

Dictamen n^o: **194/13**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.05.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 14 de mayo de 2013, emitido ante la consulta formulada por el delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 17 de enero de 2013), 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 D.V.P., sobre reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de las obras de remodelación que se llevaron a cabo en la Glorieta A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de agosto de 2009 tuvo entrada a través del registro de la Oficina de Atención al Ciudadano de Carabanchel, reclamación de responsabilidad patrimonial de la reclamante, como titular de la licencia de explotación del establecimiento de bar denominado B, sito en la Glorieta A, n^o aaa, en relación con los perjuicios económicos ocasionados por la ejecución de las obras de remodelación de la citada glorieta, que relata se estaban realizando desde el 9 de mayo.

La reclamante expresa en su reclamación que tiene concedida por el Ayuntamiento de Madrid la autorización para la instalación de terraza de

veladores en la vía pública, con validez de 15 de marzo a 31 de octubre, para una superficie de 25,92 m² y un total de 8 mesas y 32 sillas.

Manifiesta que, debido a las obras que se estaban llevando a cabo en la zona, se imposibilitó el uso del derecho a la instalación de la referida terraza de veladores, lo que influyó negativamente en la afluencia de clientes al establecimiento que, según indica, contribuye en gran parte al resultado económico del ejercicio.

Considera la reclamante que ha soportado un daño y perjuicio que, en ningún supuesto puede ser imputado a causa de fuerza mayor, o a acción u omisión por su parte, por lo que alega que el Ayuntamiento de Madrid es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la no adopción de las medidas preventivas oportunas, en orden a proteger los derechos de los ciudadanos y comerciantes.

Solicita, en consecuencia, una indemnización económica por importe que inicialmente no determina, si bien, en contestación a posterior requerimiento, valora la misma en veinticinco mil seiscientos euros (25.600 €).

Acompaña a su escrito: autorización para la instalación de terraza de veladores, y documento de transmisión de licencia urbanística.

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes.

Consta que la interesada es titular de licencia para la instalación de terraza velador en el negocio de bar sito en la Glorieta A número aaa, licencia que abarca desde el 15 de marzo al 31 de octubre de 2009. Igualmente que la reclamante es titular de la precitada licencia, en virtud de traspaso, desde el 18 de mayo de 2009.

En la instrucción del expediente se solicitó informe de la Sección de Vías Públicas y Espacios Urbanos del Distrito de Carabanchel (folio 13), que fue emitido con fecha 24 de septiembre de 2009, en el que se indica que *“con fecha 25 de agosto de 2009, se realizó visita de inspección a la terraza de veladores situada en la Glorieta A n^o aaa, encontrándose instaladas en ese momento 4 mesas y 16 sillas”*.

Mediante acuerdo de la instructora de 30 de noviembre de 2009, notificado el 9 de diciembre siguiente, se requiere a la reclamante: declaración en la que manifieste no haber sido indemnizada por los mismos hechos; indicación de si por los mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles; y evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto o factura, en su caso.

El requerimiento es atendido mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2009, en el que estima las pérdidas ocasionadas en 25.600 euros por la temporada comprendida entre el 1 de abril y el 31 de octubre de 2009.

Se ha aportado igualmente informe de la Subdirección General de Coordinación de Actuaciones (folios 30 a 31), que fue emitido con fecha 6 de abril de 2010, en el que se recoge que es cierto que en la Glorieta A número aaa se estaban realizando obras el 9 de Mayo de 2.009, obras relativas al contrato “Remodelación de la Glorieta A”. Indica igualmente que la señalización de la obra era correcta, y que se tomaron las medidas necesarias para no interrumpir la actividad comercial, por lo que durante *“el periodo de ejecución de las obras el establecimiento permaneció accesible y libre de obstáculos”*.

Mediante escrito de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, de 26 de abril de 2010, se confirió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria de las obras de remodelación que, en uso de dicho trámite, con fecha 25 de mayo de 2010, presenta escrito de alegaciones en

el que manifiesta que se adoptaron las medidas de señalización exigidas en todo momento por la dirección técnica, y que se adoptaron, igualmente, las medidas necesarias para no interrumpir la actividad comercial del establecimiento, que permaneció libre de obstáculos en todo momento. Como prueba de lo anterior, adjunta a su escrito diversas fotografías del emplazamiento de las obras.

