

Dictamen nº: **567/24**

Consulta: **Alcalde de Madrid**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **26.09.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de septiembre de 2024, sobre la consulta formulada por el alcalde de Madrid, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por la representante de la entidad DEL CACHO GIL ENTRETENIMIENTO, S.L. (en adelante, “*la reclamante*”), por los daños y perjuicios ocasionados por la Resolución de la Gerente de la Agencia de Actividades de 10 de marzo de 2020, que denegó la licencia urbanística para la modificación de actividad de discoteca por aumento de aforo en el local sito en la calle Hilarión Eslava, 36, resolución que fue anulada judicialmente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado, con fecha 27 de octubre de 2023, en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Madrid, se formuló reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la administración municipal, en reclamación de los daños y perjuicios económicos causados a la entidad reclamante por la denegación, por Resolución de la gerente de la Agencia de Actividades Económicas (en

adelante, la Agencia) de 10 de marzo de 2020, de una licencia urbanística para la modificación de la actividad de discoteca, por aumento de aforo de 459 a 620 personas, habiendo sido posteriormente anulada esa decisión administrativa por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2022.

Según recoge el escrito, la reclamante adquirió los derechos de explotación de una discoteca/sala de fiestas y espectáculos, junto con la licencia de local situado en la calle Hilarión Eslava, 36, de Madrid, a la mercantil DISBEX POWER S.L. y procedió al arrendamiento del local en mayo de 2017.

La reclamante refiere que, en cuanto a la adquisición de la licencia de funcionamiento, se subrogó en todos los derechos de la transmitente, y el precio del arrendamiento de local se negoció, no solo teniendo en cuenta el espacio, sino también la explotación del negocio, pues los anteriores arrendatarios comunicaron en las negociaciones que ya estaba en marcha el informe de prevención de incendios y que se podría aumentar el aforo. La entidad indica que, en todo caso, si el aforo hubiera sido susceptible de ampliación, el precio de arrendamiento hubiera sido menor en proporción.

Según se señala, la empresa DISBEX POWER S.L. ya había comenzado todas las gestiones técnicas para la tramitación de una nueva licencia de funcionamiento para el aumento de aforo (en ese momento, el local contaba con un aforo de 459 personas, según resolución de fecha 21 de diciembre de 2016 del gerente de la Agencia) y se había solicitado a Prevención de Incendios un informe técnico para el aumento de aforo a 620 personas.

El escrito recoge que, al estar todos los informes vinculados a la entidad mercantil DISBEX POWER S.L. se presentó por la entidad colaboradora ADDIENT, Empresa Certificados S.L.U. una solicitud para que la mercantil reclamante se subrogara en todos los derechos

derivados de la licencia, incluidas la continuación de la tramitación y la contratación de la empresa DÉDALOS ARQUITECTURA, para la dirección técnica y el pago de la totalidad de las obras relativas a la declaración responsable que dio lugar al expediente 500/2017/15020 .

La reclamante indica que, con fecha 8 de agosto de 2020, se notificó a la empresa DÉDALOS ARQUITECTURA la denegación de la licencia, de modo que, contra dicha resolución, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17, de Madrid (PO 242/2020), dictándose sentencia desestimatoria el 22 de octubre de 2021.

Se indica en la reclamación que, con fecha de 25 de enero de 2021, se solicitó el cambio de titular de la licencia oficialmente, aportando todos los datos, el contrato de arrendamiento y cesión por parte de los anteriores titulares, de modo que se procedió al cambio el 26 de enero de 2021.

El escrito señala que DISBEX POWER S.L. en defensa de los intereses de la reclamante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia señalada, correspondiendo la tramitación del recurso a la Sección Segunda de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, con fecha 31 de octubre de 2022, y notificación a las partes el día 10 de noviembre de 2022, dictó sentencia, estimando el recurso y fallando:

“1º.- Estimar el recurso de apelación interpuesto ...en representación de la entidad mercantil DISBEX POWER S.L., contra la sentencia dictada en fecha 22 de octubre de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 17 de Madrid, en el procedimiento ordinario número 342/2020, que revocamos.

2º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de DISBEX POWER S.L contra la Resolución dictada por la Gerente de la Agencia de Actividades de Madrid de fecha 10 de marzo de 2020, identificada en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, por lo que anulamos la misma al resultar contraria al ordenamiento jurídico y declaramos el derecho del recurrente a obtener la licencia pretendida con aumento de aforo hasta alcanzar las 620 personas”.

Según la reclamación, el 25 de enero de 2023, se dictó decreto de firmeza de la sentencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Además, la reclamación relata que, con fecha 22 de abril de 2022, se inició por el ayuntamiento un expediente de ejecución sustitutoria para reponer las obras al estado anterior, al haber sido denegada la licencia y declarada la ineficacia de la declaración responsable, remitiendo un requerimiento en el que se indicaba:

“TERCERO: ORDENAR el cese inmediato de la actuación objeto de la declaración responsable, así como restituir el orden jurídico infringido si procede, toda vez que se han detectado deficiencias que imposibilitan la continuación del ejercicio de la actuación declarada; todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la Ciudad de Madrid, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de febrero de 2014.

CUARTO: ADVERTIR a la interesada que, en el supuesto del no acatamiento voluntario del cese ordenado, se procederá a realizar el precinto de la actividad, como medida de ejecución subsidiaria prevista en el artículo 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

La reclamante refiere que se realizaron alegaciones contra tal resolución, comunicando al ayuntamiento el 5 de mayo de 2022 que estaba pendiente la resolución del recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y solicitando que dejara sin efecto el expediente hasta que se resolviera dicho recurso, informándole también que se estaba preparando un estudio para adecuar la legalidad urbanística.

El escrito indica que “*aunque se le comunica al ayuntamiento la precipitación de dicha ejecución sustitutoria, puesto que está pendiente el recurso de apelación y que, en el caso de ser estimado el recurso, sería innecesaria, el jefe del departamento D...desatiende las alegaciones y la reclamante se ve obligada a llevar a cabo las obras y la actuación requerida, de modo que, además, se inicia expediente sancionador con propuesta de imposición de multas a la entidad por no realizar las obras... realizándose alegaciones sobre la precipitación de la misma y la falta de diligencia del ayuntamiento, al que se le había comunicado la fecha de deliberación, voto y fallo*”.

La entidad aporta la siguiente valoración de los daños:

En cuanto al daño emergente:

Partidas por la exigencia de realización de las obras y todos los gastos derivados de ello:

Honorarios del arquitecto: 1.100 euros.

Pago de tasas: 247,60 euros.

Realización de las obras: 15.385 euros.

Minuta letrada ex ejecución obras: 1.600 euros.

El total de dicha partida asciende a la cantidad de 18.332,60 euros.

Igualmente, como daño emergente se incluye la parte proporcional del arrendamiento del local, puesto que se pactó teniendo en cuenta la rentabilidad por el aforo, contando ya con informes favorables de un aforo de 620 personas.

Según se indica, de agosto a octubre de 2020, por la normativa COVID, la actividad estaba prohibida, pero desde el mes de octubre de 2020 al mes de octubre de 2021, por la misma normativa, se pasó a permitir la actividad de restauración con la mitad del aforo, para después permitir la actividad de discoteca/sala de fiestas, estando obligada la reclamante a mantener un aforo de 229 personas, cuando el aforo debía haber sido de 310 personas, siendo esta parte proporcional del arrendamiento la que se reclama, con el siguiente desglose:

Año 2020: meses de octubre, noviembre y diciembre, pago en exceso de arrendamiento de 1.309,13 € por mes, lo que supone un total de 3.927,40 €.

Año 2021, de enero a mayo, pago en exceso del arrendamiento de 1.309,13 € mensuales por mes, por cinco meses, lo que hace un total de 6.545,66 €.

De junio a octubre de 2021, se pagó un en exceso de alquiler de 1.337,97 € mensuales, por cinco meses, lo que hace un total de 6.689,85 €.

El escrito señala que, a partir de noviembre de 2021, se permitió la actividad con la totalidad de los aforos y, de noviembre de 2021 a mayo de 2022, se pagó un exceso de arrendamiento de 2.675,94 € mensuales, por siete meses, lo que supone un total de 18.731,58 €.

De junio de 2022 a noviembre de 2022, se pagó un exceso de arrendamiento de 2.896,77 € mensuales que, por seis meses, suponen un total de 17.380,62 €.

El total del perjuicio por este concepto es de 53.275,11 €, de modo que la cantidad total a reclamar por el daño emergente es de 71.607,71€.

La reclamación, en cuanto al lucro cesante, se remite a un informe pericial aun elaborándose, partiendo del hecho de que, frente a la explotación de un local con 620 personas de aforo, se ha obligado a que fueran 459, por lo que el consumo, ingresos y beneficios derivados de no poder permitir el acceso de 161 personas ha provocado una pérdida, que se estima cercana a 180.000 euros, en los dos años que se ha impedido el acceso de dicho aforo máximo de 620 personas.

En consecuencia, el importe total de la reclamación por la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento se fija estimativamente, pendiente del resultado final del informe solicitado, en la cantidad de 251.607,71 €.

Acompañan a la reclamación, las copias de las resoluciones, contratos de arrendamiento y sentencias que en ella se citan, así como de los requerimientos efectuados por el ayuntamiento y las alegaciones de la ahora recurrente.

De igual modo, se adjuntan facturas acreditativas de los honorarios y tasas municipales satisfechas por la entidad reclamante, así como de los pagos mensuales del correspondiente arrendamiento del local (folios 1 a 107 del expediente).

SEGUNDO.- Presentada la reclamación, mediante Resolución de 27 de noviembre de 2023 de la gerente de la Agencia, se acordó la

instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC)- folios 202 y 203-.

Considerando incompleta la solicitud iniciadora del procedimiento, el día 18 de diciembre de 2023 se requirió a la representante de la reclamante su subsanación y mejora.

En concreto, se interesaba lo siguiente: que se aportara una declaración suscrita por la reclamante o su representante, en la que se manifestara expresamente que la afectada no había sido indemnizada (ni iba 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, determinación de las cantidades recibidas e indicación acerca de si por esos mismos hechos se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas y, en su caso, justificación documental de la indemnización solicitada.

Consta en el expediente que el 21 de diciembre de 2023, la reclamante cumplimentó el requerimiento.

Se incorporó a continuación al procedimiento un informe de la Subdirección General de Inspección y Disciplina de la Agencia, firmado por la jefa del Servicio de Ejecuciones Forzosas y Asuntos Generales el 6 de marzo de 2024-folios 135 y 136-. En dicho informe se da cuenta de los antecedentes facticos de la reclamación y de las resoluciones judiciales recaídas.

En el mismo se relata que, mediante Resolución de la gerente de la Agencia de 8 agosto de 2018, recaída en el expediente 500/2017/06835, se declaró la ineficacia de la declaración responsable presentada por DISBEX POWER, S.L., para la realización de obras de acondicionamiento puntual con cambios de distribución interior y modernización de las instalaciones, en el inmueble sito en la calle

Hilarión Eslava, 36, y se ordenó el cese inmediato de la actuación objeto de dicha declaración responsable.

El informe continúa señalando que, como refleja el informe técnico realizado el 23 de marzo de 2022, se comprobó que las obras objeto de la declaración responsable ineficaz anterior habían sido realizadas, lo que provocó que, con fecha 21 de abril de 2022 se iniciara expediente de ejecución forzosa 220/2022/03721, al objeto de restituir la legalidad urbanística.

Se indica que, dado que se había producido un cambio de titular en la actividad, de conformidad con los artículos 10 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y 12.2 de la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas de la Ciudad de Madrid, se procedió a realizar, con fecha 22 de abril de 2018, una comunicación de actuaciones a DEL CACHO GIL ENTRETENIMIENTOS, S.L. como nuevo titular.

De igual modo, el informe recoge que, con fecha 9 de abril de 2022 se presentaron dos escritos por parte de la interesada, en los que indicaba que había interpuesto recurso contencioso- administrativo contra la resolución denegatoria en el expediente 500/2017/6835, en la que, hasta ese momento, había recaído sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº17, de fecha 22 de octubre de 2021, la cual había sido recurrida por la interesada en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que, por tanto, se encontraba pendiente de resolución.

El órgano infórmate detalla que, asimismo, y con fecha 17 de septiembre de 2022, se presentó escrito indicando que la entidad había solicitado licencia de obras con fecha 12 de septiembre de 2022.

El informe argumenta que los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos y que, por lo tanto, aunque la orden de cese se haya impugnado en vía contencioso-administrativa, habiendo podido solicitar cuantas medidas cautelares están previstas en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración no tuvo conocimiento de que hubiese habido suspensión cautelar en sede jurisdiccional, por lo que la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado estuvo vigente desde que se dictó el acto administrativo impugnado.

Así, según se afirma, a la vista de que las alegaciones presentadas por la interesada no enervaban la continuación del procedimiento de ejecución forzosa, con fecha 11 de octubre de 2022, se otorgó al interesado el preceptivo trámite de audiencia previo a la imposición de la primera multa coercitiva, que fue notificada en fecha 11 de octubre de 2022.

Continúa el relato que el escrito recoge refiriendo que, durante el trámite de audiencia, con fechas 25 de octubre de 2022 y 23 de noviembre 2022 se presentaron escritos de alegaciones por DE CACHO GIL ENTRETENIMIENTOS, S.L. en los que se indicaba que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, había dictado la sentencia ya referida de 31 de octubre de 2022, estimando el recurso presentado por la interesada y revocando dicha sentencia, la cual estaba pendiente de firmeza. Asimismo, según se afirma, el escrito alegaba la presentación ante el ayuntamiento de la solicitud de licencia para la legalización de las obras, que se encontraba pendiente de resolución.

El informe también menciona que, con fecha 25 de enero de 2023, se decretó la firmeza de la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, y que, por informe técnico de 25 de mayo de 2023, se

comprobó que la licencia concedida el 9 del mismo mes y año, en el expediente 350/2022/07208, con respecto al inmueble sito en calle Hilarión Eslava, número 36, legalizaba las obras objeto de la declaración responsable 500/2017/06835 de obras de acondicionamiento puntual, con cambios de distribución interior y modernización de las instalaciones.

Por último, se informa que, por Resolución de la gerente de la Agencia de 28 de junio de 2023, notificada el 29 del mismo mes y año, se estimaron las alegaciones presentadas por la reclamante al trámite de audiencia previo a la imposición de la primera multa coercitiva por incumplimiento de la Resolución de la gerente de la Agencia, de fecha 8 de agosto de 2018, procediéndose al archivo de las actuaciones.

Tras la incorporación al procedimiento del informe mencionado, mediante diligencia instructora dictada y notificada el 7 de marzo de 2024, se evacuó el oportuno trámite de audiencia a la entidad reclamante- folios 132 y 133- dándole oportuno traslado del citado informe.

Con fecha 11 de septiembre de 2023, la reclamante presentó un escrito de alegaciones, en las que manifestaba que la única prueba que se había practicado era un informe de ejecuciones forzosas y asuntos generales, en el que se confirmaba que se exigió la demolición de la totalidad de las obras que se había ejecutado con la declaración responsable que había sido declarada ineficaz y se inició el expediente de ejecución forzosa 220/2022/03721 al objeto de restituir la legalidad urbanística, a pesar que en la totalidad de los escritos se indicaba al departamento que se esperasen que estaba pendiente la resolución del recurso de apelación.

La reclamante refiere que *“entre los daños causados por la Administración, por no haber atendido a las alegaciones de la empresa*

indicando que estaba pendiente el recurso, la empresa como daño real ha tenido que abonar la demolición de las obras exigidas por el Ayuntamiento para, según se indica, restituir la legalidad, más la realización de las obras demolidas para volver a ajustar las mismas a la declaración responsable que se consideró legal y cuyas partidas están reclamadas e incluidas en la reclamación por importe de 18.332,60 euros”.

Como consecuencia, y por oficio notificado el 10 de mayo de 2024, se requirió a la reclamante que aportara determinada documentación a la que alude en su escrito de reclamación inicial y que no había aportado en el curso del procedimiento, lo que la interesada cumplimentó el 16 de mayo de 2024.

Finalmente, el 27 de junio de 2024 se formuló propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación formulada por entender que no se había acreditado la realidad del daño alegado ni su antijuridicidad.

TERCERO.- El 17 de julio de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

A dicho expediente se le asignó el número 514/24, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, quién formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 26 de septiembre de

2024.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

En el presente caso, la reclamante ha concretado el importe de la indemnización solicitada en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y del artículo 4 de la LPAC, por cuanto se ha subrogado en la posición jurídica de la entidad solicitante de la licencia denegada mediante la Resolución de la gerente de la

Agencia de 10 de marzo de 2020, denegación posteriormente revocada judicialmente por la Sentencia de 31 de octubre de 2022, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, en cuanto los daños se imputan a una resolución adoptada por dicha Administración, a través de la Agencia de Actividades del ayuntamiento.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 67.1 de la LPAC, en los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse notificado la resolución administrativa o LA sentencia definitiva.

En este caso, la sentencia que anuló la resolución de la gerente de la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, es de fecha 31 de octubre de 2022, de modo que la reclamación, interpuesta el 27 de octubre de 2023, ha sido formulada dentro del plazo legal, con independencia del momento en que fuera notificada la sentencia en que se fundamenta.

En cuanto al procedimiento, con carácter general no se observa ningún defecto en su tramitación. De esa forma, se ha recabado informe de los servicios a los que se imputa la causación del daño, habiendo emitido informe la Subdirección General de Inspección y Disciplina de la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, que analiza las cuestiones fundamentales sobre la responsabilidad patrimonial pretendida.

Tras la incorporación del anterior informe, se dio audiencia a la

reclamante, que efectuó alegaciones finales y se formuló la propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución Española a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la citada LRJSP completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la Constitución Española, un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior

acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Cuando de la anulación de actos administrativos se trata la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento, en el artículo 32.1 de la LRJSP que, al igual que el artículo 142.4 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), señala que: “*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por si misma, derecho a la indemnización*”.

En este sentido ha recordado la jurisprudencia que el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. Así en la Sentencia de 21 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo (recurso 5006/2016), que aunque referida al artículo 142.4 de la LRJ-PAC, recoge su

doctrina y es perfectamente trasladable a la nueva regulación en la materia dada su identidad, recuerda que “*en el caso específico de ésta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC , su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo*”.

CUARTA.- A la hora de analizar la concurrencia en el presente supuesto de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe señalar que la reclamación presentada se refiere a dos actuaciones de la Agencia perfectamente diferenciadas, y cuyo adecuado análisis exige su examen por separado.

Por un lado, se interpone la reclamación en relación con la Resolución de la gerente de la Agencia de 8 agosto de 2018, recaída en el expediente 500/2017/06835, por la que se declaró la ineeficacia de la declaración responsable presentada por DISBEX POWER, S.L., para la realización de obras de acondicionamiento puntual con cambios de distribución interior y modernización de las instalaciones, en el inmueble sito en la calle Hilarión Eslava, número 36, y se ordenó el cese inmediato de la actuación objeto de dicha declaración responsable. Como señalábamos anteriormente, tras informe técnico realizado el 23 de marzo de 2022, se comprobó que las obras objeto de la declaración responsable ineeficaz anterior habían sido realizadas, lo que provocó que, con fecha 21 de abril de 2022 se iniciara expediente de ejecución forzosa 220/2022/03721, al objeto de restituir la legalidad urbanística.

En relación con la referida actuación, la entidad reclama determinadas partidas y gastos derivados de las obras que se vio compelida a realizar, como son los honorarios del arquitecto (1.100

euros), el pago de tasas (247,60 euros), la propia ejecución de las obras (15.385 euros) y, por último, la minuta de la letrada “*ex ejecución obras*” (1.600 euros).

El total de dicha partida asciende a la cantidad de 18.332,60 euros.

Al respecto de dicha actuación, cabe señalar que no hay constancia en el expediente administrativo de que la reclamante haya interpuesto recurso alguno ni contra la inicial resolución de la gerente de la Agencia de 8 agosto de 2018, recaída en el expediente 500/2017/06835, ni tampoco en el transcurso del expediente de ejecución forzosa 220/2022/03721.

En este sentido, debemos recordar que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, por mor del artículo 39.1 LPAC, sin que la acción de responsabilidad patrimonial pueda ser una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haber utilizado los cauces legalmente establecidos, como señala en ese sentido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de julio de 2011, (Rec. casación 4912/2007).

En efecto, ya recogimos en nuestro Dictamen 345/2019, de 19 de septiembre, que la seguridad jurídica impide que a través de la vía de la responsabilidad patrimonial se cuestione la legalidad del acto administrativo. por lo que resulta de aplicación lo expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2010 (recurso 1970/2008):

“resulta indiscutible que la responsabilidad patrimonial de la administración garantizada en el artículo 106.2 de la Constitución y desarrollada en la LRJ-PAC bajo los principios antedichos establecidos por el legislador no constituye una vía para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haber

utilizado los cauces legalmente establecidos. No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha insistido en que la negligencia, error técnico o impericia de la parte perjudicada no goza de amparo constitucional (STC 104/2001, de 23 de abril, con cita de otras muchas)".

Y en idéntico sentido, la Sentencia de 8 de septiembre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haberse utilizado los cauces establecidos para su impugnación (...). Es decir, transcurrido el plazo para recurrir un acto administrativo no cabe emplear la acción de responsabilidad patrimonial para cuestionar su legalidad y obtener la correspondiente indemnización, so pretexto del perjuicio derivado del mismo, pues la falta de utilización de la vía impugnatoria impide apreciar el necesario requisito de la antijuridicidad del hipotético perjuicio.

Por ello, la jurisprudencia expresada considera improcedentes las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando los concretos actos no hubieran sido recurridos. En definitiva, la falta de utilización de tal vía impugnatoria conllevaba el deber jurídico de soportar los perjuicios alegados y derivados de los actos consentidos y firmes".

En consecuencia, no cabe apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial en tanto que el daño no sería antijurídico al derivar de un acto administrativo que cabe presumir conforme a Derecho (Dictamen 303/21, de 22 de junio, entre otros muchos)

Además, y en cuanto a los concretos daños reclamados, conforme

viene manteniendo esta Comisión, entre otros en el Dictamen 486/21, de 5 de octubre, los gastos por asesoramiento jurídico e intervención de abogado no serían indemnizables en ningún caso, puesto que su intervención no es preceptiva en el ámbito del procedimiento administrativo y otro tanto puede indicarse de los honorarios de otros profesionales, tales como los ingenieros, cuya intervención en el procedimiento no era necesaria. En el supuesto que se tratase de los gastos de tales profesionales motivados por algún procedimiento judicial, tampoco podrían reclamarse por esta vía, ya que como es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora, en sus dictámenes 12/20 de 16 de enero o en el 284/19, de 4 de julio, se trata de gastos que no pueden ser reclamados por la vía de la responsabilidad patrimonial, pues se incluyen entre las costas de los procesos correspondientes, sin que proceda su reclamación a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTA.- Por otro lado, la interesada reclama por los daños y perjuicios ocasionados por la Resolución de la Gerente de la Agencia de Actividades de 10 de marzo de 2020, que denegó la licencia urbanística para la modificación de actividad de discoteca por aumento de aforo en el local sito en la calle Hilarión Eslava, 36,, resolución posteriormente revocada judicialmente por la Sentencia de 31 de octubre de 2022, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

Por lo que se refiere a dicha actuación objeto de reclamación, debemos referirnos en primer lugar al requisito de la antijuridicidad del daño para, con posterioridad, analizar el contenido económico del daño reclamado.

En general, la responsabilidad de la Administración por sus actos ilegales ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales. Una opta por

un sistema de estricta responsabilidad objetiva que considera que los daños causados por actos ilegales son inexorablemente antijurídicos y, por tanto, indemnizables sin que las víctimas tengan obligación de soportarlos, así las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (Recurso 7099/1995) y 27 de marzo de 2003 (Recurso 339/2000).

Otra corriente considera que ha de exigirse una ilegalidad cualificada para considerar antijurídicos y, por tanto, indemnizables los daños producidos por actos administrativos ilegales. Es la llamada *“doctrina del margen de tolerancia”* que fue acogida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 450/09, 237/10, 122/11, entre otros, y por esta Comisión en numerosas ocasiones, así los dictámenes 232/16, de 23 de junio; 292/17, de 13 de julio; 329/17, de 3 de agosto y 361/17, de 14 de septiembre, entre otros.

En todos ellos se recogía que el Tribunal Supremo consideraba que no cabía aplicar en estos casos tesis maximalistas, sino que el criterio determinante para entender que la lesión ha de ser calificada como antijurídica estribaría en que la Administración hubiese actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico.

En palabras del Tribunal Supremo [sentencias de 27 de mayo de 2004 (recurso 556/2000), 24 de enero de 2006 (6/536/2002), 14 de febrero de 2006 (recurso 256/2002) y 31 enero 2008 (recurso 4065/2003)], *“siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discretionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”*.

O como señala la Sentencia de 14 julio de 2008 (recurso 289/07) “*si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica enderezada a satisfacer los fines para los que le ha atribuido la potestad que ejercita no hay lugar a indemnización*”.

Esta doctrina no puede entenderse como desfasada, antes, al contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (recurso 1777/2016) destaca que:

“*No es cierto que este Tribunal haya abandonado la mencionada doctrina vinculada a la actuación razonable de la Administración cuando ejercita potestades que le confiere la norma habilitante de manera discrecional. Basta para ello con citar la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo para concluir en la plena vigencia de dicha doctrina, como ponen de manifiesto las sentencias de 16 de septiembre de 2009 (recurso de casación 9329/2004) y la más reciente sentencia 3791/2015, de 14 de noviembre (recurso de casación 3791/2015), que precisamente la examina y delimita, para concluir que no comportaba, en aquellos supuestos, reconocer la exclusión de la antijuridicidad, pero aceptando que es admisible dicha doctrina*”.

La misma sentencia cita la del Alto Tribunal de 17 de febrero de 2015 (recurso 2335/2012) que afirma que, en los casos de anulación de actos, la jurisprudencia viene aceptando, como circunstancia que excluye la antijuridicidad de la lesión, el hecho de que el acto anulado generador de los perjuicios comporte el ejercicio de potestades discretionales, ya que el propio legislador, en esos casos, ha establecido un margen de actuación a la Administración para que decida conforme a su libre criterio dentro de los márgenes de los elementos reglados. Si esa decisión se mantiene en los términos de lo razonable y se ha razonado, no puede estimarse que el daño sea antijurídico, generando el derecho de resarcimiento. La citada

sentencia añade que:

“Pero no es sólo el supuesto de ejercicio de potestades discrecionales las que permiten concluir la existencia de un supuesto de un deber de soportar el daño ocasionado con el acto anulado... porque como se declara por la jurisprudencia a que antes se ha hecho referencia, ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al

interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2017 (Rec. 3333/2015), determina: “*la jurisprudencia ha venido examinando distintos supuestos en función de si la actividad administrativa a que se imputa la lesión se integra de potestades administrativas regladas o discretionales, porque en la medida en que se configura en una y otras una potestad de decisión a la Administración por el Legislador, no se puede someter a aquella a incurrir en una exigencia de responsabilidad en la apreciación de los requisitos que la norma le impone para la prestación de los servicios que se le encomienda, cuando ha de ajustar las normas a la realidad que se le somete a su consideración para dictare el acto luego anulado. Si existirá esa antijuridicidad del daño cuando la Administración, al ejercitar potestades administrativas discretionales, se aparta de toda lógica en la apreciación de tales circunstancias y procede a la aplicación de la norma de manera irrazonada e irrazonable, o incluso que aplicando potestades regladas se aparta de las exigencias de la norma cuando, por ejemplo, haya de apreciar conceptos jurídicos indeterminados, que son apreciados y valorados en igual grado de ausencia de lógica. En suma, como se ha venido acuñando por la jurisprudencia, que la decisión administrativa luego anulada no sea razonable ni esté razonada (en este sentido, por todas, sentencia de 9 de diciembre de 2015, recurso de casación 1661/2014, con abundante cita”.*

Sin embargo, en el caso examinado, las razones en que se funda la Sentencia 635/2022, de 31 de octubre de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que anula la resolución administrativa denegatoria de la licencia a que se refiere este expediente, y los términos en que se manifiesta, no permiten entender que la Administración haya obrado de modo razonable y que quepa aplicar el mencionado “*margen de tolerancia*”. Refiere el tribunal de modo

terminante que “...Ahora bien, no puede obviarse que la petición de licencia urbanística fue únicamente con el objeto de aumentar el aforo existente. Sin embargo, la Administración considera, a partir de la documentación aportada, que lo que se pretende es una discoteca en la que se permiten actuaciones en directo. Y ello por la existencia de un escenario en lo que antes era un espacio para la cabina de Disk Jokey y una zona vip-reservado y crear camerinos.

Sin embargo, la Sala entiende que considerar por esa única circunstancia que lo que se pretende es una discoteca en la que se permitan actuaciones en directo y por ello denegar la solicitud de aumento de aforo es una mera suposición sin base fáctica suficiente, razón por la cual deberá ser estimado el recurso de apelación y también el recurso contencioso-administrativo. Y ello con independencia de las labores de vigilancia que haya de realizar la Administración... ”. Es más, cabe advertir que la Sala impone las costas de la instancia a la Administración demandada.

Ahora bien, admitido el carácter antijurídico del obrar administrativo, cabe recordar que, como señala la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas” constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado “que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”».

En este caso, por lo que se refiere al perjuicio económico que la entidad reclamante entiende sufrido al privarle de la posibilidad de explotar su local con un mayor aforo, la reclamación incluye como daño emergente “la parte proporcional del arrendamiento del local, puesto que

se pactó teniendo en cuenta la rentabilidad por el aforo, contando ya con informes favorables de un aforo de 620 personas”, reflejando, a continuación, las cifras que, supuestamente, ha pagado en exceso, tomando en consideración, tanto el precio del arrendamiento como los diferentes aforos máximo permitidos durante y tras la pandemia de la Covid-19.

Tales cálculos, que no se apoyan en ningún tipo de estudio económico aportado al efecto, se ven desvirtuados por el contenido del propio contrato de arrendamiento suscrito por la entidad con el propietario del local de negocio el 1 de mayo de 2017, ya que, en ninguna de sus estipulaciones se hace referencia a ese supuesto pacto por el que, en los términos de propia reclamación “*el precio del arrendamiento de local se negoció, no solo teniendo en cuenta el espacio, sino también la explotación del negocio*”, práctica que, además, sería ajena al uso del mercado inmobiliario, que atiende, fundamentalmente, en cuanto a la estipulación de la renta del arrendamiento, a la superficie y al emplazamiento del local de negocio. Además, no debemos olvidar, y esto también resulta aplicable al lucro cesante reclamado, que analizamos a continuación, que la reclamante toma como base siempre para sus cálculos una situación de aforo completo, lo cual no deja de ser una mera ilusión o expectativa.

En efecto, respecto del lucro cesante que la entidad reclama, por un importe de 180.000 euros, resultante de no poder permitir el acceso de 161 personas, y para cuya fijación se remite a un informe pericial que no ha aportado, ya señalábamos en los dictámenes 274/18, de 14 de junio y 157/19, de 22 de abril, entre otros, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS de 20 de febrero de 2015, recurso 4427/2012) que se opone a la indemnización de las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016, (recurso 2709/2015) señala que *«la jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo una prueba rigurosa de las garantías (sic) dejadas de obtener, observándose que la indemnización de 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. Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006, en la que se dice que “la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas”».*

Conforme a lo expuesto, cabe entender que, en este caso, el interesado no ha probado el daño que daría lugar a la responsabilidad patrimonial pedida, basándose en meras expectativas, derivadas siempre de una situación de aforo completo y de una explotación exitosa de su negocio, pero sin aportar ningún informe pericial al efecto que avale la verosimilitud de las sumas que reclama.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haber acreditado la entidad reclamante un daño

efectivo derivado del funcionamiento de los servicios públicos.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 26 de septiembre de 2024

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 567/24

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid