

Dictamen nº: **75/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.02.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de febrero de 2018, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por CAFÉ MARULA S.L. (en adelante *“la reclamante”*, *“la interesada”* o *“la mercantil”*), por los daños sufridos al habérsele denegado la instalación de una terraza por resolución que fue luego anulada por sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 550/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la

Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante “ROFCJA”).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 15 de febrero de 2018.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido trae causa del escrito formulado por un abogado en representación de la mercantil reclamante, presentado en un registro del Ayuntamiento de Madrid el día 14 de noviembre de 2016 (folios 1 a 32 del expediente), en el que refiere los hechos que motivan la pretensión indemnizatoria, de los que junto con los que se deducen del expediente, son destacables los siguientes:

1.- La reclamante señala que el día 29 de enero de 2016 se le ha notificado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, “TSJ”), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de fecha 27 de enero de 2016, dictada en el Recurso de Apelación núm. 306/2015, que estima el recurso de apelación, revoca la Sentencia nº 35/2015, de 17 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 28 de Madrid (en adelante, “JCA”), dictada en el procedimiento ordinario 217/2013, y anula la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución dictada por el gerente de Distrito de Centro del Ayuntamiento de Madrid en fecha 20 de Diciembre de 2012, que denegó la instalación de una terraza de veladores solicitada por ella el 26 de julio de 2012.

Considera que la resolución que denegó la instalación de la terraza no era ajustada derecho al no existir norma que lo amparara, como ha establecido el TSJ de Madrid.

Indica que ha permanecido sin poder instalar su terraza desde el 26 de julio de 2012 hasta el 5 de mayo de 2014 *“fecha en la que el TS estima el Recurso de Casación del Ayuntamiento de Madrid y a partir de entonces no se permite la instalación de terrazas a locales como el de mi representada”*, por lo que se le ha generado perjuicio de lucro cesante correspondiente a las cantidades dejadas de percibir durante esos 648 días, que reclama.

Adjunta poder general para pleitos que incluye la actuación del firmante del escrito ante Administraciones Públicas, copia de la sentencia del TSJ que estimó el recurso de apelación formulado por ella y copia de la solicitud de instalación de terraza.

Solicita que se le abone una indemnización de 180.424,93 € que dice resultar de un informe pericial elaborado por un gabinete de auditoría determinando la indemnización, que no se adjunta.

2.- La Resolución de 20 de diciembre de 2012, del gerente del Distrito de Centro del Ayuntamiento de Madrid, confirmada en reposición por silencio administrativo, denegó la instalación de una terraza de veladores solicitada por la reclamante el 26 de julio de 2012, con base en dos fundamentos:

- El artículo 14 de la Ordenanza Reguladora de las Terrazas de Veladores y Quioscos de Hostelería (BOCM 26 de enero de 2007, nº 22), para el que *“...solamente se concederá autorización para la instalación de terrazas de veladores cuando sean accesorias a un quiosco de temporada o permanente, o a un establecimiento principal de cafetería, bar, restaurante, bar-restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería...”*, por lo que al no ser la actividad autorizada de la interesada, que lo es de *“Sala de Fiestas”*, no procedía la autorización.

- El Acuerdo de 26 de septiembre de 2012 del Pleno por el que se aprueba la declaración de Zona de Protección Acústica Especial (en adelante, “ZPAE”) correspondiente al Distrito Centro, así como su Plan Zonal Específico, que refiere: “... *Para las calles situadas en zonas de contaminación acústica alta, moderada o baja: En ningún caso, las actividades de clase III espectáculos públicos, categoría 1, esparcimiento y diversión; clase IV, actividades recreativas, categoría 4 de baile; y clase V, otros establecimientos abiertos al público, categoría 9, ocio y diversión, podrán instalar terrazas de veladores*”. Al estar la instalación de la reclamante dentro de tal zona y ser su actividad de clase III espectáculos públicos, categoría 1, esparcimiento y diversión, no podía autorizarse la instalación de terraza solicitada.

