

Dictamen n.º: **69/12**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por siete votos a favor y dos votos en contra, en su sesión de 8 de febrero de 2012, sobre consulta formulada por el vicealcalde de Madrid (por delegación mediante decreto del alcalde de 21 de junio de 2011), a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto referido y promovido por M.A.B., sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por perjuicios económicos derivados de información errónea en la licencia de actividad de bar en la C/A, aaa de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de diciembre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno el día 5 de diciembre de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 781/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo

Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 8 de febrero de 2012, por siete votos a favor y dos votos en contra, haciendo la Consejera, Sra. Laina, expresa reserva de formular voto particular en el plazo reglamentariamente establecido.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por J.G.R., en nombre y representación de M.A.B., registrada de entrada en el Ayuntamiento de Madrid el 24 de noviembre de 2010 (folios 1 a 73 del expediente).

El interesado señala que en virtud de “*Contrato de promesa de compraventa con entrega de arras*” suscrito el 10 de noviembre del 2009 concertó, en calidad de comprador, la adquisición de un local de negocio destinado a la actividad de bar, haciéndose constar en el mencionado contrato lo siguiente que transcribe:

“Primero- Que las personas físicas son propietarios pro indiviso de un semisótano letra B sito en la C/ A n^o aaa de Madrid dedicado a la actividad de hostelería (Bar), manifestando expresamente sus titulares que el local

“se encuentra al corriente de todos los gastos, tributos, contribuciones, arbitrios, cuotas a la comunidad de propietarios, electricidad, agua, teléfono y basura y cuenta con las autorizaciones y permisos necesarios para el desarrollo de la actividad de Bar”

Segundo Que el inmueble cuenta con Licencia Urbanística de Actividad de Bar numero bbb otorgada a favor de la mercantil C bajo Expediente num ccc.

2. CLAUSULADO:

Primera Establece el compromiso de venta del local a favor de mi representado M.A.B. por el importe de Cuatrocientos Setenta y Cinco Mil Euros, libre de cargas, arrendatarios, al corriente de pago de impuestos, etc.

Tercera El precio pactado seria abonado por la parte adquirente en el acto de la firma de la escritura pública de compraventa (fijado para el día 1 de diciembre de 2009) deducida la cantidad entregada a la parte vendedora en concepto de arras

Quinta En concepto de arras se entregó el importe de CINCUENTA MIL EUROS mediante entrega de cheques conformados otorgando los vendedores eficaz carta de pago por ese concepto (...)

Sexta De no llevarse a término la operación por causa imputable a los vendedores, éstos estarían obligados a devolver la cantidad recibida en concepto de arras más otra igual por los daños y perjuicios causados al comprador por incumplimiento de lo pactado”.

El reclamante continua señalando que mediante escrito suscrito el 26 de noviembre de 2009, en atención a solicitud de los vendedores, se acordó la ampliación del plazo inicialmente señalado para el día 30 de noviembre en orden a la formalización en escritura pública de la compraventa, para “antes del próximo día 10 de diciembre de 2009” esto es, el día 9 de diciembre como fecha límite.

A continuación el reclamante refiere haber presentado ante la Oficina de Registro de Chamberí el 19 de noviembre de 2009 con número de

anotación ddd, un escrito por el que solicitaba *“una cita para que nos informaran del estado actual de la licencia del Bar C que está en proceso de compraventa. Nos informan que no aparece esa información en la base de datos de esta oficina. Por este motivo, solicitamos la información y estado de esta licencia del Bar y funcionamiento del Bar lo antes posible”*.

El reclamante refiere que también solicitó licencia definitiva de funcionamiento del Bar C ubicado en C/ A, aaa en Madrid y acompañó a la solicitud el referido contrato de promesa de compraventa con entrega de arras.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, el interesado refiere que el 26 de noviembre de 2009 y con número de anotación eee, se volvió a reiterar la solicitud interesada en la anterior instancia.

El reclamante señala que mediante escrito fechado el 26 de noviembre de 2009, se expide por la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí una comunicación en la que, textualmente, se le hace constar:

“En relación a su escrito de fecha 26 de noviembre de 2009 en el que solicita información sobre el estado actual de las licencias de actividad de bar y funcionamiento del local denominado “C” sito en C/ A, aaa le informo de lo siguiente:

Consultados los documentos y expedientes obrantes en el Archivo del Distrito, así como en el Departamento Jurídico, consta en relación a ese local lo siguiente:

a) Por Decreto de fecha 24 de abril de 1978 se otorgó a J.L.H.B., Licencia de Actividad de Bar (Cambio de nombre y ampliación) en expte fff. No consta Acta de Funcionamiento (subrayado y negrita en la reclamación).

b) Por Decreto de 11 de Julio de 2008 se tomó razón de la Licencia de Actividad a favor de la Sociedad C.

c) Con fecha 08/07/2007, V.T.D. solicitó duplicado de licencia de actividad y funcionamiento (expte ggg) ”.

En virtud de la mencionada comunicación, el interesado señala que él entendió que no existía licencia de funcionamiento lo que a su vez se veía corroborado por la copia de la Licencia n° bbb de 24 de abril de 1978 que omite cualquier mención en el apartado correspondiente a “*Acta de Funcionamiento*”.

El reclamante afirma que la parte vendedora fue incapaz de justificar la existencia de la preceptiva Acta de Funcionamiento, necesaria para el desarrollo de la actividad de bar en el inmueble objeto de la compraventa, por lo que procedió a presentar el día 16 de marzo de 2010, la oportuna demanda que recayó en el Juzgado de Primera Instancia n° 84 de Madrid en autos de juicio ordinario num. 770/2010. El interesado refiere que la pretensión ejercitada consistía en acción resolutoria contractual por incumplimiento y reclamación de la cantidad de cien mil euros de principal (correspondiente 50.000 euros a la devolución del importe entregado en concepto de arras e idéntica cantidad calculada para abono de daños y perjuicios al comprador derivados del incumplimiento)

El reclamante continúa señalando que admitida a trámite la demanda mediante Auto recaído de 16 de abril de 2010, se recibió notificación de la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí, expedida el 5 de mayo de 2010, por la que se comunicaba que el local tenía concedida licencia de funcionamiento con fecha 27 de marzo de 1980 y que se encontraba en vigor. El reclamante refiere que en virtud de dicha comunicación, no tuvo más remedio que desistir del procedimiento, ya que la litis carecía de objeto y, además, se veía expuesto a una condena en

costas por un importante monto económico. El desistimiento fue judicialmente acordado mediante Auto de 17 de mayo de 2010.

En opinión del reclamante resulta evidente la relación de causalidad pues una inicial y defectuosa información, unida a una extemporánea respuesta, dieron lugar a que no formalizase una compraventa respecto del local de negocio sobre el que concurría una entrega de arras por importe de cincuenta mil euros, llegando, incluso, a interponer una litis de la que tuvo posteriormente que desistir.

En virtud de lo expuesto solicita una indemnización económica por importe de 50.000 euros, correspondiente al importe de la cantidad entregada, en concepto de arras, a cuenta de la infructuosa compraventa

TERCERO.- 1.-Mediante notificación, cuya recepción consta en el expediente el 14 de febrero de 2011 (documentos 2 y 3 del expediente), se practicó requerimiento, para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), el reclamante completase su solicitud aportando la siguiente documentación: declaración suscrita por el afectado en la que se manifieste expresamente, que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia del daño sufrido o, en su caso indicación de las cantidades recibidas; indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas e indicación de los restantes medios de prueba que se proponen.

Dicho requerimiento fue cumplimentado el 7 de marzo de 2011 (documento 5 del expediente), mediante escrito en el que el reclamante manifiesta que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia del daño sufrido, que por esos mismos hechos no se

siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y no propone práctica de más prueba que la documental aportada con su reclamación.

2.- Por la instrucción se solicitó informe a la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí, que informó el 12 de julio de 2011 (documento 7 del expediente) lo siguiente: *“1) El día 26/11/2009 M.I.P.O. en nombre y representación acreditada de M.A.B., solicitó información por escrito (nº de entrada eee) sobre el estado actual de la licencia de funcionamiento del BAR “C” ubicado en la calle A, n.º aaa del Distrito de Chamberí. (Se adjunta copia de expediente hhh).*

2) Se comunicó a la interesada que de acuerdo con los datos obrantes en el archivo del Distrito y en el Departamento Jurídico constaba que por Decreto de 24/04/1978 se otorgó a J.L.H.B. licencia de actividad de BAR (cambio de nombre y ampliación), en expte bbb. No consta Acta de funcionamiento. Dicha información se obtuvo en base a expedientes de transmisión de licencias existentes en el archivo del Distrito sobre dicho local, expedientes iii y ccc. Las transmisiones de la licencia de actividad lo fueron con fechas 10/09/2002 y 11/06/2008 (Se adjunta copia de los expedientes).

3) El expediente original de licencia no se localizó en la Junta de Distrito. En ese momento se informó a la interesada que dicho expediente podía constar en el Archivo de Villa ó en el Área de Gobierno de Urbanismo.

4) En contestación a solicitud formulada por la interesada de fecha 19/11/2009 de licencia de funcionamiento de la actividad, el Departamento Técnico del Distrito (Sección de Licencias) informó con fecha 29/12/2009 que consultado el sistema informático SIGSA Y WORKFLOW se desprende que el local de referencia con actividad de BAR dispone de licencia de actividad y funcionamiento número bbb, desconociendo si hay modificaciones posteriores en su caso que no estén

reflejadas en los sistemas mencionados. Se aporta copia de la información obtenida antes mencionada. Dicha información se comunicó a la interesada el 5/05/2010, la información se obtuvo en base a los datos contenidos en el sistema informático WORKFLOW, no constando en SIGSA más antecedentes de dicha licencia. (Se adjunta copia del expediente jjj).

5) Recabados antecedentes sobre dicha licencia al Archivo de Villa y al Área de Urbanismo (Sección de Relaciones Externas), con fecha 14/06/2011 se remiten por el Área de Urbanismo expedientes originales de licencia de actividad de dicho establecimiento, expediente kkk y expte. lll. (Se adjunta copia de los mismos). De los legajos contenidos en el expediente lll figura licencia de actividad de bar (cambio de nombre y ampliación), n.º expediente bbb con fecha decreto licencia 24/04/1978 y acta de funcionamiento firmada el 27/03/1980, que coincide en comprobación ocular con la información facilitada a la interesada por el departamento técnico del distrito a través del sistema Workflow.

6) Con fecha 30/09/2010 se tomó razón de la transmisión de la licencia de actividad a favor de la Sociedad "D" (Expte mmm).

Conclusiones:

1) La información facilitada por el Departamento Jurídico del Distrito (Sección Licencias y Autorizaciones) estaba limitada a los expedientes obrantes en el Archivo y Departamento Jurídico del Distrito. Haciendo saber a la interesada la existencia de otros órganos municipales donde en sus archivos podía constar el expediente original de licencia. Como así fue.

2) Aún considerando inexacta la primera información facilitada, dicha licencia sin acta de funcionamiento firmada era válida para el funcionamiento de la actividad en base a la interpretación del silencio

positivo fijada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 8/07/1981, RJ 1981/324 y otras), así como la Instrucción 1/2011 de la Coordinadora General de Urbanismo relativa a la situación en la que se encuentran determinados locales de ocio en relación a las licencias de funcionamiento”.

3.- El día 15 de julio de 2011 el reclamante interpone recurso de alzada contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su reclamación de responsabilidad patrimonial (documento 8 del expediente).

Mediante escrito notificado al reclamante el 19 de agosto de 2011, se le comunica que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 110.2 LRJAP-PAC, el recurso interpuesto se tramitará como recurso potestativo de reposición, ya que contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial solo se pueden ejercer las acciones que procedan ante la jurisdicción competente, pudiendo no obstante interponerse con carácter previo recurso potestativo de reposición.

4.- En la misma fecha 19 de agosto de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 RPRP, y a la vista del contenido de los informes técnicos se notificó el trámite de audiencia y vista del expediente al interesado (documento 10 del expediente).

El reclamante formula alegaciones el día 6 de septiembre de 2011 en las que señala que las formula *ad cautelam*, dado el confusionismo generado por la notificación de dos actos excluyentes entre sí, ya que con carácter simultáneo a la notificación de concesión de trámite de audiencia, ha sido notificada otra resolución recaída en la misma fecha por la que se tiene por interpuesto recurso de reposición contra la desestimación presunta de la reclamación objeto del expediente, e insiste en que ha existido una defectuosa actuación administrativa desplegada por la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí que supuso un quebranto económico evaluable en 50.000 euros perfectamente acreditado mediante

la profusa prueba documental aportada con el escrito de reclamación inicial y con la obrante en el expediente administrativo.

5.- En fecha 8 de noviembre de 2011 se formula propuesta de resolución desestimatoria del recurso de reposición presentado en el expediente de responsabilidad patrimonial por considerar que no existe relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos. En dicha propuesta se señala que pese a que se formula para resolver un recurso de reposición, en cuanto que dicho recurso se ha interpuesto contra la desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial, debe ultimarse la instrucción del procedimiento y en consecuencia recabar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º 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, el reclamante ha cifrado el importe de los daños sufridos en la cuantía de 50.000 euros, por lo que es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen del Consejo Consultivo.

Ahora bien, en el presente caso concurre la particularidad de que contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial se ha interpuesto recurso en vía administrativa por el reclamante. En opinión de este Consejo Consultivo no cabe duda de que para que el Ayuntamiento pueda resolver el recurso de reposición planteado, estimándolo o desestimándolo, entrando en el fondo de la cuestión suscitada, es preciso que se hayan recabado los informes preceptivos, entre los que se encuentra el Dictamen de este Consejo, y cumplido los demás trámites legales en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, entre los que se incluye el de audiencia al interesado. Esta cuestión fue examinada por el Consejo de Estado en su Dictamen 2072/1999, de 8 de julio, en el que se expresa en los siguientes términos: *“Cuando se interpone un recurso de reposición, el órgano administrativo al que corresponde su conocimiento tiene competencia plena para enjuiciar las cuestiones que se planteen. En el caso de recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en procedimientos que se pronuncian sobre reclamaciones formuladas en concepto de indemnizaciones de daños y perjuicios ante la Administración Pública, el órgano competente para resolverlos puede, en principio, analizar todas las cuestiones suscitadas y decidir sobre el fondo del asunto, bien estimando, bien desestimando las reclamaciones. Pero tales pronunciamientos sólo puede hacerlos después de haberse formado un juicio a través del cauce procedimental establecido; esto es, después de recabar los informes preceptivos -y no sólo los determinantes del contenido de la resolución- de los órganos que deben emitirlos. Y ello, por cuanto, en vía de recurso, el órgano competente para resolverlo no tiene facultades para formarse un juicio y conformar su voluntad de manera arbitraria, sino que está sujeto a las prescripciones legales que definen la manera de*

hacerlo. Si fuera de otra manera, se estaría habilitando al órgano que debe resolver una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración tras seguir un procedimiento a hacerlo, en trance de resolver un recurso, sin sujetarse a trámite alguno. Para ello, le bastaría con dejar de pronunciarse expresamente en el término en que está obligado y esperar a la interposición del recurso para decidir, sin observar el procedimiento establecido. Tal planteamiento no debe considerarse conforme a derecho”.

En la tramitación del expediente se ha observado el resto de trámites legales y reglamentarios, marcados en la LRJAP-PAC y en el RPRP. En concreto, la instrucción ha consistido en recabar informe del servicio a cuyo funcionamiento se atribuye haber causado el daño, informe exigido por el artículo 10.1 de la norma reglamentaria y emitido por Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí.

Además en el expediente se ha dado trámite a audiencia al interesado, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP.

SEGUNDA.- Ostenta la legitimación activa M.A.B. en cuanto persona que sufrió el daño al amparo del artículo 139 de la LRJAP-PAC.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid titular del servicio al que se vincula el daño, título competencial que justifica sobradamente la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

El artículo 142.5 de la LRJAP-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el presente supuesto la reclamación se interpone el 24 de noviembre de 2010,

siendo el 5 de mayo de 2010 cuando se comunica al interesado la información completa sobre la licencia controvertida, por lo que debe reputarse ejercitada la acción en plazo legal.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, y por el título X, capítulo primero, además de la disposición adicional 12ª, de la LRJAP-PAC y por el RPRP. La doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración -v. 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-, entiende que esa responsabilidad comporta el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión resulte del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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, alterándolo, en 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, como se acaba de decir, es imprescindible que exista nexo causal entre el

funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Reiteramos, asimismo, que sólo son indemnizables las lesiones producidas por daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia (v., p. ej., las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

CUARTA.- En el presente caso, el reclamante solicita indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia, según él, de la información defectuosa proporcionada por el Ayuntamiento de Madrid a una consulta que el interesado efectuó a la corporación municipal el 26 de noviembre de 2009 en relación a la licencia de bar y funcionamiento de un local, respecto al cual había formalizado contrato de promesa de compraventa con entrega de arras. En concreto, solicita la cantidad de 50.000 euros correspondientes al importe entregado en concepto de arras, cuya pérdida imputa al funcionamiento del servicio público.

Es preciso señalar que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, es doctrina pacífica y consolidada, que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo casos de inversión del *onus probandi* no aplicable a éste, recae en quien la reclama (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003, -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003- recurso 723/1999- y 11 de noviembre de 2004- recurso 4067/2000).

Pues bien, hay que afirmar, con toda rotundidad, que el reclamante no ha probado la intervención del Ayuntamiento de Madrid en el daño que, afirma, se le ha producido.

Sin duda ha quedado acreditado en el expediente la realidad del desembolso efectuado mediante la documentación aportada por el interesado, consistente en dos cheques bancarios expedidos a nombre de los vendedores el día 6 de noviembre de 2009 por el importe reclamado. Sin embargo, no acredita el reclamante que el daño producido, consistente en la pérdida de esa cantidad, tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos. El daño que se le ha podido producir, como es la pérdida de la cantidad entregada a los propietarios del local en el contrato de promesa de compraventa, no viene motivado de forma directa y exclusiva en el funcionamiento del Ayuntamiento de Madrid, lo que no prueba, sino por la propia conducta del reclamante. Este tenía que haber probado la existencia real y positiva del daño, no siendo suficiente la aportación de datos hipotéticos, sino reales y concretos que guarden la debida relación de causa a efecto. El daño alegado, como más adelante veremos, más bien parece basado en apreciaciones subjetivas del reclamante y, en modo alguno, cabe estimar una lesión producida como consecuencia del funcionamiento del Ayuntamiento de Madrid, que es lo que daría lugar a la responsabilidad patrimonial.

Debemos analizar la posición del reclamante en orden al incumplimiento del contrato de promesa de compraventa de fecha 10 de noviembre de 2009. Como se ha expuesto en el antecedente de hecho segundo, en el exponendo I del contrato se manifiesta por los promitentes vendedores que el local *“se encuentra al corriente de todos los gastos, tributos, contribuciones, arbitrios, cuotas a la comunidad de propietarios, electricidad, agua, teléfono y basura y cuenta con las autorizaciones y permisos necesarios para el desarrollo de la actividad de Bar”* y en el exponendo II, manifiestan, tanto los promitentes vendedores como también el promitente comprador, que *“La Finca que ha quedado descrita en el Expositivo que antecede cuenta con Licencia Urbanística de Actividad de Bar, número bbb, otorgada a favor de la mercantil C bajo Expediente*

núm ccc”. Es decir, los promitentes vendedores manifiestan que el local cuenta con las autorizaciones y permisos necesarios para el desarrollo de la actividad de bar, lo que es cierto y ambas partes, por tanto, también el reclamante, manifiestan que el local cuenta con Licencia Urbanística de Actividad de Bar. Por ello el reclamante reconoce expresamente, en el contrato de promesa de compraventa, que el local cuenta con Licencia Urbanística de Actividad.

Asimismo en la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa las partes pactan una condición resolutoria según la cual *“De no llevarse a término la operación por causa imputable a los vendedores, éstos estarían obligados a devolver la cantidad recibida en concepto de arras más otra igual por los daños y perjuicios causados al comprador por incumplimiento de lo pactado”*. En esta misma cláusula, más adelante, se pacta que singularmente será causa imputable a los vendedores en el supuesto que éstos no cancelen las cargas hipotecarias que gravan el local. Sin embargo, no se establece expresamente que la ausencia de licencia de actividad de bar sea causa de resolución imputable a los promitentes vendedores, sin duda porque el reclamante, entonces promitente comprador, ya había manifestado en el exponendo II, y por tanto comprobado, que el local contaba con Licencia Urbanística de Actividad de Bar.

Con fecha 19 de noviembre de 2009, nº de anotación ddd, el reclamante presenta una instancia general normalizada en la oficina de registro de la Junta de Distrito de Chamberí por la que solicita, escrito manuscritamente: *“Licencia definitiva de funcionamiento del bar C, ubicado en C/ A nº aaa”*. Está, por tanto, solicitando la preceptiva Licencia de Funcionamiento, a lo que está obligado en virtud de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (en adelante LEPARCM). Sobre esta solicitud hay que señalar que el reclamante no es preciso en su reclamación

al afirmar, en la página 4 de su escrito, que lo que solicitó el 19 de noviembre por medio de ese escrito fue *“una cita para que nos informaran del estado actual de la licencia del Bar C....”*, en el siguiente párrafo afirma que *“También solicitó licencia definitiva de funcionamiento del Bar C...”*. El mismo reclamante entra en contradicción pues, por un lado, afirma que lo que solicitó fue una cita para conocer el estado de la licencia del bar y por otro reconoce que solicitó la preceptiva licencia de funcionamiento, iniciando, por ello, los trámites necesarios para su obtención. El reclamante en ese momento ya conocía, y así lo manifestó en el exponendo II del contrato, que antes hemos transcrito, que el local contaba con Licencia Urbanística de Actividad de Bar.

Esta solicitud es reiterada, siete días naturales después, el 26 de noviembre de 2009, n^o de anotación eee en el registro de la Junta de Distrito de Chamberí, mediante instancia general normalizada en la que en el apartado “solicita” escribe *“Reiteramos la petición de solicitud ddd por escrito de 19/11/2009 sobre existencia de la licencia de funcionamiento del bar C ubicado en C/ A n^o aaa”*. En una interpretación literal lo que el reclamante solicita, el 19 de noviembre de 2009, es la licencia definitiva de funcionamiento, como consta en el apartado “solicita” y el 26 de noviembre solicita que se le informe sobre la existencia de la citada licencia. El mismo reclamante, en sus escritos, crea la confusión en la que luego pretende basarse para obtener un resarcimiento económico de la Administración. Ese mismo día 26 de noviembre de 2009 la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí, en escrito firmado por el jefe de la Sección, contesta a la segunda solicitud, hecha ese mismo día, por el que se afirma *“En relación a su escrito de fecha 26 de noviembre de 2009 en el que solicita información sobre el estado actual de las licencias de actividad de bar y funcionamiento del local denominado “C” sito en C/ A, aaa le informo de lo siguiente:*

Consultados los documentos y expedientes obrantes en el Archivo del Distrito, así como en el Departamento Jurídico, consta en relación a ese local lo siguiente:

a) Por Decreto de fecha 24 de abril de 1978 se otorgó a J.L.H.B., Licencia de Actividad de Bar (Cambio de nombre y ampliación) en expte fff. No consta Acta de Funcionamiento.

b) Por Decreto de 11 de Julio de 2008 se tomó razón de la Licencia de Actividad a favor de la Sociedad C.

c) Con fecha 08/07/2007, V.T.D. solicitó duplicado de licencia de actividad y funcionamiento (expte ggg) ”.

De la lectura de este escrito conviene señalar que la información facilitada por el Ayuntamiento no puede reputarse errónea, sino a lo sumo incompleta, pues se limita a transmitir al interesado, y así se hace constar expresamente, la información de la que en ese momento se disponía, una vez consultados los archivos obrantes en el Distrito así como en el departamento jurídico. Dice que “*no consta Acta de funcionamiento*”, no afirma que el local no tiene licencia de funcionamiento, supuesto en el que sí estaríamos ante una información errónea y, por tanto, merecedora de reproche a la Administración. Pero, en el mismo escrito, la Administración también informa al reclamante que consta en los archivos del Distrito, en relación a ese local, que en 1978 se otorgó Licencia de Actividad de Bar (apartado a del escrito), que en el 2008 se tomó razón de la Licencia de Actividad de Bar a favor de uno de los promitentes vendedores del local (apartado b) y también afirma que en julio de 2007 se solicitó un duplicado de licencia de actividad y funcionamiento (apartado c). Por tanto, de la simple lectura del escrito se colige que el bar tiene Licencia de Actividad de Bar, que consta que está a nombre de uno de los promitentes vendedores del local, pero también que en el año 2007 se solicitó duplicado de la

Licencia de Actividad y Funcionamiento, por lo que cabe presuponer que existía la citada Licencia, como luego así se demostró.

Además según el informe de la Sección de Licencias y Autorizaciones del Distrito de Chamberí: *“el expediente original de licencia no se localizó en la Junta de Distrito. En ese momento se informó a la interesada que dicho expediente podía constar en el Archivo de la Villa ó en el Área de Gobierno de Urbanismo...”*, por lo que el interesado quedaba enterado de que la información facilitada no era completa, al no disponer esa Junta de Distrito de toda la información necesaria al respecto, siendo susceptible de ampliación.

El reclamante quiere trasladar a la Administración la responsabilidad por una actuación de la que solo él es el responsable. A efectos exclusivamente dialécticos, si el reclamante hubiera considerado que el local carecía de las autorizaciones pertinentes, tuvo plazo suficiente para dirigirse a los promitentes vendedores a fin de que acreditaran la legal situación administrativa del bar que había prometido comprar. Pues bien, en el expediente no consta ni un requerimiento en ese sentido a los promitentes vendedores, ni siquiera un burofax o un mero correo electrónico o escrito ordinario. Nada consta que el reclamante, entonces promitente comprador, se dirigiera a los promitentes vendedores. Tampoco el reclamante exigió, en uso de su derecho, el cumplimiento del contrato a los promitentes vendedores en aplicación del artículo 1451 del Código Civil. Lo único que hizo fue aquietarse ante la información recibida de la Administración, no perfeccionar la compraventa, desconociendo este Órgano Consultivo sus causas, reclamar la resolución contractual en vía judicial, en fecha que no justifica pero cuya demanda fue admitida a trámite por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 84 de los de Madrid, de fecha 16 de abril de 2010, desistir de la demanda el 12 de mayo de 2010 y por último presentar el día 25 de noviembre de 2010 la

reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, que ahora dictaminamos.

Por todo ello consideramos que el hecho de que el interesado decidiera no formalizar el contrato de compraventa del local con la consiguiente pérdida de las cantidades entregadas en concepto de arras, no encuentra su causa eficiente en la información facilitada por la Administración, sino que fue una decisión personal del reclamante por causas no probadas.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, y como antes hemos escrito, en el exponendo I del contrato de promesa de compraventa los promitentes vendedores manifiestan que el local contaba con los permisos y autorizaciones necesarios para el desarrollo de la actividad de bar, lo que es cierto y también los promitentes vendedores y el reclamante, manifiestan en el exponendo II que el local contaba con Licencia Urbanística de Actividad de Bar.

Adelantamos ya que, en todo caso, el reclamante, una vez perfeccionada la compraventa, tendría que haber solicitado una nueva Licencia de Funcionamiento como bien recuerda la Instrucción 1/2011 de la Coordinadora General de Urbanismo relativa a la situación en la que se encuentran determinados locales de ocio en relación a las licencias de funcionamiento. Los locales, como éste, con licencias posteriores a las Ordenanzas Municipales de 1972, momento en que se distinguía entre Licencia de Instalación, Apertura y Funcionamiento (actual Licencia de Actividad) y el Acta de Funcionamiento (actual Licencia de Funcionamiento) y hasta la aprobación del Reglamento de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, aprobado por el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto de 1982, que derogó el anterior de 1935, necesitaban obtener el Acta de Funcionamiento tras la preceptiva comprobación previa. El local de la calle A nº aaa, por la fecha de sus

licencias, se encontraba en esta situación, cumpliendo la legalidad en todos sus aspectos.

Sin embargo en el momento de la firma del contrato de promesa de compraventa estaba en vigor la LEPARCM que en su artículo 8 se establece que: *“Los locales y establecimientos regulados en la presente Ley necesitarán previamente a su puesta en funcionamiento la oportuna licencia municipal de funcionamiento, sin perjuicio de otras autorizaciones que les fueran exigibles. Constituirá presupuesto indispensable para el otorgamiento de las licencias de funcionamiento, la previa acreditación del cumplimiento de lo establecido en el apartado tercero del artículo 6º”*, según el cual *“ Los locales y establecimientos deberán tener suscrito contrato de seguro que cubran los riesgos de incendio del local y de responsabilidad civil por daños a los concurrentes y a terceros derivados de las condiciones del local, de sus instalaciones y servicios, así como de la actividad desarrollada y del personal que preste sus servicios en el mismo”*.

Por tanto, en aplicación de esta Ley el nuevo propietario del local tendría que haber solicitado, en todo caso una nueva Licencia de Funcionamiento, cumpliendo los requisitos de la LEPARCM, ya que lo que se prometía vender era un local que consta de Licencia de Actividad de Bar, no se prometía la venta de un negocio, ni la venta de la sociedad que explotaba el bar. Tampoco, según el contrato de promesa de compraventa, se vendía el mobiliario y enseres del bar, ni se subrogaba en el personal que, en su caso, trabajara en el local, ni tampoco se subrogaba en los seguros que, en su caso, tuviera el bar.

Por ello, no es relevante a los efectos de la resolución contractual que el local contara o no con la necesaria Licencia de Funcionamiento pues, en todo caso, el hipotético nuevo propietario, el ahora reclamante, tendría previamente que suscribir los correspondientes contratos de seguro de incendios y responsabilidad civil por daños a los concurrentes o a los

empleados, antes de obtener la nueva Licencia de Funcionamiento a su nombre, lo que se colige que conocía pues mediante su escrito de 19 de noviembre, inicia el procedimiento para obtener esa nueva Licencia de Funcionamiento.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración al no haberse acreditado los elementos necesarios para el nacimiento de la misma.

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.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE
DICTAMEN LA CONSEJERA PRESIDENTA DE LA SECCIÓN
II, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO.**

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 69/2012 que emite este Consejo con fecha 8 de febrero de 2012, por el que se acuerda desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por M.A.B. en solicitud de ser indemnizado en una cuantía de 50.000 €, cantidad en que valora los daños sufridos a

consecuencia de, lo que califica como una inicial y defectuosa información realizada por el Ayuntamiento de Madrid, así como una extemporánea respuesta, formulo al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, **Voto Particular**, expresando mi parecer favorable a que la reclamación sea estimada en parte, en tanto se aprecia un funcionamiento anormal de un servicio público, que según se desprende de los datos incorporados al expediente, son el origen del daño alegado, y que por revestir naturaleza antijurídica, supone la concurrencia de todos los requisitos legalmente establecidos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante.

Para llegar a la anterior conclusión, me apoyo en las siguientes consideraciones:

1º.- **Concurrencia de funcionamiento anormal de la Administración** consistente en haber facilitado formalmente una información errónea. El primer requisito establecido en el artículo 106 de la Constitución Española para que surja la responsabilidad de la Administración, es que el daño causado, lo sea como consecuencia del funcionamiento de un servicio público. El reclamante imputa la producción del daño a una información que le fue suministrada por la Administración consultante y que efectivamente lo fue en el seno de una relación de servicio público específicamente regulada en la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid de 23 de diciembre de 2004. Concretamente, el artículo 12 contempla la obligación informativa que a tal efecto pesa sobre el ente público con el siguiente tenor:

“1. Se podrán formular consultas relativas a la situación urbanística de una determinada parcela, solar, inmueble o local, así como de los actos o

usos del suelo o subsuelo permitidos y del procedimiento de tramitación aplicable para la actuación que se trate.

2. La consulta se presentará en documento normalizado y será contestada en el plazo de quince días, salvo que requiera el informe preceptivo de otros servicios municipales, que deberá producirse en el plazo de quince días a partir de la fecha de recepción del mismo.”

Tanto el Tribunal Supremo, como el Consejo de Estado, se han pronunciado en orden a la responsabilidad que pesa sobre las Administraciones públicas, en el ejercicio de su función de información a los particulares. Así, afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 1991, que “...*la contestación errónea a una consulta integra un funcionamiento anormal de la Administración, de suerte que el ciudadano que confiando en aquella contestación desarrolla una determinada actuación que venga a resultar frustrada, sufriendo con ello una lesión, tendrá derecho a ser indemnizado*”. Por su parte, el dictamen del Consejo de Estado 504/94, decía que “... *la Administración, al facilitar (al reclamante) una información errónea... le indujo a actuar de una determinada manera... ocasionándole un perjuicio económico. La Administración creó una apariencia que sólo a ella es imputable y, amparada en la misma, el reclamante se decidió a actuar como lo hizo, sufriendo un perjuicio económico que es imputable, en definitiva, a los servicios administrativos*”.

El Consejo de Estado en su dictamen 997/2001 señaló que “la doctrina de este Consejo ha insistido en que la actividad informativa, como servicio de la Administración, no es ajena al principio de responsabilidad cuando concurren los requisitos exigibles para esta última. En aplicación de este planteamiento general que, naturalmente, ha de considerar la índole y el alcance de la información, ha llegado a decir este Consejo que la Administración al facilitar una información errónea,

formalmente suministrada, crea una apariencia jurídica a ella imputable y si, amparado en la misma o inducido por ella, el informado se decide a actuar en conformidad con lo indicado por la Administración, el perjuicio económico que sufra genera, en su caso, imputabilidad y responsabilidad administrativas. Y, en este sentido y aplicación más concretos, el dictamen 1381/96, de 30 de mayo de 1996, dice que "la confianza legítima es una creación del Derecho alemán que ha sido incorporada al Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia (Sentencias que concreta) y recibida en nuestro ordenamiento jurídico por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, en las Sentencias de 28 de febrero de 1989 y 1 de febrero de 1990) y la doctrina de este Consejo de Estado (dictámenes de 12 de mayo de 1992 –expediente 464/92- y 3 de junio de 19940 –expediente 504/94-). Cuando el proceder de la Administración genera una apariencia y, confiando en ella y actuando de buena fe, un ciudadano ajusta su conducta a esa apariencia, pesa sobre la Administración la obligación de no defraudar esa confianza y estar a las consecuencias de la apariencia por ella creada". La doctrina de la protección del principio de confianza legítima y el surgimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se vulnera, se ha mantenido por este Consejo en Dictamen 117/2009 de 25 de febrero.

En el presente caso, en ejercicio de esa facultad de requerir información, consta que el reclamante se dirige por escrito al Ayuntamiento de Madrid con fecha 19 de noviembre de 2009, y en una segunda ocasión, también por escrito el día 26 de noviembre de 2009. Esta última solicitud es informada el mismo día 26 de noviembre de 2009, siendo a juicio del reclamante su contenido incorrecto y generador del daño que se imputa, pues se le comunica que con los datos obrantes en el distrito de Chamberí y en el departamento jurídico, el bar sito en la calle A n° aaa contaba con licencia de actividad de fecha 24 de abril de 1978, pero no constaba acta

de funcionamiento. Se califica de incorrecta esta información, porque en una segunda comunicación del mismo Distrito de Chamberí, pero del Departamento Técnico de fecha 22 de diciembre de 2009, esto es veintiséis días más tarde, que se notificó al reclamante con fecha 5 de mayo de 2010, se desmiente la información anteriormente suministrada, confirmando que el bar interesado disponía tanto de licencia de actividad como de funcionamiento número bbb, la primera de fecha 24 de abril de 1978 y la segunda de 27 de marzo de 1980.

El Dictamen al que me opongo, niega que las instancias presentadas por el reclamante lo fueran en solicitud de información, sin que por tanto exista responsabilidad del ente público en este aspecto, afirmando que el objeto de las mismas era solicitar la licencia definitiva para el mencionado local, conclusión que en absoluto comparto pues, solo mediando *error facti* el reclamante pudo solicitar del ente público la licencia definitiva que, encaminada a autorizar el desarrollo de actividad en un local, difícilmente podría ser instada por quien carecía de título habilitante, como era el caso, para hacer uso del local en cuestión. La finalidad puramente informativa de las instancias presentadas se deduce claramente de una simple lectura de las mismas (*“Solicitamos una cita para que nos informaran del estado actual de la licencia de bar C que está en proceso de compra venta. Informan que no aparece la información en la base de datos de esta oficina. Por ese motivo solicitamos la información y estado de esta licencia del (BAR). Funcionamiento del Bar. Lo antes posible”..... “Solicitamos información de la licencia del estado actual de la licencia de funcionamiento”*), y de la propia actuación del ente público reclamado que no tuvo duda a la hora de tramitar la instancia de 19 de noviembre de 2009 como una solicitud de información, calificando el escrito de *“Licencia de funcionamiento. Escrito solicitando información de licencia”* y pronunciándose en coherencia con esa finalidad informativa, en el sentido ya reseñado de que el local de

referencia con actividad de BAR disponía de licencia de actividad de 24 de abril de 1978 y de funcionamiento de fecha 27 de marzo de 1980.

El Dictamen interpreta en su consideración jurídica cuarta, que la primera información suministrada *“no puede reputarse errónea sino a lo sumo incompleta, pues se limita a transmitir al interesado y así se hace constar expresamente, la información de la que en ese momento se disponía, una vez consultados los archivos obrantes en el Distrito así como en el departamento jurídico”*. Entiendo *per contra*, que la información es absolutamente errónea porque con los datos de que disponía el Distrito en aquel momento sí se podía conocer que el local tenía licencia de funcionamiento como lo prueba el hecho de que el día 22 de diciembre de 2009, es decir veintiséis días más tarde y mucho antes de que se remitiera del Área de Urbanismo el expediente original (14 de junio de 2011), el mismo Distrito de Chamberí, Departamento Técnico, Sección de licencias informara correctamente sobre la existencia de dicha licencia de funcionamiento otorgada con fecha 27 de marzo de 1980. El error en la información transmitida solo puede ser atribuido a una incorrecta interpretación o manejo de los datos contenidos en los sistemas informáticos Sigsa y Workflow, a disposición del Distrito, por parte del servicio que emitió la errónea información el día 26 de noviembre de 2009.

La manifestación, con claro *animus defendendi*, incorporada en el informe de la Sección de licencias y autorizaciones del distrito de Chamberí de 12 de julio de 2011, indicando a manera de justificación, que se había informado al interesado del carácter incompleto de la información por no contar con el original del expediente, se contempla tanto en la propuesta de resolución como en el Dictamen, como causa exculpatoria para abundar en la tesis de que al reclamante se le advirtió del carácter provisional de la información transmitida, de tal forma que la Administración quedaría exonerada de responsabilidad en el caso de que con posterioridad apareciera otro dato que se separara de lo ya informado. Tampoco puedo admitir esa

causa de exoneración carente de *nervus probandi*, por tratarse de una aseveración que no cuenta con otro respaldo acreditativo que la mera afirmación del autor del informe y que no es aceptada por el reclamante, que al respecto manifiesta: *“Desconocemos el alcance de esas manifestaciones pero pudiendo llegar a entenderse que la exoneración de la responsabilidad administrativa se basa en la instauración del peregrinaje del administrado viéndose obligado a llamar a todas las puertas del Consistorio buscando un expediente, nos parece la mayor de las burlas. El administrado hizo lo que tenía que hacer: solicitar la información (incluso en dos ocasiones) utilizando el impreso oficial suministrado al efecto a él no le compete la organización interna de la Administración.”*

La información transmitida fue errónea sin paliativos, pues aun en el hipotético caso de que se hubiera realizado con la salvedad de que pudieran aparecer otros datos en el Archivo de la Villa o en el Área de Gobierno de Urbanismo, tal salvedad no hubiera operado como causa de exoneración, dado que el dato controvertido de existencia de licencia de funcionamiento conferida el 23 de marzo de 1980, se hallaba, no en el Archivo de Villa, ni en el Área de Urbanismo, sino a disposición del mismo Distrito, según se deriva del informe del Departamento Técnico del Distrito de Chamberí (Sección Licencias) emitido el 22 de diciembre de 2009: *“Consultado el sistema informático SIGSA Y WORKFLOW se desprende que el local de referencia con actividad de BAR, dispone de licencia de actividad y funcionamiento número bbb, desconociendo si hay modificaciones posteriores en su caso que no estén reflejadas en los sistemas mencionados. Se aporta copia de la información obtenida antes mencionada.”*

Resulta asimismo de todo punto rechazable el segundo argumento esgrimido en el informe del Distrito de Chamberí de 31 de mayo de 2011, en el sentido de que, a pesar de considerar inexacta la información facilitada con fecha 26 de noviembre de 2009, el reclamante pudo interpretar la existencia de autorización para funcionar en base al juego del

silencio positivo en las licencias. Como pone de manifiesto el reclamante, la aplicación de esa interpretación también podría haberse exigido a la Administración consultada, y se añade aquí, si omitió la misma, el consultante, confiado en el buen hacer de ésta, bien pudo entender que la ausencia de licencia comunicada obedeciese a que había operado en este caso la importante excepción que en materia urbanística existe en la figura de la adquisición de licencias por silencio positivo como garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística, de gran raigambre en la legislación urbanística española actual y anterior, según la cual en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico, como en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2009 (Rec. 45/2007 de casación en interés de la Ley).

En definitiva, la Administración cumplió deficientemente con el deber de informar que le correspondía, respecto de una situación jurídica sobre la que ostentaba competencias de policía de seguridad con poderes de intervención constantes sobre la actividad autorizada en su día, para la que fue requerida en la forma especificada en la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas. Transmitió, el 26 de noviembre de 2009, una información que se reveló incorrecta veintiséis días más tarde y actuó tardíamente, incumpliendo con creces el plazo reglamentario de contestación de quince días, en la consulta que, presentada con fecha 19 de noviembre de 2009, y resuelta el 22 de diciembre de 2009, fue notificada al interesado, hoy reclamante, el 5 de mayo de 2010, desconociéndose la causa justificadora de esa importante dilación.

2º.- Existencia de nexo de causalidad.-

La prueba del nexo de causalidad, cobra en el presente caso especial importancia dado que no basta que la Administración haya facilitado una información errónea para que surja el deber de indemnizar, es preciso que

se acredite que fue esa información la que indujo al informado a actuar en un determinado sentido origen del daño sufrido.

La relación causal constituye en los procedimientos de responsabilidad patrimonial el aspecto protagonista en torno al que pivota el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración pública. En el presente caso, indagar en los motivos que inducen a una persona a actuar en un determinado sentido, conlleva una labor de análisis de las circunstancias concurrentes, a fin de determinar cuál de todas ellas constituye la *condictio sine qua non*, esto es, el hecho sin el cual resulta inconcebible que otro evento se considere consecuencia o efecto del primero. La prueba de la causa que impulsa la actuación humana nunca puede ser concluyente, haciéndose solo exigible, que conforme a las reglas del criterio racional, exista un enlace preciso y directo expresivo de la dependencia entre causa y efecto.

El reclamante afirma que se vio enormemente perjudicado por la primera información recibida que le llevó a resolver el contrato concertado con fecha 10 de noviembre de 2009, de promesa de compraventa con entrega de arras, pues la falta de licencias o permisos era una de las causas de resolución expresa negocialmente establecidas. A la vista de la información emitida por el Ayuntamiento con fecha 26 de noviembre de 2009, manifiesta que decide no llevar a término la operación, y como la vendedora no consigue acreditar la existencia de acta de funcionamiento, necesaria para el desarrollo de la actividad, presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que se ejercitaba acción resolutoria contractual por incumplimiento y reclamación de cantidad de 100.000 €, correspondiendo 50.000 € a la devolución del importe entregado y otros 50.000 € a los daños derivados del incumplimiento del vendedor. Desiste de dicha acción el 12 de mayo de 2010, a los 7 días de conocer, porque el Ayuntamiento así se lo comunica con fecha 5 de mayo de 2010, que el local disponía de los permisos y licencias preceptivos.

Para otorgar credibilidad a la versión del reclamante, se hace preciso analizar el carácter de la licencia de funcionamiento y su incidencia en el objeto de la futura compra, en orden a valorar si la comunicación que informaba de la ausencia de la misma pudo motivar la decisión de desistir del contrato de compraventa. Como se desprende del documento de contrato de promesa de compraventa con entrega de arras, acompañado como Documento nº 2 por el reclamante, resulta indubitado que el objeto de futura compra era el local en la calle A nº aaa, que se destinaba a bar, para continuar con la explotación de dicho negocio. Así se deduce del Expositivo III del citado documento: ... *“adquirir la finca descrita en los expositivos que anteceden, para desarrollar en el mismo la actividad de bar.”*

La licencia de funcionamiento se regula para el caso analizado por la Ley 17/1997 de 4 de julio de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, que al respecto establece en su artículo 8.1: *“Los locales y establecimientos regulados en la presente Ley necesitarán previamente a su puesta en funcionamiento la oportuna licencia municipal de funcionamiento, sin perjuicio de otras autorizaciones que les fueran exigibles”*. En parecidos términos se expresa el artículo 50 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, que establece el régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades (OGLUA). La jurisprudencia en este sentido ha manifestado que aún configurándose como única la licencia de actividad y funcionamiento, obtenida la de actividad, se entiende que aquella desde ese momento es válida quedando demorada su eficacia al momento en que se concede la licencia de funcionamiento.

De la normativa expresada se deduce que la licencia de funcionamiento constituye un requisito indispensable para poder desarrollar la actividad en un local, de tal modo que su ausencia se erige en un obstáculo de primer orden para conseguir el deseo de los promitentes compradores y que

actuaba como causa fundamentadora del negocio, de adquirir la finca para desarrollar en la misma la actividad de bar.

La importancia que reviste la licencia de funcionamiento para el ejercicio de la actividad, nos lleva a concluir que sin la misma se quedaría sin fundamento la compraventa prometida, abonando la tesis mantenida por el reclamante de que fue la información emitida con fecha 26 de noviembre de 2009, sobre la ausencia de acta de funcionamiento en el local de bar, luego desmentida, la que le hizo desistir de la compra confiando en la seguridad de la información ofrecida.

No resulta a mi juicio adecuado el análisis que se realiza en el Dictamen al que me opongo, minorando la incidencia de la ausencia de licencia de funcionamiento en el contrato, sobre la base de entender que el nuevo propietario tendría que haber solicitado una nueva licencia de funcionamiento, pues lo que se prometía era la venta de un local, no la venta del negocio ni la venta de la sociedad. Creo que dicha afirmación está en contra del espíritu que, de forma contundente dimana de la letra de los acuerdos, pactos y cláusulas que configuran el contrato como exponentes de la voluntad de las partes, y ley entre las mismas, de que la causa y fin de la futura compra era la adquisición del local para continuar explotándolo como bar, sin que sea posible, ante meridiana claridad de los términos utilizados, abordar cualquier interpretación, pues *in claris non fit interpretatio*. Así se deriva, no solo de su Expositivo III, anteriormente transcrito donde se concretaba la intención clara del futuro comprador respecto del objeto de la futura compra, sino también del Expositivo II, donde en perfecta comunión con la anterior intención, el futuro vendedor manifiesta no hallarse en curso “ningún procedimiento sancionador o de otro tipo susceptible de perjudicar la continuidad de la actividad” o de la cláusula Sexta, en virtud de la cual se consideraba causa de resolución imputable a los promitentes vendedores que sobre el local en cuestión,

antes de la firma de la escritura, se impusiese cualquier gravamen que *“perjudicase la continuidad de la actividad de Bar”*.

La existencia de licencia de funcionamiento, tal y como habían manifestado los promitentes vendedores, se convertía en una condición indispensable para poder continuar desde el momento mismo de la compra del local, sin más requisito que su comunicación a la Administración, con el desarrollo de la actividad de bar, de tal forma que la ausencia de la mencionada autorización comprometía gravemente la causa del contrato entendida ésta como el propósito de alcanzar un determinado resultado con el negocio.

Efectivamente, la normativa reguladora de las licencias, fiel a la paulatina transformación que se viene experimentando en el ámbito de las autorizaciones administrativas, con origen en el derecho comunitario, acoge la doctrina de minimizar la intervención pública, valorando las exigencias del interés público, de tal forma que se reduzcan los niveles de intervención intensos para ser sustituidos por sistemas de declaración a posteriori o actuaciones comunicadas. Tal sistema de intervención mínima, ha sido adoptado en el ámbito de las licencias de funcionamiento y así, aún cuando indudablemente un cambio de titularidad conlleva la necesidad de acometer cambios en materia de seguros, servicios y personal, tal y como se establece en la propuesta de resolución y en el Dictamen, se ha considerado que ello no puede justificar una intervención pública de intensidad con exigencia de una nueva licencia, estimando que el interés público queda garantizado con la simple comunicación del cambio a la Administración competente. Así se deriva de los artículos 4 y 22 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004, que eximen de la obligación de solicitar nueva licencia en los casos de cambios de titularidad de licencias urbanísticas. Así, el artículo 4, dispone: *“Actos no sujetos a licencia urbanística”*.

No será exigible licencia urbanística en los siguientes supuestos:

h) Los cambios de titularidad de las licencias urbanísticas, para lo cual bastará la mera comunicación a que alude el artículo 22 de esta ordenanza.”

El artículo 22, que regula los aspectos de la transmisión de licencias, establece en su apartado 6, en lo que se refiere a las actividades de espectáculos públicos y recreativos como excepción a la regla general de transmisibilidad de las licencias en dicho ámbito: *“En el caso de actividades de espectáculos públicos y recreativos, quedará suspendida la transmisión de las licencias municipales cuando exista expediente sancionador en curso que dé lugar al cese o clausura hasta que el mismo se resuelva.*

A tal efecto se realizarán las pertinentes comunicaciones entre los distintos servicios municipales que intervengan en la tramitación del expediente sancionador que dé lugar al cese o clausura y en el de la transmisión de la licencia.”

En el mismo sentido, el art. 8.6 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, dispone que *“los cambios de titularidad de las licencias deberán ser comunicados a los Ayuntamientos”.*

Concluida la radical importancia que la existencia de la licencia de funcionamiento presenta en el negocio objeto de análisis, resulta conforme a las reglas de un criterio racional, que según manifiesta el reclamante, la comunicación de ausencia de licencia de funcionamiento realizada por la Administración competente, motivase que desistiese de firmar el contrato de compraventa, al frustrarse la finalidad de continuar de inmediato con el desarrollo de la actividad de bar.

El repaso temporal de la conducta seguida por el reclamante avala que ésta y no otra fue la causa de su oposición a la firma del contrato el día

señalado. Así, resulta acreditado que se dirigió al servicio adecuado, Junta de Distrito de Chamberí en cuanto órgano dependiente del Ayuntamiento de Madrid y responsable de la gestión de licencias en el distrito, para informarse sobre la situación conforme a la legalidad del objeto de la futura compra, y ante la ausencia de datos, ya por escrito de fecha 19 de noviembre de 2009 (Doc. nº 4 acompañado por la parte), el reclamante, requirió de la Administración la referida información, solicitando presteza en la actuación pública (*“lo antes posible”*), denotando la urgencia e importancia que el dato requerido ostentaba para la firma del contrato futuro de compraventa, acompañándose, el contrato ya firmado de promesa de compraventa a la instancia, como acreditativo del interés que concurría en la información solicitada. Refuerza la tesis del reclamante, de la importancia que la información podía tener en la resolución del contrato, el hecho de que se dirigiera de nuevo para apremiar al ente público mediante escrito que de nuevo se presenta el 26 de noviembre de 2009, reiterando la petición de información *sobre la existencia de la licencia de funcionamiento de bar C ubicado en la c/ A aaa*, ante el silencio de la Administración respecto de la consulta anterior de 19 de abril de 2009. Resulta asimismo coherente el ejercicio de la acción ante el juzgado de Primera Instancia, por estimar que la vendedora debía devolverle los 50.000 € que le habían sido entregados al no contar el local con la licencia de funcionamiento preceptiva en contra de lo manifestado en el contrato, y por fin, abunda en que la información facilitada por el Ayuntamiento fue la causa de que no se ejercitara la opción de compra, el hecho de que se desistiera de dicha opción a los siete días de conocer que contrariamente a lo que se había informado, el local contaba con licencia de actividad y funcionamiento. El escrito de desistimiento revela el carácter determinante de la información: *“Que esta parte interpuso la Demanda que dio lugar a las presentes actuaciones contra DXXXXXX y otros, fundamentalmente, en resolución de obligación contractual de compraventa al resultar inidóneo el local de negocio por ausencia de licencia de funcionamiento del mismo. Para*

acreditar tal extremo, se acompañaron con la Demanda inicial los distintos documentos facilitados tanto por los demandados como por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, de los que se desprendería, cuando menos, notables indicios de tal ausencia de licencia (no obstante la información verbal recibida del Ayuntamiento negatoria de la concesión de Licencia de Funcionamiento).Por tales motivos (silencio de la Administración y documentación no justificativa de la concesión de licencia de funcionamiento), en fecha 17 de marzo del presente año se procedió a presentar la Demanda.”

Creo en definitiva que de la conjunción del dato objetivo de la importancia básica que para la futura compraventa tenía la licencia de funcionamiento del bar, y del análisis de la actuación desarrollada por el reclamante, se puede concluir, que razonablemente, éste rehusó la firma del contrato de compraventa porque, confiando en la seguridad de la información suministrada por la Administración competente, estimó que la continuidad de la actividad de bar se veía seriamente comprometida, frustrándose de ese modo la finalidad y causa del contrato, que por ser imputable al promitente vendedor, llevaba aparejada la devolución los 50.000 € entregados en concepto de arras, según preveía la cláusula Sexta del contrato.

Acreditada a mi juicio la existencia de nexo, cabe analizar otros factores con influencia en la producción del daño al margen de la actuación pública. Estoy de acuerdo con la observación realizada en el Dictamen de la nula constancia de actuación del reclamante requiriendo a los promitentes vendedores el acreditativo de la licencia de funcionamiento del negocio de su titularidad, que la Administración negaba y que se hallaban obligados a exhibir tal y como se justifica en la propuesta de resolución en aplicación de la previsión contenida en el artículo 3 de la Orden 434/1999 de desarrollo de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Este comportamiento resulta exigible y en tanto

no se halla acreditado que aconteciese, supone una actuación negligente del reclamante al omitir actuaciones preventivas de la producción del daño que pudieron contribuir al mismo y que sin ostentar virtualidad suficiente para romper el nexo de causalidad de éste con la actuación pública modera la cuantía de la indemnización a satisfacer por la Administración. El grado de causalidad atribuible a cada actuación es siempre una cuestión de gran complejidad a la que no escapa el presente caso, pero valorando el deber de diligencia omitido, exigible al reclamante para llevar a buen fin el contrato firmado, exigiendo una justificación a la que el promitente vendedor se hallaba obligado y el de la Administración que emite una información incorrecta respecto de la licencia de funcionamiento en materia sobre la que se ejerce un poder de intervención constante que no se agota con su concesión, se estima que el referido grado de causalidad ha de fijarse en un 50%, debiendo por tanto indemnizar la Administración con 25.000 € el daño causado y asumir los restantes 25.000 € el reclamante.

Por lo anteriormente argumentado, y frente a la opinión del resto de los miembros de la Comisión Permanente que votaron a favor del texto del Dictamen 69/2012, a mi juicio, en presencia de daño efectivo de naturaleza antijurídica, nexo de causalidad y funcionamiento anormal de la Administración actuante concurren todos los requisitos para entender procedente la responsabilidad patrimonial reclamada, atenuada por concurrir culpa del reclamante en la forma vista en las anteriores consideraciones.

Este es el voto particular que emito en Madrid, a catorce de febrero de 2012.

La Consejera Presidenta de la Sección II».

Madrid, 14 de febrero de 2012