

Dictamen nº: **392/12**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el vicealcalde de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante decreto de 26 de enero de 2012), al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por A (en adelante “*la reclamante*”), sobre los daños y perjuicios ocasionados por la dilación en la tramitación de una licencia de actividad para la implantación de un restaurante y la información urbanística errónea facilitada al respecto por el Ayuntamiento de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de febrero de 2010 tuvo entrada en el registro de la Oficina de Atención al Ciudadano del distrito de San Blas, reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los daños y perjuicios ocasionados por la dilación en la tramitación de la licencia de actividad y el haber sido proporcionada información errónea en una consulta urbanística formulada al Ayuntamiento, para la implantación de un restaurante en las plantas baja y alta del edificio situado en el testero de la parcela sita en la calle C, nº aaa de Madrid.

Manifiesta que desde la solicitud de la licencia municipal el 20 de junio de 2007, hasta la notificación de la resolución que declara finalizado el

expediente administrativo el 3 de febrero de 2009, han transcurrido más de 20 meses cuando el tiempo máximo es de 3 meses.

Aduce que se le han ocasionado daños y perjuicios económicos por todos los gastos generados desde la constitución de la sociedad, cuyo fin era la explotación del restaurante para el que se solicitó la licencia denegada, y los anteriores desembolsados por sus socios necesarios para la explotación del restaurante, incluso judiciales que se han producido como consecuencia de la imposibilidad de desarrollar la actividad. Indica existir un lucro cesante y un daño emergente causado, que debe ser indemnizado junto con los daños morales.

No cuantifica inicialmente el importe de la indemnización solicitada, la cual determina en escritos posteriores en 2.499.044,57 euros, de los cuales 305.491,57 € corresponden al daño emergente por los gastos de alquiler de los locales, asesoramiento jurídico, honorarios de arquitectos, gastos de mobiliario y pago de tributos, entre otros conceptos; y 2.195,533 € por el lucro cesante, según un informe de valoración realizado por la propia reclamante.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante es arrendataria, desde el 1 de marzo de 2007, del local situado en la planta baja de la calle C, nº aaa, y de la edificación independiente separada del edificio, compuesta por planta baja y planta primera, situado en el testero de la parcela, separados por una jardín de patio de manzana, al que se accede a través de un zaguán, entrada compartida con el de las viviendas del edificio. Ambos inmuebles se arriendan de forma conjunta e inseparable para ser utilizado de forma exclusiva para restaurante.

Con anterioridad, la propietaria de los locales había formulado, con fecha 20 de junio de 2006, consulta urbanística sobre la implantación de un uso terciario-recreativo en la categoría de establecimiento para el consumo de bebidas y comidas (restaurante) en la planta baja y primera de la edificación del testero de la parcela. Por la Dirección General de Gestión Urbanística el 3 de julio de 2006 se da la siguiente respuesta (folio 102):

“Que la parcela esta regulada por la Norma Zonal 1 Grado 5º, Nivel B, siendo el ámbito de la singularidad el conjunto de las edificaciones y jardines que se integran en la parcela, por lo que en el grado 5º de la norma Zonal 1 en lo que se refiere a la posición de las edificaciones en la parcela, no existen las situaciones de “fuera de ordenación relativa”, reguladas en el Capítulo 2.3 de las NN.U.U., ni son de aplicación los arts. 8.1.22 al 8.1.28: “Recuperación de los patios de manzana y espacios libres”.

Por lo tanto, el uso Terciario-Recreativo pretendido es viable urbanísticamente dado que se puede implantar como uso complementario en situación de planta baja e inferior a la baja, en su categoría establecimiento para el consumo de bebidas y comidas en el tipo II (Aforo inferior a 100 personas), y como uso autorizable en situación de planta baja, inferior a la baja y primera en el tipo III (aforo inferior a 300 personas), previa aprobación del Plan Especial de Control Ambiental de Usos, tal como establece el art. 5.2.7 de las NN.UU.

Además se deben de cumplir las condiciones de seguridad en caso de incendio, establecidas en el R.P.I.C.M. y en la N.B.E. C.P.I.-96, y las condiciones ambientales que determinen el informe de Evaluación Ambiental y de Actividades favorable.

El régimen de obras admitidas es el establecido en el art. 4.3.12 de las NNUU para los edificios con grado de protección estructural y que no afecten ni desvirtúen los elementos de restauración obligatorios

(conservación, consolidación, restauración, acondicionamiento y reestructuración puntual y parcial, reconfiguración)".

El 29 de septiembre de 2006, se formula consulta urbanística sobre la autorización de instalación de una salida exterior de humos en la edificación del testero de la parcela de la calle C, nº aaa. En relación a esta consulta se comunica al consultante, el 13 de abril de 2007, que en la sesión de 28 de noviembre de 2006 de la Comisión de Control Institucional para la Protección del Patrimonio Histórico, Artístico y Natural (C.I.P.H.A.N.) se ha dictaminado lo siguiente (folio 215): "*Se informa favorablemente la propuesta de obras exteriores de instalación de una chimenea para evacuación de humos, a ubicar en una edificación interior en patio de manzana, sin catalogación*".

El 17 de enero de 2007, se formula nuevamente consulta urbanística sobre la posibilidad de establecer un restaurante en las plantas baja y primera del edificio sito en el testero de la parcela de la calle C, nº aaa. La respuesta ofrecida a esta consulta es que ha sido examinada por la Comisión de Control Institucional para la Protección del Patrimonio Histórico, Artístico y Natural (C.I.P.H.A.N.), en su sesión de 30 de enero de 2007, y ha dictaminado lo siguiente (folio 196):

"En relación con la consulta formulada sobre aprovechamiento de edificación existente en espacio libre de parcela, Jardín catalogado con Nivel-2 de protección, la Comisión no tiene nada que manifestar sobre la implantación de un uso que según la consulta interna formulada al Departamento de Zonas Protegidas 1, de fecha 3 de julio de 2006, es viable urbanísticamente.

En el caso de que fuera necesario realizar obras o implantar elementos como pantallas acústicas, para cumplir con la normativa, y esto afectara a elementos protegidos como el jardín, el proyecto concreto que se presente,

deberá ser informado de acuerdo con las competencias de la C.I.P.H.A.N.”

El 20 de junio de 2007 la reclamante solicita licencia para acondicionamiento general de local para bar-restaurante. El 11 de septiembre de 2007 aporta documentación complementaria consistente en tres ejemplares del proyecto de acondicionamiento, en el que se indica que la actividad se desarrollará en dos locales, el situado en la planta baja del edificio de la calle C, nº aaa, destinado a bar, y el situado en la planta baja del edificio al fondo de la parcela, destinado a restaurante.

El 5 de noviembre de 2007, solicita autorización para la ampliación del restaurante a la planta primera de la edificación del testero de la parcela, para lo que presenta un Plan Especial de Control Urbanístico-Ambiental de Usos (folio 223).

Ante el silencio de la Administración, el 17 de abril de 2008, la reclamante presenta escrito en el que solicita certificado acreditativo de silencio positivo de la licencia solicitada (folio 622), solicitud que es denegada con fecha 12 de junio de 2008 por entenderse que no puede ser obtenida la licencia por silencio administrativo (folios 635 y 636). Contra la denegación del certificado acreditativo del silencio administrativo positivo interpone recurso de reposición el 28 de julio de 2008 (folios 670 y siguientes).

El 18 de junio de 2008, se notifica requerimiento de subsanación al reclamante a fin de aportar:

“1. La actividad de cada local, según definición del artículo 6.7.4 de las NN.UU., deberá solicitarse por separado, no admitiéndose la solicitud presentada para los dos locales en un solo expediente.

2. La actividad de restaurante solicitada en el local de planta baja y primera es un uso autorizable, por lo que precisa la aprobación previa del

Plan Especial de Control Ambiental de Uso, según establecen los artículos 5.2.7 y 8.1.31 de las NN.UU” (folios 625 y 626).

Asimismo, en el mes de junio de 2008 se notifica a las comunidades de propietarios de los inmuebles colindantes que ha sido solicitada licencia urbanística, y se expone anuncio público, a efectos de que realicen las alegaciones que se estimen oportunas (folios 627 a 632).

El 2 de julio de 2008, la representación de la reclamante comparece en dependencias municipales, y manifiesta haber contestado previamente al requerimiento notificado el 18 de junio, en fechas 11 de septiembre y 5 de noviembre de 2007 (folio 638).

Mediante informe técnico de fecha 12 de septiembre de 2008, emitido por el jefe del Departamento de los Servicios Técnicos, se plantea la duda de si ambas piezas (planta baja del edificio de la calle C, nº aaa y planta baja de la edificación del testero) puedan tener la consideración de un único local intercomunicadas y contiguas o si bien, por el contrario, deben tratarse como locales separados e independientes, dado el carácter de jardín protegido y el régimen de usos aplicable al espacio que serviría para comunicar las mismas, y teniendo en cuenta, además, que son comunes para ambos locales las dotaciones de servicios obligatorias para el desarrollo de la actividad. Se plantea, asimismo, dudas sobre la viabilidad del acceso a través del zaguán compartido con el uso residencial (folio 324).

A la vista de este informe se plantea consulta interna a la Comisión Técnica de Seguimiento e Interpretación de la O.M.T.L.U., que, con fecha 27 de octubre de 2008, emite informe en el que considera que no es viable conceder la licencia urbanística para la actividad de uso terciario recreativo (bar-restaurante) de forma conjunta para los dos locales sobre los que se prevé su implantación, toda vez que los mismos forman recintos independientes y no se garantiza su vinculación funcional y régimen de

accesos que se regulan en los artículos 6.7.4 y 7.1.4 de las NNUU del vigente Plan General (folios 327 a 330).

Entretanto, se notifica a la reclamante, el acuerdo de 16 de octubre de 2008 en el que se le comunica que:

“A la vista de las documentaciones aportadas el 11/09/07 y el 05/11/07, que habrían respondido por adelantado al requerimiento del 10/06/2008, se informa haber subsanado el punto 2º del mismo. No obstante lo anterior en relación con la documentación presentada para el trámite del Plan Especial, queda pendiente de aporte:

- *Impreso de autoliquidación de tributos.*
 - *Declaración del técnico autor de la conformidad de lo proyectado a la ordenación urbanística aplicable.*
 - *Declaración del promotor de haber colocado, en el lugar que se pretendía llevar a cabo la actuación cartel anunciando la solicitud de licencia y las características de las obras y actividad”* (folio 678).
- El 19 de noviembre de 2008, se dicta decreto del concejal de la Junta Municipal del distrito de Salamanca, por el que se declara finalizada la tramitación del expediente de solicitud de licencia, teniendo por desistida a la reclamante al no haber atendido el requerimiento de 18 de junio de 2008 (folios 688 y 689).

En relación al requerimiento de subsanación de documentación relacionado con el Plan Especial, el 1 de diciembre de 2008, la reclamante presenta escrito en el que manifiesta no existir impreso de autoliquidación de tributos para plan especial de usos y adjunta certificado de conformidad con la ordenación urbanística y declaración de colocación de cartel anunciador de la solicitud de licencia (folios 691 a 693).

Atendiendo a la documentación presentada por la reclamante se le notifica el decreto de 3 de febrero de 2009, por el que se ratifica el anterior de 19 de noviembre, en el que se le tiene por desistida. Este nuevo decreto es objeto de una rectificación de error de hecho, el 21 de marzo de 2011, en cuanto a la redacción del requerimiento no atendido, quedando idéntico en lo que respecta a la parte dispositiva en la que se ratifica la Resolución de 19 de noviembre de 2008 (folio 710).

El 30 de julio de 2009, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, se procede a la inadmisión a trámite, por razones de legalidad urbanística, del Plan Especial de Control Urbanístico-Ambiental de Usos referente a la planta primera del local (folio 338), de lo cual se da cuenta al Ayuntamiento Pleno en su sesión de 25 de septiembre de 2009, y es notificado a la reclamante el 2 de noviembre de 2009 (folio 346).

TERCERO.- A causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Pùblicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

De conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la LRJ-PAC, se notificó a la reclamante requerimiento a fin de aportar: declaración en la que se manifieste no haber sido, ni serlo en el futuro, indemnizado como consecuencia del accidente sufrido; indicación de por si los mismos hechos se siguen otras reclamaciones y evaluación económica de la indemnización solicitada.

Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito presentado el 26 de mayo de 2010, en el que determina el importe de la indemnización

solicitada en 305.491,57 euros, si bien, en escrito posterior presentado el 6 de agosto de 2010, eleva la cantidad a 2.499.044,57 euros.

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe de la Secretaría del distrito de Salamanca, que se emite el 4 de abril de 2011, y en el que se manifiesta:

"1. Se solicitó licencia de obras e implantación de uso terciario recreativo, establecimiento para consumo de bebidas y comidas en calle C, aaa, la actividad se planteaba como referida a un único local, a pesar de que se destina a bar la planta baja del edificio y a restaurante la planta baja de un cuerpo de edificación de dos plantas, hasta ahora de uso residencial, situado en el testero del espacio libre de parcela, siendo comunes las dotaciones de servicio obligatorias para el desarrollo de la actividad. Ambas piezas se encuentran separadas por un jardín protegido con nivel 2.

2. Dicha licencia con nº de expediente bbb, es desistida, por cuanto no se atendió los requerimientos formulados por parte de esta Administración. Así, se formuló requerimiento de fecha 10.06.2008 del siguiente tenor literal:

- la actividad de cada local, según definición del art. 6.7.4 de las NNUU, deberá solicitarse por separado, no admitiéndose la solicitud presentada para los dos locales en un solo expediente.

- La actividad de restaurante solicitada en el local de planta baja y primera en un uso autorizable, por lo que precisa la aprobación previa del Plan Especial de Control Ambiental de uso, según establecen los arts. 5.2.7 y 8.1.31 de las NNUU.

Antes de que se notificase dicho requerimiento se aportó documentación que pretendía atender el mismo, pero que se estimó incompleta. Así se indicaba al interesado en nuevo requerimiento indicando que seguía sin

aportar respuesta justificativa respecto del primer apartado, y que, a mayor abundamiento, respecto al Plan Especial que exigía el apartado 2º (al que sí da contestación y que se tramita en expediente relacionado), también debe aportar determinada documentación.

En consecuencia, se dicta una primera resolución de desistimiento al no atender el requerimiento de fecha 19.11.2008, la cual se deja sin efecto para la toma en consideración de nueva documentación que al estimarse también incompleta deriva en un nuevo desistimiento de fecha 3.02.2009.

Posteriormente, dicha resolución ha sido objeto de una rectificación material de error, puesto que se había producido un error de transcripción, que ha sido debidamente subsanado (sin que se haya recepcionado todavía el acuse de recibo).

3. Por parte del interesado, se alega que la licencia no ha podido ser obtenida, por cuanto no se justificó nunca la necesidad de que cada actividad en cada local debía solicitarse por separado. Mientras que en consulta urbanística previa, se planteó la implantación de la actividad y se informó favorablemente.

A este respecto, ha de destacarse la consulta que, en tal sentido, se formuló desde estas dependencias con fecha 12.09.2008 señalándose las circunstancias concretas de la solicitud formulada: que se trataba de dos actividades a desarrollar en dos piezas distintas y con acceso a través de zaguán de la calle C, aaa (adjuntamos copia de dicha consulta).

La respuesta desde el Área de Gobierno de Urbanismo y vivienda de fecha 27.10.2008 viene a corroborar dicha imposibilidad de obtener la licencia solicitada en las condiciones en que ha sido formulada: de forma conjunta para los dos locales, toda vez que los mismos forman recintos independientes y no se garantiza su vinculación funcional y régimen de

accesos que se regulan en los arts. 67.4 y 7.1.4 de las NNUU del Plan General (adjuntamos copia de dicha consulta).

Como consecuencia de lo anterior, también se inadmitió a trámite por razones de legalidad urbanística el Plan Especial solicitado (adjuntamos copia de dicha inadmisión).

Si bien es cierto que el interesado formuló consultas urbanísticas con nº de expediente ccc y ddd en el Área de Gobierno de urbanismo y vivienda, las mismas no se plantearon en idénticos términos a la solicitud de licencia finalmente formulada ante estas dependencias, puesto que no se indicó que se tratara de piezas independientes”.

Consta notificado por los servicios postales, el 26 de abril de 2011, conforme a las exigencias del artículo 59 LRJ-PAC, la apertura del trámite de audiencia en virtud de acuerdo de la jefa del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales de 14 de abril de 2011.

En uso de dicho trámite, la reclamante presenta escrito de alegaciones el 18 de mayo de 2011, en el que se ratifica en lo manifestado en su escrito inicial.

Formalizado el trámite de audiencia, el director general de Organización y Régimen Jurídico formuló propuesta de resolución, de 7 de mayo de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial.

Con fecha 8 de abril de 2011, la Asesoría jurídica Municipal comunica la interposición de recurso contencioso-administrativo por la reclamante que se viene sustanciando ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid.

Consta en el expediente remitido que la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la

reclamación de responsabilidad patrimonial, que ha dado lugar al procedimiento ordinario 47/2011, que se tramita en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid, y en el que ha recaído Auto de 15 de junio de 2011, por el que se declara caducado el recurso, acordando la terminación del procedimiento, y su archivo, por no haber formalizado la recurrente la demanda.

CUARTO.- El vicealcalde de Madrid, con fecha 21 de mayo de 2012, formula consulta a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 8 de junio de 2012, y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de junio de 2012.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo, LCC), según el cual: “1. *El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre: 1º*

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada". En el caso que nos ocupa, la cuantía de la reclamación asciende a 2.499.044,57 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

Por otra parte, la solicitud de dictamen ha sido cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la LCC, que establece que "*las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*", en relación con el artículo 32.2 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

El Ayuntamiento de Madrid es el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo, habiéndose en el caso presente hecho llegar la solicitud mediante oficio del vicealcalde de Madrid, de 21 de mayo de 2012, por delegación de la alcaldesa.

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 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 mercantil 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 errónea información urbanística suministrada por el

Ayuntamiento de Madrid y la dilación en la tramitación del expediente de concesión de licencia.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, 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 ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; título competencial que justifica la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

En lo que al plazo se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJAP-PAC, *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”*. La reclamación cuyo expediente se dictamina se fundamenta en la presunta responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid por la información urbanística proporcionada por el Ayuntamiento a resultas de varias consultas formuladas por la reclamante, habiendo sido posteriormente inadmitido a trámite, por razones urbanísticas, el Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos para la implantación de actividad de bar restaurante. Esta inadmisión se produce por acuerdo de 30 de julio de 2009, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid y es notificado a la interesada el 2 de noviembre siguiente, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 15 de febrero de 2010.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los cauces previstos tanto en la LRJAP-PAC como 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 (en lo sucesivo RPRP). Se ha recabado informe de los servicios supuestamente causantes del daño, exigido por el artículo 10.2 de la misma norma reglamentaria y se ha evacuado trámite de audiencia a los interesados, de acuerdo con el artículo 11.1 del precitado Real Decreto, que establece: *“instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la*

propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, salvo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Al notificar a los interesados la iniciación del trámite se les facilitará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes, y concediéndoles un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.”

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 probanza de la realidad de los daños alegados y de su conexión con la actuación 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 entidad reclamante daños de diversa índole, a saber: lucro cesante por importe de 2.195.553 €, por las ganancias dejadas de percibir;

y el daño emergente por un total de 305.491,57 €, en el que se incluyen los gastos derivados del arrendamiento del local, honorarios de redacción del proyecto de obras, honorarios por el asesoramiento jurídico para el arrendamiento y la licencia, gastos de mudanza, costes de adquisición de diverso mobiliario y abono de impuestos.

En relación a lo primero, el lucro cesante, es preciso recordar, como que como ya ha señalado este Consejo en dictámenes anteriores (*vid. dictamen 436/09*) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo:

“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 este 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*”.

Para acreditar las ganancias dejadas de obtener aporta la reclamante un documento elaborado por ella misma, denominado “*memoria explicativa de la cuenta de pérdidas y ganancias del restaurante situado en la calle C, nº aaa, de Madrid. Acreditación del lucro cesante causado*”, obrante a los folios 158 a 173 del expediente. Este documento, que contiene un estudio sobre la viabilidad económico-financiera del proyecto no es suficiente, a efectos probatorios, para considerar acreditado el lucro cesante reclamado. En primer término, y más importante, porque, como decimos, el documento ha sido elaborado por la propia entidad reclamante; en segundo término, porque la cantidad solicitada en concepto de lucro cesante aparece en el estudio como el sumatorio del valor del negocio durante diez años, concepto que no es equivalente a los beneficios dejados de percibir y, sobre todo, porque, aunque solo se tuviera en cuenta los beneficios que se señalan en el citado documento –cuya cantidad es sensiblemente menor a la reclamada–, no estamos en presencia de un lucro cesante acreditado, sino ante unas meras expectativas de negocio, unas ganancias hipotéticas que, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada, no resultan indemnizables. La prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser

rigurosa, sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros «sueños de ganancias».

En lo que se refiere al daño emergente, también es preciso hacer algunas matizaciones. Algunos de los conceptos reclamados no guardan relación alguna con la actuación de la Administración en relación al local sito en la calle C, nº aaa, de Madrid. Tal es el caso de los gastos de mudanza por traslado de enseres desde un conocido hotel de Madrid a un guardamuebles.

Otros conceptos, como la fianza legal y convencional pactada en el contrato de arrendamiento del local, no son resarcibles por cuanto que ello conllevaría un enriquecimiento injusto para la reclamante en el bien entendido que dicha fianza es devuelta a la arrendataria y las responsabilidades que garantiza son ajena a la actuación administrativa, sin guardar ninguna relación con ella.

Algunos pagos acreditados, los de importes 1.024, 3.007,20, 9.021,6, 2.552, 25.000 y 29.667,16 €, se desconoce el concepto por el que se devengan, por lo que no se puede analizar su relación de causalidad con la actuación del Ayuntamiento.

Finalmente, otros importes reclamados, que figuran en la relación obrante al folio 79 del expediente no han resultado acreditados con la documentación aportada.

Sentado lo anterior procede analizar si los daños que resultan debidamente acreditados son imputables a la actuación del Ayuntamiento de Madrid y si revisten el carácter de antijurídico.

Para ello es necesario analizar separadamente los dos reproches que formula la reclamante. De un lado, la dilación en la tramitación del expediente de licencia y, de otro, la imposibilidad de desarrollar la actividad de bar-restaurante, según se desprende de los actos del Ayuntamiento en la tramitación del expediente de licencia y del Plan

Especial para el Control Urbanístico-Ambiental de Usos, a pesar de que en las consultas urbanísticas formuladas se admitía la posibilidad de tal actividad.

Por lo que se refiere al retraso en la tramitación del expediente de licencia, el examen de la documentación obrante en el expediente de responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que no se ha producido un retraso imputable a la Administración. La licencia para acondicionamiento general de local para actividad de bar-restaurante se solicitó el 20 de junio de 2007 y el procedimiento se dio por concluido por decreto de 3 de febrero de 2009 en el que se tiene por desistido a la solicitante.

Ahora bien, aunque *prima facie*, atendiendo a las fechas de solicitud y de fin del procedimiento, pudiera considerarse que ha transcurrido un dilatado periodo de tiempo, no puede pasarse por alto que el procedimiento ha pasado por diversas vicisitudes en las que no es ajena la actuación de la solicitante.

En efecto, la solicitante de la licencia presenta el 11 de septiembre de 2007 documentación complementaria al expediente de licencia, consistente en tres ejemplares completos del proyecto de acondicionamiento. Posteriormente, el 5 de noviembre de 2007 presenta escrito en el que solicita autorización para la ampliación de restaurante a la planta primera del testero de la parcela, para lo que presenta un Plan Especial para el Control Urbanístico-Ambiental de Usos.

En junio de 2008 el Ayuntamiento requiere a la empresa solicitante para que aporte documentación complementaria, y el 1 de diciembre la reclamante presenta documentación, si bien se la tiene por desistida mediante decreto de 19 de noviembre de 2008, que se deja sin efecto el 16 de enero de 2009 al no haber tenido en cuenta la documentación presentada por la interesada.

Lo anterior pone de manifiesto que el retraso en la tramitación del expediente de licencia no es imputable a la falta de diligencia en la actuación de la Administración, sino a la propia reclamante, que presentó documentación complementaria, amplió su solicitud y cumplimiento fuera de plazo los requerimientos de la Administración para completar el expediente.

En otro orden de cosas, en lo que se refiere a la información ofrecida en las consultas urbanísticas, es reiterada la jurisprudencia que admite la posibilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de la misma en los supuestos de contestación errónea a una consulta urbanística, de suerte que el ciudadano, confiado en aquella contestación desarrolla una determinada actuación que venga a resultar frustrada, sufriendo con ello un daño (Sentencias de Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1987 y 12 de junio de 1991). Concretamente, en la Sentencia de 15 de julio de 2002 (recurso de casación número 6694/1998) se indica que “*la información facilitada erróneamente en respuesta a la contestación de la consulta formulada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley del Suelo de 1976 y 165 del Reglamento de Planeamiento puede dar lugar, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos por la Ley, a la existencia de una responsabilidad de la Administración, como así lo ha reconocido esta Sala en su Sentencia de 23 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2039) recaída en el recurso 7921/1997 al resolver recurso de casación en interés de ley, y ello por cuanto que dicha resolución de consultas, en cuanto declaración de juicio, es una variante típica del acto administrativo que, como tal, aunque desprovisto de las características propias de éstos –ejecutividad–, incide o puede incidir, como acto aparentemente declarador o clarificador de derechos, en la conducta del consultante.*”

Resulta preciso examinar cuál es, en el caso que nos ocupa, el alcance de las consultas urbanísticas efectuadas y de la información proporcionada por

el Ayuntamiento. La empresa arrendadora formuló consulta urbanística común sobre la implantación de uso terciario recreativo en la categoría de establecimiento para el consumo de bebidas y comidas en la planta baja y primera del cuerpo de edificación situado en el testero de la parcela de la calle C, nº aaa. A esta consulta se contestó, básicamente, que el uso terciario-recreativo pretendido es viable urbanísticamente dado que se puede implantar como uso complementario en situación de planta baja e inferior a la baja, y como uso autorizable en situación de planta baja, inferior a la baja y primera, previa aprobación del Plan Especial de Control Ambiental de Usos, tal como establece el artículo 5.2.7 de las Normas Urbanísticas.

Por su parte, una persona que después será socia de la empresa ahora reclamante formuló consulta urbanística especial sobre la implantación de una salida de humos en el mismo local. En relación a esta consulta se señala que la misma ha sido examinada por la Comisión de Control Institucional para la protección del Patrimonio Histórico, Artístico y Natural (C.I.P.H.A.N.) del Ayuntamiento de Madrid y se informa favorablemente la propuesta de obras exteriores de instalación de una chimenea para evacuación de humos.

Asimismo, formula otra consulta urbanística especial, el 17 de enero de 2007, acerca de la viabilidad de establecer un restaurante en la planta baja y primera del edificio que da frente al jardín de la calle C, nº aaa. La respuesta a esta consulta fue que, examinada por la C.I.P.H.A.N., la Comisión no tiene nada que manifestar sobre la implantación de un uso que según la consulta interna formulada al Departamento de Zonas Protegidas I, de fecha 3 de julio de 2006, es viable urbanísticamente; añadiendo que, en el caso de que se tuvieran que realizar obras o implantar elementos como pantallas acústicas y ello afectara a elementos protegidos como el jardín, el proyecto concreto deberá ser informado por la C.I.P.H.A.N.

Como puede verse, las consultas formuladas al Ayuntamiento recaían en todo caso y exclusivamente a la edificación de dos plantas situada en el testero de la parcela de la calle C, número aaa. Sin embargo, la licencia urbanística solicitada y el proyecto presentado se referían a la implantación de un bar restaurante, de manera conjunta, en la planta baja de la mencionada edificación y en el local situado en planta baja del edificio colindante con la calle. En dicho proyecto se establecían como comunes para ambos locales algunas dotaciones de servicio obligatorias para el desarrollo de la actividad, circunstancia que motivó el reparo puesto por los servicios técnicos del Ayuntamiento a la concesión de la licencia urbanística en los términos en los que fue solicitada, por cuanto que los dos locales sobre los que se solicitó son, de acuerdo con las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, recintos independientes y no se garantiza su vinculación funcional ni el régimen de accesos requerido.

A consecuencia de estos reparos se requiere a la solicitante de la licencia, con advertencia de tenerla por desistida en caso de incumplimiento del requerimiento, para que presente solicitudes de licencia y, en consecuencia, proyectos separados para cada local, requerimiento que no es atendido, por lo que se tiene por desistida a la solicitante y se pone fin al procedimiento de concesión de licencia.

Como puede apreciarse, no estamos, en puridad, ante un supuesto de denegación de licencia, contradictoria con la información proporcionada por la Administración en las consultas urbanísticas, sino ante un caso en que se tiene por desistido al solicitante de la licencia por no atender los requerimientos del Ayuntamiento.

Sobre este punto cabe traer a colación la Sentencia 1153/2000, de 14 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso contencioso-administrativo 3344/1997), recaída en un asunto en el que la

recurrente, previa consulta urbanística sobre la posibilidad de instalar un centro de tratamiento de residuos industriales, solicita la correspondiente licencia de actividad de la que luego desiste, en la que se indica: “*la entidad D, solicitó la correspondiente licencia de actividad para la instalación de un centro de tratamiento de residuos industriales, en el polígono industrial E, iniciándose la tramitación del oportuno expediente, durante la cual según manifiesta la recurrente, por motivo de la presión popular se emiten varios informes desfavorables a la instalación, anunciando el alcalde incluso, a través de un Bando, su intención y la de su equipo de gobierno de denegar la licencia solicitada. Ante estas perspectivas la recurrente decidió desistir tanto del procedimiento de solicitud de la licencia seguido ante el Ayuntamiento de Guadarrama, como de la petición de declaración de impacto medio ambiental formulado ante la Comunidad de Madrid, ante lo que la recurrente denomina nulas posibilidades de obtener la licencia. Pues bien este hecho, el desistimiento voluntario de la recurrente del expediente seguido ante el Ayuntamiento y lo que es mas importante del seguido ante la Comunidad de Madrid para conseguir una declaración positiva de impacto medio ambiental formulado, intercurre en el nexo causal fracturando (sic), lo que impide el reconocimiento de la pretensión de la recurrente pues el nexo causal se ha roto por causa dependiente exclusivamente de la voluntad del interesado.*”

No obstante lo anterior, en todo caso, concurren dos circunstancias –interconectadas- que impiden apreciar la responsabilidad de la Administración: de un lado, que el objeto de la consulta urbanística no era ni mucho menos coincidente con el del proyecto para el que luego se solicitó la licencia, como ya se ha señalado, y de otro que, en todo momento el solicitante de la licencia partió de la errónea consideración de que podía implantar un bar-restaurante conjuntamente en los dos inmuebles para los que solicitó la licencia, y con base en esta creencia actuó y tuvo los gastos cuya indemnización ahora reclama. Sin embargo, este planteamiento

equivocado no tiene su fundamento en la información facilitada por el Ayuntamiento, que como ya hemos dicho, solo se refería a la edificación del testero de la parcela. La reclamante dio por hecho desde el inicio, como lo pone de manifiesto el contrato de arrendamiento en el que se alquilan, para destinarlo a restaurante, los dos inmuebles de forma conjunta e inseparable como si se trataran de una unidad, que podía instalar un bar restaurante en los dos locales conjuntamente considerados, pero esta idea no viene amparada en la información ofrecida en las consultas urbanísticas que, como se ha reiterado, afectaban exclusivamente al edificio del testero.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por no concurrir relación de causalidad entre el daño y la actuación de la Administración.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 27 de junio de 2012