3.- Frente a tal denegación, la interesada formuló recurso contencioso administrativo y tras la sustanciación del procedimiento se dictó la sentencia nº 35/2015, de 17 de febrero, del JCA nº 28 de Madrid, que desestimó el recurso. La sentencia admitió que, si bien es cierto que el artículo 14 de la citada Ordenanza municipal había sido anulado por la Sentencia de 19 de abril de 2012 del TSJ de Madrid, recaída en el recurso 313/2011, al entender que la limitación a determinadas actividades no resultaba proporcionada, no cabía estimar el recurso por ser de aplicación el Acuerdo de 26 de septiembre de 2012 del Pleno antes indicado aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de autorización de instalación de terraza; al no existir precepto que estableciera que en caso de resolución favorable la autorización se entendería concedida desde la solicitud; al ser el silencio negativo; y al no existir una regulación del régimen transitorio.

4.- Frente a la sentencia del JCA, la mercantil formuló recurso de apelación de que se sustanció bajo el número 306/2015 en el TSJ de Madrid, que dictó la sentencia de fecha 27 de Enero de 2016, que estimó el recurso, revocó la sentencia del JCA, anuló la resolución

administrativa y ordenó al Ayuntamiento de Madrid *“que conceda la licencia denegada siempre que el proyecto y la solicitud presentadas sean conformes con la legislación urbanística de aplicación”*.

La sentencia del TSJ se fundamentaba en que el referido Acuerdo de 26 de septiembre de 2012 era de aplicación a partir de su entrada en vigor conforme a su disposición transitoria y a la disposición transitoria 1 de la repetida Ordenanza municipal, siendo uno de los pilares básicos la irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos, por lo que no compartía la fundamentación de la sentencia del JCA aun siendo cierto que la solicitud no implica la adquisición de derecho alguno, y no consideraba de aplicación tal Acuerdo. Por otra parte, tenía en cuenta también que la sentencia del TSJ de Madrid, de 19 de abril de 2012 recaída en el recurso 313/2011, había anulado la referencia a *“cafetería, bar, restaurante, bar-restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería”* contenida en el artículo 14 de la Ordenanza municipal.

5.- La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4, de fecha 5 de mayo de 2014, recaída en el Recurso de casación 2760/2012 interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid frente a la sentencia del TSJ de Madrid, de 19 de abril de 2012 recaída en el recurso 313/2011, estimó dicho recurso del Ayuntamiento.

El Ayuntamiento sostenía que la ordenanza impugnada no incurría en la discriminación que apreciaba la sentencia recurrida respecto de los establecimientos dedicados a *“cafetería, bar, restaurante, bar-restaurante, heladería, chocolatería, salón de té, taberna, café bar o croisantería”*, en relación con aquellos otros que se dedican a discoteca, salas de fiesta o bares especiales, porque se trata de establecimientos pertenecientes a sectores diferentes, en los que se desarrollan actividades distintas. La sentencia del Tribunal Supremo

consideró que la sujeción a diferente régimen, respecto de las terrazas con veladores, a los establecimientos antes citados no resultaba discriminatorio, injustificado ni desproporcionado.

6.- En ejecución de la sentencia de fecha 27 de Enero de 2016 del TSJ de Madrid citada en el apartado 4 de este dictamen, el concejal presidente del Distrito de Centro, por decreto de fecha 21 de febrero de 2017, dispuso: *“DENEGAR a la mercantil su solicitud de terraza de veladores en la C/..., según informe técnico emitido por la Sección de Vías Públicas y Espacios Urbanos de fecha 24.10.12, en base al artículo 14 de la Ordenanza Reguladora de las Terrazas de Veladores y Quioscos de Hostelería”*.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, para iniciar los trámites previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, “LPAC”), se requiere a la interesada, con notificación efectuada el 25 de enero de 2017, para que aporte declaración de que no ha sido indemnizada ni iba a serlo por otra compañía, mutualidad o entidad por los mismos hechos, indicara si se seguían otras reclamaciones, justificación documental de la indemnización solicitada, e indicara los restantes medios de prueba que proponía. Asimismo, se da traslado de la reclamación a la aseguradora del Ayuntamiento de Madrid (folios 33 a 44).

La interesada cumplimenta el requerimiento con escrito presentado en un registro del Ayuntamiento de Madrid el 1 de febrero de 2017, aportando la declaración y copia incompleta de un informe pericial elaborado por un gabinete de auditoría determinando la indemnización que solicitaba (folios 45 a 60).

Obra en el expediente un informe de 31 de marzo de 2017 del coordinador del Distrito Centro, que, en síntesis, refiere: que no se concedió la autorización de terraza en el año 2012 por los

fundamentos antes citados de la resolución de 20 de diciembre de 2012; que a la reclamante se le habían abierto cinco expedientes de disciplina urbanística en los años 2008, 2010 y 2011 por tener instalada terraza sin autorización municipal; que en ejecución de la sentencia del TSJ de 27 de enero de 2016, por decreto de fecha 21 de febrero de 2017, se denegó la autorización con base en el artículo 14 de la Ordenanza Reguladora de las Terrazas de Veladores y Quioscos de Hostelería, de 21 de diciembre de 2006; que la actividad autorizada de la reclamante es “*Sala de fiestas*” y no está incluida en el listado de actividades que pueden instalar terraza de veladores conforme al repetido artículo 14; que se ha realizado visita de inspección y no está instalada terraza, encontrándose el local cerrado y sin actividad, ignorándose los motivos. El informe adjunta copia de todos los expedientes administrativos tramitados en ese distrito (folios 61 a 678).

Por la instructora del expediente se confiere trámite de audiencia a la interesada, que se notifica el 7 de junio de 2017 (folios 679 a 682). El 12 de junio de 2017, la reclamante comparece en dependencias del Ayuntamiento de Madrid y se le hace entrega de copia íntegra del expediente (folio 683).

La reclamante presenta escrito con base en ese trámite, en un registro del Ayuntamiento de Madrid el 16 de junio de 2017, dice adjuntar copia del informe pericial que ha advertido que no llegó completo al Ayuntamiento, y reitera su solicitud de indemnización (folios 684 a 693).

Por la instructora del expediente se requiere a la reclamante con fecha 5 de septiembre de 2017 para que le aporte el informe pericial, lo que se lleva a efecto ese mismo día. El informe es de fecha 25 de octubre de 2016 (folios 694 a 714).

Consta en el expediente que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid, donde se tramita el procedimiento ordinario 375/2017, ha requerido al Ayuntamiento de Madrid, por decreto de 31 de octubre de 2017, para que le remita el expediente de responsabilidad patrimonial incoado porque la interesada ha formulado recurso frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la responsabilidad solicitada (folios 715 a 735). Asimismo, consta que tras haberse emplazado a la aseguradora del Ayuntamiento de Madrid, se ha remitido copia auténtica del expediente administrativo a dicho órgano judicial (folios 758 a 764).

Con fecha 29 de noviembre de 2017, la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial y la subdirectora general de Organización y Régimen Jurídico dictan propuesta de resolución desestimatoria del procedimiento de responsabilidad al considerar que la interesada no ha acreditado ningún daño y en todo caso no existe relación de causalidad ni lesión antijurídica por el que deba ser indemnizada (folios 736 a 757).

Por escrito de 13 de diciembre de 2017, la alcaldía de Madrid recaba dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, a través del consejero de medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de acuerdo

con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: a. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea indeterminada”*.

En el presente caso, la reclamante cuantifica el importe de la indemnización en más de 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de interesada según consta en los antecedentes, se encuentra regulada en la LPAC al igual que lo hacían 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 (en adelante, *“LRJ-PAC”*), desarrollados en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, *“RPRP”*).

La reclamante formula su pretensión indemnizatoria solicitando que se le resarza por los daños sufridos por habérsele denegado una autorización para instalar una terraza, por resolución que después ha sido anulada por sentencia firme, por lo que ostenta legitimación activa para interponer la reclamación al tener la condición de interesada de conformidad con los artículos 4 y 67 de la LPAC y 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, *“LRJSP”*). Actúa a través de su representante que ha acreditado tal cualidad mediante la aportación de un poder otorgado en instrumento público.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid por ser la Administración Pública que ha dictado el acto cuya anulación da pie al escrito de reclamación.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial motivadas por la anulación de actos o disposiciones administrativas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y conforme establece el párrafo segundo del artículo 67.1 de la LPAC *“el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado... la sentencia definitiva”*,

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 del TSJ de Madrid, de 27 de enero de 2016 al reclamante o cuando este conoce su contenido si no ha sido parte en el proceso. Ignoramos cuándo se produjo la notificación de la sentencia a la reclamante ya que en la copia aportada por ella consta tal anotación a bolígrafo, si bien a la vista de la fecha en que se dictó y que la reclamación se presentó el 14 de noviembre de 2016, puede estimarse, sin otras consideraciones, que la reclamación se presentó dentro del plazo legalmente establecido.

En materia de procedimiento, examinaremos si se han observado los trámites legales y reglamentarios, marcados en la LPAC. En concreto, se ha unido el informe del Servicio al que se imputa la producción del daño al amparo del artículo 81.1 de la LPAC. Se ha unido la prueba documental y el informe pericial aportado por la reclamante.

Siguiendo el análisis del procedimiento, consta que se ha conferido el oportuno trámite de audiencia a la interesada, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC. Por último se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el

artículo 81.2 de la LPAC, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

Como hemos mantenido en anteriores dictámenes, el transcurso del plazo de resolución y notificación y la pendencia de recurso contencioso administrativo, no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido (artículos 21.1, 24.3.b) y 91.3 de la LPAC), al margen de los efectos previstos en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, “LJCA”); ni, en consecuencia, a esta Comisión Jurídica Asesora de informar la consulta.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la 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”*. El desarrollo legal de este precepto se contiene en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, al igual que antes se hacía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (recurso 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;

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

c) ausencia de fuerza mayor, y

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

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, recurso 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que *“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la*

responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

CUARTA.- Cuando de la anulación de actos administrativos se trata, como en este caso, la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento -según viene expresando este órgano consultivo en sus dictámenes 211/17, de 25 de mayo, 250/17, de 15 de junio y 292/17, de 13 de julio, entre otros-, en el artículo 32.1 de la LRJSP -como antes en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC-, 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 sí misma, derecho a la indemnización”.

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (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 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”.

QUINTA.- 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 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”.*

La reclamante alega que por la denegación del Ayuntamiento, no pudo instalar la terraza desde el 26 de Julio de 2012 hasta el 5 de Mayo de 2014 (*“fecha en la que el TS estima el Recurso de Casación del Ayuntamiento de Madrid y a partir de entonces no se permite la instalación de terrazas a locales como el de mi representada”* sic.), lo que le ha generado un perjuicio de lucro cesante correspondiente a las cantidades dejadas de percibir en ese periodo, para cuya acreditación aporta un informe pericial elaborado por un gabinete de auditoría.

En relación con el lucro cesante, 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 una 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 nuestros dictámenes 330/16, de 21 de julio y 403/17, de 11 de octubre, entre otros, 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-, recogemos la doctrina del Tribunal Supremo sobre el lucro cesante que 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, la reclamante presenta únicamente un informe pericial que después de recoger generalidades, señala en sus páginas 6 y siguientes que *“los negocios de hostelería en terrazas están*

sujetos a diversos factores que implican que no exista un modelo único, ni siquiera varios modelos homogéneos, con los que establecer comparativas más o menos coherentes”; refleja que se han realizado “estimaciones” para el cálculo del rendimiento esperado, basado en “hipótesis” razonables basadas en diversos factores; realiza un esquema de rotaciones “esperadas” en el uso; plasma un modelo basado en una ocupación del 100% de las sillas con base en un “vamos a suponer”; realiza una “estimación” de consumos; y demás expectativas.

Tal informe no está basado en algún tipo de declaración tributaria o documentación de carácter mercantil de la reclamante que permita inferir cantidad alguna que derive como ingreso de la utilización de la terraza. Ello, a pesar de que en el expediente conste que se siguieron distintos procedimientos contra la mercantil por haber instalado en años anteriores la terraza sin preceptiva autorización, lo que permite afirmar que, cuando menos, la reclamante podría disponer de alguna referencia documental que permitiera un estudio estricto y riguroso del importe solicitado como lucro cesante.

Pues bien, la carencia documental apuntada a que se ha visto constreñido el perito, no sólo se predica respecto de esa actuación, sino que se extiende al procedimiento de responsabilidad patrimonial, puesto que la reclamante tampoco la ha incorporado como prueba al mismo.

Por todo ello, no cabe estimar acreditado el daño alegado.

SEXTA.- En todo caso (como observamos en nuestros dictámenes 250/17, de 15 de junio, 268/17, de 29 de junio y 292/17, de 13 de julio, entre otros), aunque admitiéramos el daño y la relación de causalidad entre el daño alegado y la actuación de la Administración, para reconocer la procedencia de indemnizar sería necesario que

también concurriera la antijuridicidad del daño. En tal sentido el artículo 34 de la LPAC dispone claramente que *“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*. Es decir, para que concurriese el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sería preciso que no existiesen causas de justificación que legitimasen como tal el perjuicio de que se tratara, como sucede cuando concurre un título jurídico que determina o impone inexcusablemente ese perjuicio. Así resulta que la lesión no sería antijurídica cuando el particular estuviese obligado a soportar las consecuencias perjudiciales de la actuación administrativa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) cita la de esa Sala de 28 de marzo de 2014 según la cual: *“Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”*.

Surge así la conocida doctrina llamada del margen de tolerancia en la actuación de la Administración, de tal modo que para valorar la antijuridicidad del daño causado no bastaría con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que sería precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables.

En el caso examinado, no puede considerarse irrazonable la actuación administrativa, debiéndose tener en cuenta que la sentencia de 17 de febrero de 2015 del JCA -a que nos hemos referido en los antecedentes de hecho de este dictamen- desestimó el recurso formulado por la reclamante frente a la Resolución del Ayuntamiento de Madrid de 20 de diciembre de 2012.

A ello hay que sumar que la sentencia de 27 de enero de 2016 del TSJ de Madrid -también recogida en los antecedentes de hecho- que posteriormente anuló la resolución administrativa, lo hizo con base en que otra sentencia del mismo tribunal había anulado el artículo 14 de la Ordenanza Reguladora de las Terrazas de Veladores y Quioscos de Hostelería; y sin embargo, el Tribunal Supremo -en su Sentencia de 5 de mayo de 2014, recurso casación 260/2012- casó la del TSJ en que se había basado y declaró conforme a derecho el precitado artículo 14. No es de obviar que la resolución del Ayuntamiento de Madrid denegó la autorización de instalación de una terraza, con fundamento, además de otro, en el repetido artículo 14 que era y es plenamente aplicable; no en vano, el Ayuntamiento de Madrid, en ejecución de la sentencia del TSJ de Madrid que le ordenaba conceder la licencia denegada *“siempre que el proyecto y la solicitud presentadas sean conformes con la legislación urbanística de aplicación”*, y en que la mercantil pretende residenciar la responsabilidad patrimonial solicitada, ha dictado nueva resolución -de 21 de febrero de 2017- denegando tal autorización con base en el mismo precepto.

Por ello, consideramos que en el caso examinado no concurre el requisito de la antijuridicidad, toda vez que la actuación de la Administración se produjo dentro de los márgenes de lo razonable.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Ayuntamiento de Madrid al no quedar acreditado el daño, que en todo caso no tiene carácter antijurídico.

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 15 de febrero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 75/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid