

Dictamen nº: **507/17**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.12.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 14 de diciembre de 2017, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Don, por los daños ocasionados a su negocio como consecuencia de la presunta inactividad del Ayuntamiento de Madrid ante las denuncias formuladas contra las actividades de hostelería que desarrollan las empresas SONY'S y PAPIZZA sin la correspondiente licencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro de la oficina de Atención al Ciudadano Chamberí el día 10 de abril de 2017 por el interesado antes citado, se formula responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados a su negocio como consecuencia de la presunta inactividad del Ayuntamiento de Madrid ante las denuncias formuladas contra las actividades de hostelería que desarrollan las empresas SONY'S y PAPIZZA sin la correspondiente licencia. Según refiere el reclamante, el día 5 de agosto de 2016 formuló denuncia contra los

titulares de los establecimientos comerciales citados en el encabezamiento por infringir varias ordenanzas municipales y provocar actos de competencia desleal contra el resto de los establecimientos hoteleros que cumplen la normativa. Denuncia que reiteró nuevamente el día 27 de febrero de 2017, ante la falta de respuesta del Ayuntamiento a los anteriores escritos y porque, según alega, el Ayuntamiento de Madrid no ha efectuado una investigación que dé lugar a la incoación por el Ayuntamiento de Madrid de un procedimiento sancionador contra los citados establecimientos (folios 1 a 10 del expediente administrativo).

El interesado declara en su escrito que “*lo que denuncia es un funcionamiento anormal de la Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid y por ello entendemos que existe responsabilidad patrimonial de la Administración e instamos la presente reclamación previa administrativa a la vía contencioso-administrativa que de no resolverse se acudirá, puesto que mientras aprueba ampliaciones de las zonas ZPAE para limitar la proliferación de bares y restaurantes permite por otro lado de forma indiscriminada el asentamiento de locales con mesas y sillas, en definitiva, bares, con licencia de comercio minorista al margen completamente de la ley*”. Además, solicita que se proceda a investigar a los locales denunciados a fin de proceder a abrir, en su caso, un procedimiento sancionador y que cesen los actos de competencia desleal denunciados y que se retiren las mesas, sillas y la barra de degustación y que se les abra “*un expediente de cese y clausura*”. En relación con los locales a investigar, no solo solicita la investigación del local PAPIZZA cercano a su negocio sino de todos los establecimientos con ese nombre de la capital.

Reclama una indemnización de 25.000 € porque “*el daño causado puede ser considerado indeterminado*” y consiste en el daño moral y económico sufrido y que “*ha sido calculada de forma subjetiva*

basándome en el tiempo que llevan instalados estos negocios (...) y en el perjuicio económico que me ha ocasionado desde dicha fecha en la pérdida de ganancia en mi negocio a consecuencia de la permisividad en los mismos para incumplir la normativa”.

Acompaña con su escrito copia de las denuncias formuladas ante el Ayuntamiento de Madrid los días 5 de agosto de 2016 y 27 de febrero de 2017 e imágenes obtenidas de la página web de la franquicia PAPIZZA donde se acreditan, según el reclamante, las infracciones denunciadas (folios 11 a 53).

SEGUNDO.- El día 6 de junio de 2017, el Ayuntamiento de Madrid acordó, a la vista del anterior escrito, el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente la emisión de informe de la Subdirección General de Inspección y Disciplina de la Agencia de Actividades, 27 de junio de 2017 que detalla las actuaciones realizadas tras las denuncias presentadas por el reclamante y en el que se pone de manifiesto que el reclamante también ha sido expedientado por ejercer sin licencia de funcionamiento que culminó con la resolución del gerente de la Agencia de Actividades de 24 de marzo de 2015 por la que se ordenaba el cese de la actividad de bar con cocina, resolución a la que no se dio cumplimiento por parte del interesado. El informe concluye que el hecho de que al interesado “*no se le haya comunicado hasta hace un mes las actuaciones que se han llevado a cabo como consecuencia de sus escritos de denuncia, en ningún caso significa que la administración no haya actuado, como queda patente con el informe que antecede y que refiere la incoación de hasta cuatro expedientes*”.

Tras la instrucción del procedimiento se ha notificado el trámite de audiencia al reclamante que presenta alegaciones el día 8 de agosto de

2017 en el que pone de manifiesto que el informe de la Agencia de Actividades solo hace referencia a los locales denunciados en su escrito de 5 de agosto de 2016, pero no de todos los establecimientos de la franquicia denunciados el 27 de febrero de 2017. Acompaña con su escrito con unas fotografías que acreditarían los incumplimientos denunciados.

El día 5 de octubre de 2017, se firma propuesta de resolución que acuerda desestimar la reclamación presentada al considerar no acreditados los daños y perjuicios reclamados ni la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos municipales y los daños aducidos por el reclamante.

TERCERO.- La Alcaldía de Madrid, a través de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, remite solicitud de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora con registro de entrada en este órgano el día 13 de noviembre de 2017.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 478/17, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 14 de diciembre de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 €, y la solicitud se efectúa por la Alcaldía de Madrid, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFJCA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de interesado, según consta en los antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas según establece su artículo 1.1, al tratarse de una reclamación presentada el día 10 de abril de 2017.

El reclamante formula su pretensión indemnizatoria solicitando ser resarcido por los daños sufridos como consecuencia de la competencia desleal que ejercen los locales denunciados vecinos al suyo y que no han sido sancionados por el Ayuntamiento de Madrid. Concurre en él la condición de interesado para interponer la reclamación, de conformidad con el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). Carece de legitimación, sin embargo, para reclamar por el resto de establecimientos con el nombre PAPIZZA en la capital.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde al Ayuntamiento de Madrid como Administración con competencias en materia de urbanismo al amparo del artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que atribuye a los municipios competencias en materia de urbanismo (actualmente apartado a) del mencionado artículo en virtud de la modificación introducida por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local); título competencial que justifica la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas. En el presente caso, al tratarse la inactividad de la Administración de un daño continuado y haberse formulado denuncia el día 27 de febrero de 2017, no existe duda alguna que la reclamación presentada el día 10 de abril de 2017 está formulada en plazo.

Además, en cuanto al procedimiento, el órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en la LPAC. A tal fin se ha recabado informe del servicio al que se imputa la producción del daño, tal como exige el artículo 81.1 LPAC, se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 82 LPAC y se ha dictado propuesta de resolución que junto con el resto del expediente ha sido remitido a esta Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen (artículo 81.2 LPAC).

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 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 LRJSP, en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículo 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJ-PAC, actual artículo 32 LRJSP:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o 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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que "*es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995,*

25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999”.

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

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

CUARTA.- El reclamante solicita que se le reconozca un indemnización de 25.000 euros por el daño moral y económico sufrido “*al no haber actuado con responsabilidad y rigor frente a estos negocios que están incumplimiento de forma flagrante la normativa establecida y creando con ello una situación de competencia desleal y fraudulenta*”.

Conforme a lo expuesto en la consideración anterior, lo primero que se debe examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada, es la existencia real y efectiva del daño aducido partiendo de la consideración de que 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, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015) que señala que “*la prueba de la*

relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”.

Procede examinar, en primer lugar, la existencia, en su caso, del daño alegado. Como recoge la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo(así Sentencia de 6 de abril de 2006) “*los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales*” y “*la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia*”, constituyendo “*estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)*”. En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que “*a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave*”.

Ahora bien al igual que el daño patrimonial, el daño moral debe ser probado. En este caso el reclamante no aporta prueba alguna del daño que aduce y en qué medida la inactividad de la Administración municipal ha repercutido en la esfera personal del interesado como alega.

Lo mismo cabe señalar del supuesto daño económico que alega. El interesado aduce que el funcionamiento de los negocios denunciados le produce unos daños al producirse una situación de competencia desleal y fraudulenta. Sin embargo, no aporta prueba alguna que acredite que haya sufrido una minoración de sus ingresos y que dicha

minoración sea consecuencia de la apertura de los establecimientos denunciados.

Así, en relación con el lucro cesante por la pérdida de los ingresos por un establecimiento mercantil, es jurisprudencia consolidada (v gr. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014 (recurso 1365/2012), que para reconocer una indemnización por ese concepto “*es preciso demostrar la existencia de un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de un pérdida de ingresos no contingentes, sin que en dicho concepto quepa el resarcimiento de meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas*”.

En este sentido, en el Dictamen 397/17, de 5 de octubre, con cita de anteriores dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid -114/15, de 18 de marzo, 36/14, de 22 de enero y 350/14, de 30 de julio- se recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre el lucro cesante y declara como requisitos que han de concurrir para poder apreciarlo, los siguientes:

- a) han de excluirse las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas.
- b) no debe producirse un enriquecimiento injusto.
- c) 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 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 (sentencia de 20 de enero de 2004 -recurso 6259/2008-).

En el presente caso, el reclamante no ha acreditado en el expediente ningún daño efectivo, evaluable e individualizado, como se pone de manifiesto en el hecho de que la propia reclamación lo califica de “*daño indeterminado*”.

Además, el reclamante tampoco ha acreditado que haya habido inactividad por parte de la Administración, pues consta en el expediente que las denuncias presentadas dieron lugar a los expedientes de inspección de obras y actividades 220/2016/09122 y 220/2016/09124. El primero de los expedientes citados concluyó que la actividad se ejercía de conformidad con lo establecido en la normativa de aplicación y el segundo, relativo al establecimiento PAPIZZA ha dado lugar, tras constatar que la actividad carecía de licencia o declaración responsable al inicio de un expediente de cese y clausura de actividad (220/2017/03495).

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al no haberse acreditado la realidad de los daños ni tampoco la relación de causalidad entre los citados daños y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

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 14 de diciembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 507/17

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid