

Dictamen n.º: **6/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.01.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de enero de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1.º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por F.J.G. sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los daños y las supuestas pérdidas económicas en el negocio de su propiedad y que atribuye a la ocupación de la vía pública durante la construcción de un aparcamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio de 1 de diciembre de 2009, registrado de entrada el 9 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Feliciano Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 13 de enero de 2010.

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

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Por escrito presentado el 19 de septiembre de 2007 (folio 1), el interesado, reclama responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ocupación de la vía pública con materiales de obra y lonas, desde julio de 2007 hasta enero de 2008, para la realización de obras de reparación de los daños que se produjeron a consecuencia de las obras del aparcamiento de la calle Goya en el inmueble sito en la calle A, número aaa, donde se encuentra el establecimiento del que es titular dedicado a Bar-Restaurante, lo que le ha provocado desperfectos en la fachada de madera por el polvo producido por el acopio de materiales e importantes ganancias dejadas de percibir, sin determinar la cuantificación de los meritados daños.

TERCERO.- Con fecha 4 de diciembre de 2007, por la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos, se remite el expediente a la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico, al considerar que así corresponde a la vista de las actuaciones realizadas.

Mediante notificación realizada con fecha 30 de enero de 2008 (folio 9), se practica requerimiento para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) complete la solicitud y, en los términos del artículo 6 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones

Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), se acrediten los extremos que se indican en el anexo.

Con fecha 8 de febrero de 2008, el interesado cumplimenta el citado requerimiento y valora la indemnización solicitada en quince mil euros (15.000 €) (folios 10 a 22).

El Departamento de Responsabilidad Patrimonial, solicita con fecha 26 de febrero de 2008, al Departamento de Relaciones Institucionales y Régimen Interior que recabe informe del Departamento de Aparcamientos en los extremos indicados en el mismo (folios 23 y 24).

Con fecha 10 de marzo de 2008, por la Subdirección General de Transportes y Aparcamientos se emite informe (folio 27), en el que se hace constar que: *“Girada visita de inspección el 6 de marzo del presente año, al aparcamiento mixto de concesión municipal denominado Felipe II y tras reunión mantenida con el encargado del mismo, se nos indica que en el aparcamiento no se ha realizado ninguna obra entre los meses de julio de 2007 a enero de 2008.*

Presentados en el bar del denunciante, [] se nos comunica que el acopio de materiales y recogida de escombros correspondió a una obra que se hizo en el edificio n.º bbb de la C/ B “.

A la vista del escrito anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 83 LRJ-PAC y el artículo 10 RPRP, la Jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial solicita con fecha 1 de abril de 2008, informe a la Junta Municipal del Distrito de Salamanca sobre las obras que denuncia el reclamante y licencias urbanísticas de las mismas, entre otros extremos (folio 29).

El Departamento Jurídico del Distrito de Salamanca contesta la anterior solicitud con fecha 17 de abril de 2008, poniendo de manifiesto que:

“Consultados los Sistemas Informáticos de este Distrito, se comprueba que no consta petición de Licencia Urbanística de Obras en el [local] situado CL B N° bbb, en las fechas a las que hacen referencia, no obstante pueden solicitar información del Área de Gobierno de Vivienda e Infraestructuras ya que también tiene competencia en concesión de licencias.

Sin embargo, sí tenemos constancia de una Petición de reserva de espacio para acopio de materiales en CL A N° ccc por la empresa C, con C.I.F. ddd, la cual fue Denegada porque según informe de la Sección de Vías Públicas y Espacios Urbanos de fecha 13 de Septiembre de 2007, el acopio de materiales en un espacio distinto a la fachada del edificio en construcción, afecta negativamente a terceros y crearía precedentes para el futuro, expediente n° eee de la Sección de Vías Públicas y Espacios Urbanos”.

Con fecha 29 de abril de 2008 y a la vista del escrito del Departamento Jurídico del Distrito de Salamanca, procede el pase del expediente a la Coordinación General del Área de Urbanismo para que recabe informe del Servicio de Licencias (folio 31), informe que es cumplimentado el día 6 de junio de 2008, (folios 33 a 35) de la siguiente manera:

“Examinados los antecedentes de los expedientes de Licencias Urbanísticas tramitadas y concedida en el Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda en las fechas referenciadas, se ha comprobado que en la C/ B bbb, solo aparece una Licencia de Actividad sometida a Evaluación Ambiental solicitada por D para Microcelda de Telecomunicaciones (se adjunta fotocopia de la misma).

La actividad que se autorizaba estaba compuesta por una antena de reducidas dimensiones apoyada en edificio y equipos de procesamiento alojados en el interior.

Se entendería que esta licencia no generaría ninguno de los desperfectos mencionados por el solicitante en su escrito ni requeriría la ocupación de la vía pública”.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 82 y 83 LRJ-PAC y el art. 10 RPRP, por el Departamento de Responsabilidad Patrimonial, con fecha 26 de junio de 2008, se solicita al Distrito de Salamanca que remitan copia del expediente administrativo nº eee (folio 36) a nombre de C, lo que llevan a cabo con fecha 4 de julio de 2008, en el que consta la denuncia formulada por la Policía Municipal el 9 de agosto de 2007, por “*Acopio de obra en vía pública sin autorización (zona acotada por valla)*” (folios 37 a 90).

Una vez instruido el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 RPRP, y a la vista del contenido de los informes técnicos se ha notificado trámite de audiencia y vista del expediente a todos aquellos a quienes se ha considerado como interesados en el procedimiento, es decir, al reclamante y a la empresa constructora del aparcamiento.

En uso de dicho trámite, el representante del reclamante comparece y toma vista del expediente, retirando copias de diversos documentos obrantes en el mismo, tras lo cual firma la oportuna comparecencia. Presenta escrito de alegaciones en el que reitera los hechos de su reclamación (folio 100). En el que alega que: “*La ocupación de la vía publica afectada en dicho expediente continúa al día de hoy sin práctica interrupción desde el comienzo de la obra como pueden verificar por medio de la Policía Municipal al igual que hicieron el pasado 9 de Agosto de 2007 cuando formularon el Boletín de Denuncia n.º fff (Documento nº 42) (sic) dado que la constructora no obtuvo la reserva de espacio solicitada (Documento nº 87) (sic).*

La única información de la obra que afecta mi negocio se obtiene a través de los operarios de la empresa constructora y siempre dijeron que

eran por las consecuencias de la construcción del aparcamiento subterráneo en la calle Goya frente al Palacio de los Deportes pero ya en la visita de inspección del pasado 6 de Marzo de 2007 pusimos en conocimiento del Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad que el acopio de materiales y escombros corresponde a una obra que se hace en el edificio de la c/ B bbb (Documento nº 27) (sic).

A la vista del expediente citado, se deduce que las obras que me afectan son como consecuencia de las obras ordenadas por el acta de I.T.E. del Edificio de la c/ B bbb (Documento nº 49) (sic) y es por lo que solicito sea declarada la responsabilidad subsidiaria de dicha Comunidad de Propietarios sin entrar, de momento, en la que recayera sobre el propio Ayuntamiento de Madrid que permite la ocupación de la vía pública sin la preceptiva autorización que la Sección de Vías Públicas y Espacios Urbanos propuso denegar por afectar negativamente a terceros, en este caso a mí (Documento nº 65) (sic) ”.

En cuanto a la empresa constructora que efectuó el acopio de materiales, el representante de la misma con fecha 15 de octubre de 2008 presenta escrito de alegaciones, en el que en síntesis manifiesta que la obra realizada es consecuencia de una orden de Ejecución municipal, ajustada a la realidad e impugna “a cualquier efecto la valoración que hace de los presuntos daños, por no corresponderse con la realidad el período que manifiesta se mantuvo el acopio, por carecer de base fáctica su reclamación y por resultar evidente la desproporción entre las posibles molestias sufridas y el importe de la cantidad reclamada” (folios 101 a 110).

En este punto del procedimiento, el Departamento de Responsabilidad Patrimonial, con fecha 3 de noviembre de 2008, procede a dar trámite de audiencia a la Comunidad de Propietarios del inmueble donde se realizaban las obras que han dado lugar a la presente reclamación, compareciendo el Presidente de la Comunidad de Propietarios que mediante escrito

presentado el 28 de noviembre de 2008, alega que la reclamación “*debería tramitarse ante los Tribunales ordinarios y no vía Administrativa como pretende el reclamante*” y que su Comunidad de Propietarios “*ha sido la gran perjudicada desde el año 1998, fecha en que se llevaron a cabo las obras de construcción del aparcamiento de Felipe II, y quedó fatalmente dañado nuestro edificio en todos sus cimientos y posteriores consecuencias en el resto del edificio.*”

Tras un largo procedimiento ante los Juzgados de Madrid, tanto en primera como en segunda instancia, se condenó y se declaró como autor responsable de los daños originados en nuestro edificio a la sociedad E; que a su vez han sido los que han llevado a cabo las obras de reparación y rehabilitación de nuestro edificio” (folios 114 y 115).

A la vista de las anteriores alegaciones se requiere al Presidente de la Comunidad de Propietarios del Inmueble de la calle B número bbb para que aporte la Sentencia aludida, lo que cumplimenta con fecha 29 de diciembre de 2008 (folios 143 a 151).

Se procede a dar trámite de audiencia con fecha 3 de diciembre de 2008, a la empresa autora de los daños originados en el edificio, según la Sentencia indicada. Comparece la representación mediante escrito presentado el 30 de diciembre de 2008 (folios 122 a 142), en el que, en síntesis, alega que no ha quedado acreditado por parte del reclamante ni la realidad ni la certeza del efecto lesivo, por lo que debe declararse la falta de responsabilidad de la empresa.

El Departamento de Responsabilidad Patrimonial, con fecha 18 de febrero de 2009 procede a dar nuevo trámite de audiencia:

- Al Presidente de la Comunidad de Propietarios, que no comparece ni presenta alegaciones por escrito dentro del plazo para ello establecido.

- A la empresa E, cuyo representante comparece mediante escrito en el que se reitera y ratifica en el anterior presentado el 29 de diciembre de 2008.

- A la empresa C, cuyo representante, mediante escrito, vuelve a ratificarse en el escrito de alegaciones anteriormente presentado.

Por último, con fecha 16 de junio de 2009, se procede a dar trámite de audiencia al interesado, que no comparece ni presenta alegaciones por escrito dentro del plazo para ello establecido.

Con fecha 16 de noviembre de 2009, el Director General de Organización y Régimen Jurídico, del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid elevó propuesta de resolución desestimatoria (folios 184 a 197).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser la cuantía de la reclamación igual a quince mil euros, y se efectúa por el Vicealcalde de Madrid, por delegación efectuada por el Alcalde, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC, cuyo término se fijó el 16 de enero de 2010.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la citada LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño presuntamente causado por la ocupación de la calzada con materiales de construcción.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto que titular de la competencia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística *ex* artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En este caso, el daño económico alegado se refiere al periodo comprendido entre julio 2007 y enero 2008, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 19 de septiembre de 2007.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha practicado la prueba precisa, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los

artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- 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 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.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa es preciso comenzar analizando 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, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, 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).

Sin embargo, en el supuesto objeto del presente Dictamen no ha quedado acreditado en el expediente que efectivamente se haya producido el daño económico que el reclamante alega. Entiende éste por un lado, que se han producido unos daños en la fachada del local de su restaurante que no acredita en forma alguna y, por otro lado, que, a consecuencia del acopio

de material para unas obras, se ha producido un daño económico consistente en una pérdida de ingresos derivada de una menor utilización del negocio que explota y pretende acreditar la realidad de este perjuicio económico con la aportación de copia de su declaración de IRPF correspondiente al año 2007.

Ahora bien, los documentos aportados no permiten hacer prueba del daño alegado, por cuanto que no constituyen ninguna declaración oficial del volumen de negocio ni de los ingresos obtenidos en otros ejercicios que permitan dar por acreditado el perjuicio económico, pues la mera alegación de un daño no hace prueba de la existencia del mismo.

Como este Órgano consultivo ya ha dictaminado en ocasiones anteriores, verbigracia en el Dictamen 535/09, de 9 de diciembre, a propuesta de la Sección VII: <<Respecto del lucro cesante, es doctrina consolidada la que declara que las expectativas desprovistas de certidumbre no son indemnizables. El Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998), ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de 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”.

En jurisprudencia posterior se reitera el criterio de que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditado la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, no siendo indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 -recurso 1761/2002- y 6 de abril de 2006 -recurso 3498/2003-)>>.

En consecuencia, no habiendo quedado acreditado en el expediente que la entidad reclamante haya sufrido los daños económicos que invoca, no cabe reconocer responsabilidad patrimonial a la Administración, por cuanto que un presupuesto del instituto de la responsabilidad es el de la existencia de un daño, cuya falta de acreditación es suficiente para desestimar la pretensión de la interesada.

SEXTA.- A mayor abundamiento debe advertirse que tampoco concurren los demás elementos que integran la responsabilidad indemnizatoria.

Por una parte, en cuanto al nexo causal entre el hipotético perjuicio económico y el acopio de material de obra, de los Informes incorporados al expediente se infiere con meridiana claridad que el acopio de material se corresponde con una obra particular y que la solicitud de licencia de ocupación de la vía pública para dicho material fue denegada por el Ayuntamiento.

En mérito a lo señalado cabe concluir que no concurren los requisitos precisos para que pueda estimarse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por lo anteriormente expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial 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, 13 de enero de 2010