIVO, dado que por A se ha causado voluntariamente la baja por cese en la actividad en el local sito en la calle C, aaa de esta localidad -a efectos de fecha 31/01/2009-, y en su virtud, se ha tramitado por esta Administración y resuelto el correspondiente expediente de baja de la actividad mediante acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 18 de marzo de 2009 -cuya copia se une al presente- que no ha sido recurrido por la reclamante.

Sexto.- Por otro lado, este Servicio tiene constancia de la ORDEN DE EXTINCIÓN DE ACTIVIDADES DE LA ESCUELA INFANTIL PRIVADA DENOMINADA B, DE VALDEMORO N° ddd de fecha 27 de septiembre, por la que se declara de oficio la extinción de la autorización por cese de actividades tras seguir el correspondiente expediente y a la vista de la comprobación realizada con fecha 1 de marzo de 2010 por el Servicio de Inspección Educativa de la Dirección de Área

Territorial de Madrid-Sur, sobre la ausencia de centro educativo en funcionamiento/inexistencia de actividades en la calle C, aaa, de esta localidad que no ha sido recurrido por la reclamante -y cuya copia se adjunta-, por lo que desde esa fecha carece de autorización autonómica para escuela infantil.

Séptimo.- Finalmente, entendemos que no resulta acreditada la relación de causalidad entre el acto administrativo denegatorio de la licencia y la ganancia dejada de percibir o lucro cesante a la que se refiere la reclamante, así como tampoco resulta acreditada la realidad del mismo. Lucro cesante que la reclamante ciñe a la hipotética actividad de escuela infantil -de vida indefinida- que hubiera desarrollado de haberse obtenido la licencia, que no se trata de ganancia concreta, cierta ni acreditada, sino de ganancia dudosa y contingente que incluye «los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna» -a que hace referencia la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo-.

La reclamante no tiene en cuenta que la actividad de GUARDERÍA/ESCUELA INFANTIL se siguió desarrollando -según resulta de las actuaciones que obran en el expediente- tras la denegación de la licencia junto a la de LUDOTECA, causándose baja voluntaria con fecha 31 de enero de 2009”.

Mediante escrito de 23 de enero de 2014, se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y se da traslado del índice de la documentación que obra en el expediente a efectos de que pueda solicitar por escrito dirigido al Departamento de Responsabilidad Patrimonial copia de los documentos que forman parte del mismo, previo pago de la tasa correspondiente.

El día 28 de febrero de 2014 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Valdemoro escrito de alegaciones en las que la parte interesada considera que los hechos están suficientemente acreditados y ratifica su reclamación, insistiendo en que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid “*declara la nulidad de la denegación de licencia por parte del Ayuntamiento de Valdemoro*”.

El 28 de enero de 2014, la técnico de gestión de la Concejalía de Régimen Interior del Ayuntamiento de Valdemoro emite propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por la mercantil A por no resultar acreditada la relación de causalidad entre el daño acaecido y el servicio público municipal y por no concurrir el requisito de la antijuricidad del daño.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta con fecha 3 de marzo de 2014 por el alcalde de Valdemoro, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, mediante escrito de 10 de abril siguiente, registrado de salida en la Consejería el 8 de mayo de 2014, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el día 9 del mismo mes y ha recibido el número de expediente 215/14, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, firmando la oportuna propuesta de dictamen el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos. El dictamen fue deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de julio de 2014.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, numerada y foliada, que se consideró insuficiente, por lo que se solicitó el complemento del expediente con fecha de 23 de mayo de 2014, teniendo entrada la documentación complementaria con fecha 8 de julio de este mismo año.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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 alcalde de Valdemoro, 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).

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de LRJ-PAC, desarrollados en el 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.

Ostenta la entidad reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado supuestamente por la denegación de licencia de actividad de escuela infantil, anulada posteriormente por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por otra parte, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Valdemoro, en cuanto que titular de la competencia en materia de licencias de establecimientos públicos *ex* artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

Por lo que se refiere al plazo para reclamar la responsabilidad hay que estar a lo dispuesto en el artículo 142.4 LRJ-PAC, que establece para los supuestos de anulación de actos en vía contencioso-administrativa, como es el que se examina, que *“el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”*.

La determinación de la fecha de inicio del cómputo del plazo requiere tener en cuenta el principio de la *“actio nata”* recogido entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (recurso 1545/04) que, citando la de 23 de enero de 2001, afirma que: *“el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello es posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (Sentencias de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad”*.

Este Consejo Consultivo ha sostenido en dictámenes anteriores (*vid.* Dictamen 14/08), acogiendo el meritado principio, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (TEDH 2000/11) en el asunto Miragall Escolano y otros contra España, en la que se establecía que *“el derecho de acción o de recurso debe ejercerse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos. Si no fuera así, los Tribunales podrán, retrasando la notificación de sus sentencias, acortar sustancialmente los plazos de recurso, incluso hacer imposible cualquier recurso. La*

notificación, en cuanto acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sirve para dar a conocer la decisión del Tribunal así como los fundamentos que la motivan, para, dado el caso, permitir a las partes recurrir”, que el inicio del cómputo del plazo lo constituye la fecha de notificación de la Sentencia.

En el caso que nos ocupa, la reclamación se presentó el 4 de junio de 2013 y la sentencia que anuló la resolución denegatoria de la licencia es de fecha 27 de abril de 2012, si bien se notificó a la interesada el 6 de julio de ese mismo año, por lo que la reclamación ha sido presentada en plazo.

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 exigido en los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- 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.

CUARTA.- Aplicando lo anterior al caso objeto del presente dictamen, procede analizar la concurrencia de los requisitos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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 (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).

Alega la reclamante que la denegación de la licencia de actividad de escuela infantil privada le generó un perjuicio económico consistente en el lucro cesante que cifra en la cuantía de 376.189 euros. Para acreditar el daño alegado presenta un informe pericial de un auditor de cuentas.

En el caso que nos ocupa el fundamento de la responsabilidad reclamada se encuentra en que la denegación de la licencia de actividad de escuela infantil fue anulada en vía judicial, habiendo ocasionado dicha denegación un daño económico a la reclamante al no haber podido desarrollar la actividad de escuela infantil privada.

Sin embargo, como establece el artículo 142.4 LRJ-PAC, la anulación de un acto no presupone necesariamente derecho a indemnización. En este sentido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de febrero de 2008 (recurso 315/2006) ha señalado:

“Las consecuencias lesivas derivadas de la anulación de un acto administrativo, ”según 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, pueden dar derecho a una indemnización, siempre y cuando -según ha declarado esta Sala y Sección en sentencias de cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, treinta y uno de mayo y cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y siete, veintiocho de junio de mil novecientos noventa y nueve y uno de octubre de dos mil uno- concurren los presupuestos o requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración: daño efectivo que por ser antijurídico el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, económicamente valuable, y conectado causalmente con la actividad

administrativa, ya que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma".

Lo determinante para que la lesión sea indemnizable es que debe ser antijurídica, lo que supone que la Administración se desenvuelva en su ámbito de actuación fuera de los márgenes admisibles de adecuación al ordenamiento jurídico. En palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de mayo de 2004 (6/556/2000), 24 de enero de 2006 (6/536/2002), 14 de febrero de 2006 (6/256/2002) y 31 de enero de 2008 (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 2008 (6/289/07) *"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. Es la llamada *"doctrina del margen de tolerancia"* que ha sido acogida por este Consejo en los dictámenes 450/09, 237/10, 122/11, entre otros.

En el caso sometido a dictamen, encontramos que la denegación de la licencia se basó en el informe de los técnicos municipales en el que se indicaba como motivos para la denegación:

1.- Que la zona de patio corresponde a un patio de luces, elemento común de un inmueble de uso residencial y no reúne las características técnicas necesarias que garanticen la seguridad de los niños.

2.- Que la zona de paso no puede tener el uso de área de usos múltiples, comedor, etc.

3.- Que, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 18/2008, de 6 de marzo, los centros que dispongan de menos de 3 unidades escolares sólo podrán tener un ratio máximo de 15 niños por aula.

Respecto al primer motivo para la denegación de la licencia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Madrid en la Sentencia 145/2012, de 27 de abril por la que se estimó el recurso contra la resolución de denegación de la licencia, señala expresamente que *“la insuficiencia de seguridad de un patio interior de edificio de viviendas no se considera algo indiscutible, sino opinable. Y en esta materia de lo opinable, el Ayuntamiento no puede denegar una licencia de actividad, puesto que la función de la licencia no es procurar la actividad en el nivel de seguridad que discrecionalmente decidan las autoridades municipales, sino comprobar que la actividad cumple los requisitos legales y reglamentarios. Es obligado conceder la licencia de actividad cuando el Ayuntamiento no puede demostrar que incumple alguna ley o reglamento, incluidas las ordenanzas y reglamentos municipales”*.

Del transcrito fundamento resulta sin gran discusión, que en este punto el criterio del Ayuntamiento no era ni mucho menos razonable, fundamentalmente porque ni se indica cuáles son las características técnicas de seguridad que no se reúnen, ni se cita la normativa que supuestamente se incumple en esta materia, por lo que no puede afirmarse que el Ayuntamiento actuara aplicando la normativa con arreglo a parámetros de razonabilidad, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada.

Es más, el artículo 7.5 del Decreto 18/2008, de 6 de marzo, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que imparten primer ciclo de educación infantil en el ámbito de la Comunidad de Madrid, dispone que cuando concurren circunstancias singulares suficientemente acreditadas a juicio de la Administración Educativa, la Consejería de Educación podrá autorizar como zona de juegos un espacio al aire libre, debidamente vigilado y acondicionado, aunque no sea de uso exclusivo, o incluso una superficie pública de esparcimiento, siempre y cuando estén situados en las proximidades del centro y que en el desplazamiento de los niños hasta ellos no sea necesario atravesar ninguna vía con tráfico rodado, incluidas salidas de garajes, a fin de garantizar su seguridad.

Y no cabe pasar por alto que la escuela infantil había sido autorizada por la Consejería de Educación, mediante la Orden ccc, de 15 de octubre.

En relación al segundo motivo invocado por los técnicos municipales para la denegación de la licencia, efectivamente, como se indica en el fundamento jurídico segundo de la sentencia anulatoria de la resolución de denegación de la licencia, no cumplía con la obligación de asegurar que estaría expedita la zona de paso y evacuación de incendio, pero se trata de un requisito subsanable mediante la instalación de una mampara fija que impida que las mesas invadan la zona de paso, como se apunta en la referida sentencia.

Sin embargo, el Ayuntamiento no dio a la interesada la oportunidad de subsanar el defecto apreciado, incumpliendo así las previsiones del artículo 9.1.4º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, con arreglo al cual, en los procedimientos de solicitud de licencias “*si resultaren deficiencias subsanables se notificarán al peticionario antes de expirar el plazo a que se refiere el número 5º para que dentro de los quince días pueda subsanarlas*”; ni tampoco justificó, en su caso, por qué consideraba que la

deficiencia no era subsanable y, en consecuencia, no procedía conceder plazo al efecto.

Por último, en relación a la ratio de alumnos, no se indica en el proyecto adjuntado con la solicitud de licencia la ratio de alumnos por aula. Tan solo en el apartado “*Condiciones de protección contra incendios/evacuación*” se incluye una tabla con la densidad de ocupación por estancia y el aforo, señalándose para el aula 1 un aforo de 14 personas y para el aula 2 un aforo de 23 personas. De estos datos no cabe razonablemente deducir que el número de alumnos del aula 2 sería 23, lo que contravendría las previsiones del artículo 8 del meritado Decreto 18/2008; y no cabe deducirlo porque expresamente se explica en el proyecto que esos aforos están calculados teniendo en cuenta los valores de densidad de ocupación establecidos en la tabla 2.1 del Documento Básico Seguridad en caso de Incendio del Código Técnico de la Edificación (Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo), es decir, son estimaciones efectuadas en función de la superficie de las estancias y a los efectos de determinar las condiciones de evacuación, por lo que no puede ser tenido en cuenta como dato expresivo de la ratio alumnos/aula de la escuela infantil que se pretendía abrir.

De todo lo anterior se infiere que la actuación de la Administración no se ajustó a los parámetros de razonabilidad a la hora de denegar la licencia solicitada, lo que permite concluir que el daño ocasionado a la reclamante es antijurídico.

QUINTA.- Llegados a este punto procede cuantificar el importe de la indemnización. Como ya se ha indicado, la reclamante aporta un informe pericial de un auditor de cuentas en el que se valora el lucro cesante en la cuantía de 376.189 euros, desglosado del siguiente modo: 21.623 euros correspondientes al lucro cesante de los años académicos 2008-2009 a 2011-2012; y 354.566 euros al lucro cesante a partir del curso escolar 2012-2013.

Sobre esta valoración cabe efectuar las siguientes consideraciones. En primer término, que no es indemnizable el lucro cesante a partir del curso escolar 2012-2013 en tanto en cuanto la sentencia anulatoria de la resolución por la que se deniega la licencia de actividad de escuela infantil y se acogen las pretensiones de la demandante se dictó el 27 de abril de 2012, y se notificó a la interesada el 6 de julio de ese mismo año, por lo que a partir de entonces y una vez firme la sentencia podía haber solicitado su ejecución y, en consecuencia, haber obtenido la licencia para desplegar la actividad. Si no lo ha hecho, ello no es imputable a la actuación del Ayuntamiento y, por tanto, no pueden recaer sobre éste los efectos de la pasividad de aquélla.

Así pues, estima este Consejo que el único lucro cesante indemnizable es el correspondiente al periodo desde que se dictó la resolución denegatoria de la licencia hasta que se anuló judicialmente la misma, lo que abarca los cursos escolares de 2008-2009 a 2011-2012.

Ciñendo así el daño indemnizable se considera razonable la valoración efectuada en el informe pericial aportado. Dicha valoración se efectúa en atención a la ocupación máxima de la escuela infantil y ello se fundamenta en que durante los años 2008 a 2012 se abrieron en la misma zona ocho escuelas infantiles con la totalidad de las plazas ofertadas ocupadas, afirmación que no ha sido rebatida ni desmentida por el Ayuntamiento, por lo que hemos de tenerla por cierta. Por lo tanto, debe indemnizarse a la reclamante con la cantidad de 21.623 euros.

Todo ello, sin perjuicio de la actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización, de conformidad con el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo expuesto, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación, reconociendo a la entidad reclamante el derecho a ser resarcida en la cuantía de 21.623 euros, cantidad que deberá ser actualizada al momento de dictar resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LRJ-PAC.

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, 30 de julio de 2014