Se solicitó informe de la Subdirección General de Proyectos 2, del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda (folio 90), que fue emitido con fecha 27 de agosto de 2010. En el mismo se expresa que:

“1) Que las obras correspondientes al proyecto de Remodelación de la Glorieta A se desarrollaron entre el 7 de abril de 2009 y el 20 de enero de 2010, pero la superficie ocupada por la terraza de veladores sita en A n^o aaa se vio afectada temporalmente durante los meses de julio, agosto y septiembre del 2009.

(...) No obstante, con carácter esporádico, la propia ejecución de las obras de pavimentación pudo implicar una reducción no permanente de la superficie útil a ocupar o una instalación no en condiciones óptimas, habiéndose constatado en varias ocasiones que el número de mesas y sillas colocadas era inferior al que la autorización municipal permitía”.

Mediante escrito de la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, de 16 de septiembre de 2010, se confirió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria de las obras y a su compañía de seguros, sin que conste la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Igualmente, mediante escrito de 16 de septiembre de 2010, se confirió trámite de audiencia a la reclamante que, en uso de dicho trámite, con fecha 14 de octubre de 2010, presentó escrito de alegaciones en el que considera acreditado que la obra afectó la superficie ocupada por la terraza durante los

meses de julio a septiembre y que, en el momento de la concesión de la autorización, se conocía sobradamente que la misma no podría aprovecharse con motivo de las obras.

La instructora formuló propuesta de resolución, de 19 de marzo de 2013, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial.

TERCERO.- El delegado del Área de Gobierno de Coordinación Institucional de Madrid, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz de Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula mediante oficio de 9 de abril de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 22 de abril de 2013, preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 14 de mayo de 2013.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.3 de la misma.

El dictamen ha sido evacuado con carácter de urgente al amparo del artículo 16.2 LCC.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al ostentar la explotación del local comercial sobre cuya actividad económica se reclama la existencia de daño.

No obstante, debe señalarse que su legitimación se entiende comprensiva de los daños referidos al período en el que la solicitante era titular de la licencia de explotación, es decir, desde el 18 de mayo de 2009 según consta en el expediente, y no respecto al posible perjuicio económico que afectase al negocio con anterioridad, y ello aún cuando en su escrito de alegaciones solicita la indemnización que corresponda al daño producido entre el 1 de abril (aunque las obras no comenzaron hasta el 7 de abril) y el 31 de octubre de 2009.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, cuanto corporación municipal titular de la obra que, supuestamente, ha ocasionado los daños reclamados.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso sujeto a examen, la reclamación debe considerarse formalizada en plazo, puesto que se presentó con fecha 11 de agosto de 2009, y se acredita que las obras se estaban ejecutando en dicha fecha (informe de la Subdirección General de Proyectos, de fecha 27 de agosto de 2010). Igualmente se encuentra dentro del plazo referido el período por el que se

reclaman los daños (concretado en su escrito de alegaciones como del 1 de abril a 31 de octubre de 2009).

En el procedimiento, tramitado de conformidad con los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP) se han recabado informes de los servicios técnicos municipales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.1 del precitado texto legal, y se ha otorgado trámite de audiencia a la reclamante y a la empresa contratista responsable de la ejecución de las obras, tal y como preceptúan los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

TERCERA.- El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concorra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes.

Interpretando el marco jurídico-legal de la responsabilidad patrimonial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha enunciado en reiterada jurisprudencia los requisitos exigibles (de un modo acumulativo) en orden al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010): generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que aquel daño o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal;

ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

No cabe plantearse la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se ha producido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. No en vano, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta necesario analizar, en primer lugar, la concurrencia del requisito de la realidad y efectividad del daño.

Sobre este punto no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria 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).

La reclamante solicita una indemnización en concepto de lucro cesante, por los perjuicios económicos que alega sufrió como consecuencia de no poder instalar la terraza de su local debido a las obras de remodelación de la vía pública.

Hay que tener en cuenta que, en relación con el lucro cesante, el Tribunal Supremo tiene establecidos los requisitos que tienen que concurrir para poder apreciarlo, a saber:

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

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

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

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998).

En el mismo sentido se orienta la Sentencia de 22 de febrero de 2006, recurso 1761/2002, al afirmar que *“la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas”*.

Sentado lo anterior, debemos resaltar que la reclamante se ha limitado a alegar la existencia de un perjuicio económico, y a establecer una cuantía, sin aportar ni un solo elemento probatorio, siquiera indiciario, en que pudiera basarse cualquier pretensión indemnizatoria. De este modo, la indemnización que solicita no se corresponde a una pérdida cierta y acreditada, sino a una mera hipótesis o expectativa sobre la ganancia dejada de obtener como consecuencia de la ejecución de la obra en la vía pública.

La falta de apoyo documental de su pretensión hace que debamos considerar no acreditado el daño que alega en su reclamación.

QUINTA.- No obstante lo expuesto, debemos examinar la concurrencia de los demás requisitos necesarios para apreciar en su caso la responsabilidad patrimonial administrativa.

Hay que tener en cuenta que en lo que se refiere a la relación de causalidad, la misma resulta definida por la jurisprudencia en, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, (RJ 7648), como *“una conexión causa efecto, ya que la Administración -según hemos declarado entre otras, en nuestras Sentencias de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002,- sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa”*.

Esta relación de causalidad entre el funcionamiento de la actividad administrativa (en este caso la ejecución de una obra en la vía pública), y el daño que se alega (la limitación en la explotación de la terraza del bar), debe entenderse acreditada en el presente caso.

Así se deduce tanto de las fotografías aportadas por la empresa adjudicataria (aún cuando la misma extrae la conclusión contraria), como del propio informe de la Subdirección General de Proyectos 2, del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda de fecha 27 de agosto de 2010, ya reseñado en el expositivo; en dicho informe se reconoce que la superficie ocupada por la terraza de veladores se vio afectada temporalmente durante los meses de julio, agosto y septiembre del 2009, así como que la ejecución de la pavimentación pudo implicar una reducción temporal de la superficie útil.

Por tanto debemos estimar como probada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño que se alega.

SEXTA.- Sin perjuicio de ello, no se podría considerar en el caso examinado que existiera un daño antijurídico. Como ya hemos expuesto en alguna ocasión (Dictamen 567/12), sobre este extremo la jurisprudencia viene reiterando que la antijuridicidad del daño se produce en los supuestos en que la obligación de soportarlo no venga impuesta por alguna norma, o por alguna causa de interés general debidamente apreciada.

Por ello son reiterados los pronunciamientos judiciales que niegan por ejemplo la antijuridicidad del daño, como consecuencia de la alteración o incomodidades en los accesos a inmuebles o negocios, cuando su causa es la realización de obras que redundan en beneficio del interés general, siempre y cuando no se haya impedido el acceso total a los mismos.

Resumiendo la doctrina jurisprudencial señalada, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, dictada en el recurso de

casación 7370/2004, señala que *“esta Sala se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones en relación a obras de ampliación, mejora o cambio de trazado de carreteras, rechazando la antijuridicidad del daño y apreciando la necesidad de soportar éste, salvo en los supuestos de aislamiento total de la finca o establecimiento donde se estima se ha producido el daño”*.

En este sentido, del examen de la documentación aportada al expediente resulta que el negocio de la reclamante sufrió limitaciones en cuanto a la utilización de la terraza para la que tenía licencia municipal, pero sin que en ningún momento pueda admitirse que ello supusiera ni la imposibilidad total de explotar la terraza, ni el libre acceso a su local.

Así se deduce del informe de la Subdirección General de Coordinación de Actuaciones de fecha 6 de abril de 2010, en el que se recoge que las obras estaban debidamente señalizadas y se permitía la actividad comercial que, por tanto, no puede afirmarse que cesó o se impidió en algún momento su continuidad.

En adición a ello, la antijuridicidad del daño no se predica cuando el perjuicio que sufre el particular viene impuesto por la normativa aplicable.

En el presente caso, debemos traer a colación la Ordenanza reguladora de las terrazas de veladores y quioscos de hostelería de 21 de diciembre de 2006, cuyo artículo 4.5 establece que: *“La imposibilidad de utilizar el espacio público para la instalación de una terraza de veladores cuando concurran circunstancias de interés público que impidan la efectiva utilización de suelo para el destino autorizado, tales como obras, acontecimientos, situaciones de emergencia o cualquiera otras, la autorización quedará sin efecto hasta que desaparezcan dichas circunstancias, sin que genere derecho a indemnización alguna”*.

La norma contiene expresamente la mención a la ejecución de obras, como causa que excluye el derecho a indemnización de su titular, por lo que el daño ocasionado por las obras que nos ocupan no podría considerarse antijurídico.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación por no quedar acreditada la existencia de daño, y no concurrir en cualquier caso, el requisito de la antijuridicidad.

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, 14 de mayo de 2013