

Dictamen Núm. 108/2024

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de junio de 2024, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de enero de 2024 -registrada de entrada el día 12 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la exclusión del concurso para la instalación de una caseta hostelera en las fiestas de San Mateo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 7 de marzo de 2023, el interesado presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ayuntamiento de Oviedo en la que solicita el resarcimiento de las pérdidas derivadas de la exclusión del concurso para la instalación de una caseta hostelera durante las fiestas de San Mateo de 2021.

Refiere que, tras participar en el procedimiento de autorización para la explotación de casetas durante las fiestas de San Mateo de 2021 a 2023, mediante Resolución de la Alcaldía de 24 de agosto de 2021 se le adjudicó “la

caseta 15 en la zona 2, paseo del Bombé, Campo de San Francisco". Sin embargo, "por Resolución de la Alcaldía de 3 de septiembre de 2021 (...) de forma automática, sin dar posibilidad a subsanación alguna", se le excluye "por no ser válido el certificado del seguro de responsabilidad civil", y "en consecuencia no pudo explotar la referida caseta en las fiestas del año 2021, con la consiguiente pérdida de beneficios".

Manifiesta que recurrió la resolución mencionada en vía contencioso-administrativa y que, mediante Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 6 de mayo de 2022, se anuló la resolución impugnada en lo relativo a su exclusión y se declaró su derecho a la adjudicación y explotación de la caseta.

Afirma que "la injusta exclusión trae causa de no haber requerido la subsanación de defectos, que si se habilitó a otros participantes. Así pues, no se trata de una mera interpretación de las normas sobre si cabía o no el trámite de subsanación, sino que se concedió a otros y no al firmante", como se expresa en la sentencia estimatoria de su pretensión.

Cuantifica el perjuicio sufrido como consecuencia de la resolución denegatoria que fue posteriormente anulada en ciento once mil cuatrocientos dos euros con veintiocho céntimos (111.402,28 €), en concepto del lucro cesante soportado a causa de la denegación de la autorización para explotar la caseta entre el 10 y el 21 de septiembre de 2021.

Adjunta copia de dicha sentencia y un informe pericial relativo al cálculo del "rendimiento potencial a obtener" en la explotación de la caseta.

2. Mediante Resolución de la Concejala de Gobierno, Juventud, Festejos y Centros Sociales de 20 de noviembre de 2023, se incoa el procedimiento de responsabilidad patrimonial y se nombra instructora/secretaria del mismo, lo que se notifica al reclamante y a la compañía aseguradora, dándoles "audiencia inicial por plazo de diez días".

3. Con fecha 11 de diciembre de 2023, el perjudicado presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que reprocha a la Administración que haya tramitado el procedimiento tardíamente y tras “tener conocimiento del inicio de la vía judicial contra la desestimación presunta”. Manifiesta que dicha “tramitación paralela (...) afecta a su derecho a la tutela judicial en clara infracción del art. 24 de la Constitución”, y solicita que “se abstenga de proseguir el procedimiento administrativo”.

Adjunta el Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de 9 de octubre de 2023, de admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

4. El día 26 de enero de 2024, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que debe “excluirse la antijuridicidad del acto administrativo al encontrarse este dentro de los márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, habiéndose valorado en la aplicación de las bases conceptos jurídicos determinantes del sentido de la decisión en los que es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración, que decidió dentro de márgenes razonables conforme a los criterios orientadores y con absoluto respeto a los aspectos reglados que debían concurrir”.

A mayor abundamiento, niega la existencia de “daño alguno efectivo que deba ser indemnizado” pues, dado que “las bases de la convocatoria reconocían el derecho de los adjudicatarios a la explotación de la caseta por un período de tres años aún conservaba su derecho a la explotación de la caseta durante dos años más”, y sin embargo en 2022 el reclamante “finalmente renuncia a su ocupación” y en 2023 “ni siquiera completa el trámite de presentación de la documentación correspondiente”.

Respecto a la forma de realizar el cálculo de la indemnización solicitada, señala que el informe pericial aportado “adolece de ciertos errores que impiden sea valorado como relevante para determinar el daño reclamado”. Así, “el

informe parte, para la evaluación del daño, de las expectativas de venta del interesado. Y dichas expectativas las funda en los presupuestos realizados por sus principales proveedores” que “no indican en ningún momento que estén realizados para el suministro a una caseta en el paseo del Bombé durante las fiestas de San Mateo o si se han realizado para el suministro de otro establecimiento del interesado o al suministro durante un período concreto”. Además, “se elaboran en el año 2022 por lo que es de suponer que los precios se refieren a ese año y no al año 2021 (que es el período al que se refiere esta reclamación)./ Consideramos que para que dichos presupuestos tuvieran el valor adecuado para el informe deberían reflejar claramente: que se realizaron para suministro a una caseta (de dimensiones reducidas) durante el período de las fiestas de San Mateo y que se elaboraron con precios del año 2021 (...). Por ello consideramos que (...) no son válidos ni relevantes para efectuar el cálculo de las expectativas de venta del interesado. Expectativas que, por otro lado, tampoco son datos objetivos (...). Para contar con datos objetivos podría (...) haber utilizado los rendimientos reales de otros hosteleros con casetas adjudicadas durante el período de las fiestas de San Mateo de 2021, pero no lo ha hecho. También podía haber utilizado, por ejemplo, la comparativa con los rendimientos de las casetas en períodos anteriores o posteriores durante las fiestas de San Mateo, y tampoco lo hace./ Esas meras expectativas de venta en función de una supuesta mercancía presupuestada por sus proveedores (...) no parecen datos objetivos para la cuantificación y valoración de los daños”.

Afirma que el informe pericial “estima unas ventas en función de unos supuestos suministros de mercancía sin tener en cuenta aspectos” tales como el tamaño de la caseta (4 metros de ancho por 3 de fondo y una terraza de 6 metros de ancho por 8 de largo). Las dimensiones de la caseta llevan a la autora de la propuesta de resolución a cuestionar que cupiera en ella la “cantidad de mercancía recogida en los presupuestos”.

Respecto a los costes de personal considerados en el informe pericial (6 empleados a jornada completa durante 15 días y 2 extras durante 3 días), aprecia que existe “una sobredimensión del personal necesario (...) y con

imposibilidad de trabajar en el espacio anteriormente señalado”, y que “tampoco es correcto el cálculo para 15 días pues la explotación fue por 13 días y no puede desprenderse que se trate de días de montaje y desmontaje pues se ha cuantificado en otros 800 € el gasto correspondiente a estos trabajos”.

Por otro lado, señala que “el informe no ha valorado la situación de alerta sanitaria del año 2021 y las condiciones establecidas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se estableció la segunda modificación del anexo de la Resolución de 10 de junio de 2021, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan las medidas especiales de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el territorio del Principado de Asturias (...), que contiene restricciones que suponían un evidente perjuicio para el sector. Tampoco se contempla la modificación de los hábitos de consumo como consecuencia de la alerta sanitaria que tendría influencia directa en las expectativas de venta”.

Por último, advierte que “los resultados de rentabilidad del informe no son acordes con las rentabilidades medias del sector de la hostelería. Nos referimos a que (...) el informe pericial (...) arroja un rendimiento para el interesado del 75,5 %. Sin embargo, según manifestaciones del sector este suele encontrarse entre el 15 y el 20 % en períodos normales. No es posible que el interesado pudiera obtener un 75,5 % como se recoge en el informe, máxime en la situación sanitaria en la que nos encontrábamos en el año 2021./ Produce cuando menos extrañeza que con una expectativa de rendimiento muy por encima de los márgenes habituales en el sector, el reclamante no ejerciera su derecho a explotar la caseta en las fiestas de San Mateo 2022 y tampoco en las de 2023”.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de enero de 2024, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de

responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

Mediante oficio de 29 de enero de 2024, esa Alcaldía comunica a este órgano la interposición de recurso contencioso-administrativo por parte del interesado contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Oviedo está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), establece en su párrafo segundo

que “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 prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 7 de marzo de 2023, y la anulación del acto administrativo de la que trae causa fue declarada por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 6 de mayo de 2022, por lo que resulta claro, sin necesidad de acudir a la fecha de notificación de la resolución anulatoria, que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, debemos advertir sobre la irregularidad que supone el hecho de que la propuesta de resolución se haya elaborado sin haber recabado el preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la presunta lesión indemnizable y, por tanto, sin haber dado la oportunidad al reclamante de conocer y rebatir, en su caso, la postura de la Administración en el correspondiente trámite de audiencia.

Como venimos señalando desde el inicio de nuestra función consultiva (por todos, Dictámenes Núm. 290/2009 y 34/2024), la finalidad de la instrucción no es otra que la de proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada. Con tal propósito, han de aportarse en dicha fase los elementos de decisión necesarios, tanto por el propio órgano instructor -de acuerdo con los principios de impulso de oficio e inquisitivo- como por otros órganos

administrativos -mediante la incorporación de informes, ya sean preceptivos o necesarios-. En los procedimientos de responsabilidad patrimonial ha de recabarse con carácter preceptivo el informe del servicio responsable, según establece el artículo 81.1 de la LPAC, que el interesado tiene derecho a conocer y a rebatir, si así lo considera oportuno, en aras de la ineludible preservación del principio de contradicción. En otras circunstancias procedería retrotraer el procedimiento al objeto de incorporar el informe del citado servicio, ponerlo de manifiesto al interesado en el trámite de audiencia correspondiente, formular seguidamente una nueva propuesta de resolución y solicitar a continuación nuestro dictamen; no obstante, teniendo en cuenta los datos que obran en el expediente y ponderando que la propuesta de resolución -librada por la Jefa de la Sección de Festejos- refleja la posición del servicio responsable, entendemos que tal retroacción no resulta necesaria pues es razonable suponer que, de producirse, no se verían alterados los elementos de juicio en virtud de los cuales debemos alcanzar nuestro pronunciamiento.

Asimismo, observamos que no se ha dirigido al interesado la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la LPAC, mediante la cual ha de indicársele la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente y el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación del procedimiento-, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, si bien dicha irregularidad tampoco tiene carácter invalidante.

Por último, se advierte un considerable retraso en la tramitación del procedimiento a consecuencia del cual a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo ya se había rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Ahora bien, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal

extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en este caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares,

sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En el caso que examinamos, el interesado solicita una indemnización por el lucro cesante derivado de su exclusión del concurso para la instalación de una caseta hostelera en las fiestas de San Mateo de la que inicialmente había resultado adjudicatario.

De la citada exclusión, posteriormente anulada en vía judicial, que conllevó la imposibilidad de explotar la caseta en el período comprendido entre el 10 y el 21 de septiembre de 2021, ambos inclusive, deduce el reclamante daños por pérdida de beneficios que se estiman en 111.402,28 euros.

En cuanto a la efectividad de los perjuicios reclamados, debe reconocerse que la resolución de exclusión ha generado al interesado un lucro cesante, por lo que debe asumirse que sufrió una lesión real sin perjuicio de cuál haya de ser su concreta cuantificación económica; cuestión esta que sólo abordaremos de concurrir el resto de los requisitos generadores de la responsabilidad que se demanda.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar automáticamente la declaración de responsabilidad de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se

dan las circunstancias que permitan reconocer al interesado el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos.

En el caso de que se trata no existe duda de que los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento anormal del servicio público, que -según se expresa en la sentencia que se adjunta al escrito de reclamación- excluyó indebidamente al interesado del procedimiento de adjudicación al no haberle dado la posibilidad de subsanar el defecto que motivaba su exclusión, como hizo -en cambio- con otro de los participantes que se encontraba en una situación análoga.

Respecto a la antijuridicidad del daño, la Administración reclamada la niega por considerar aplicable la doctrina del margen de apreciación o tolerancia. Sin embargo, teniendo en cuenta las notas que la jurisprudencia ha ido perfilando como características de la institución y a la vista de las circunstancias del caso concreto que se explicitan en la sentencia anulatoria de la decisión municipal, no podemos compartir tal parecer.

Comenzando por las circunstancias concurrentes en este caso, ha de tenerse en cuenta que, según resulta de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 6 de mayo de 2022, aunque el criterio de la Administración era "favorable a admitir la subsanación" de defectos en la documentación que los participantes tenían que presentar tras la adjudicación -como hizo en el caso de una asociación inicialmente excluida que concurría al mismo procedimiento-, al reclamante no se dio tal posibilidad pese a que -como señala la juzgadora- dichos concursantes se encontraban en una "situación (...) análoga". En efecto, ambos habían presentado un certificado de seguro de responsabilidad civil defectuoso; más concretamente, el aquí interesado había acompañado una póliza cuya redacción no se ajustaba totalmente al modelo establecido en las bases reguladoras del procedimiento autorizatorio si bien, como se puntualiza en la sentencia, identificaba como riesgo "caseta de feria para venta de comestibles y situación del riesgo: paseo del Bombé" y consignaba unos importes indemnizables acordes a lo exigido, en tanto que la asociación había aportado un certificado, ajustado al modelo

exigido, pero en el que la condición de asegurado se reconocía a una entidad distinta. Excluidos los citados participantes por Resolución de 3 de septiembre de 2021, “firmada el 6 de septiembre” según se precisa en la resolución judicial, ambos presentan el mismo día 6 de septiembre de 2021 nuevos certificados de seguro que entonces sí resultan correctos. Sin embargo, únicamente se admitió la subsanación del defecto en que había incurrido la asociación, de tal forma que la exclusión anteriormente declarada se dejó sin efecto para ella y se mantuvo para el aquí reclamante quien, junto con la nueva póliza, había formulado un recurso de reposición que nunca llegó a resolverse expresamente.

En ese contexto, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación -que este Consejo ha considerado en numerosas ocasiones (por todas, Dictámenes Núm. 74/2023 y 225/2023)- implica que para que la Administración deba hacer frente a los daños causados por un acto contrario a derecho no basta cualquier ilegalidad, sino que la misma ha de ser cualificada, de tal forma que la responsabilidad patrimonial quedará excluida -como reiteradamente viene señalando la jurisprudencia- cuando el acto administrativo ilícito sea el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico. Según ha declarado el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 21 de diciembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4672-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), “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". En efecto, la Administración se enfrenta, al igual que el resto de intérpretes del ordenamiento jurídico, a normas que en muchas ocasiones son vagas, imprecisas o poco claras, que emplean conceptos jurídicos indeterminados e incluso presentan antinomias o lagunas, y que, en definitiva, admiten dos o más interpretaciones defendibles, de modo que los márgenes de discrecionalidad o apreciación en los que ha de manejarse son borrosos al estar fijados por normas o principios susceptibles de ser razonablemente interpretados de diversas formas, por lo que la mera ilegalidad del acto generador del daño no puede constituir título suficiente para el reconocimiento del deber de resarcir.

En el caso que analizamos, y a la vista del contenido de la sentencia anulatoria en la que se fundamenta la pretensión resarcitoria, no se estima que concurran los presupuestos que habilitan la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia. Aun cuando la postura de la Administración, al excluir al perjudicado del concurso para la adjudicación de la caseta, haya podido resultar razonada, esto es, motivada, no puede admitirse que sea razonable pues dispensó al interesado un trato diferente al de otra concursante que se encontraba en una situación análoga, a quien se admitió finalmente tras haber presentado, el mismo día que el ahora reclamante, una nueva póliza de seguro que venía a sustituir a la inválida aportada de inicio.

En suma, considerando que la decisión de exclusión posteriormente anulada en vía judicial ha causado al reclamante un daño efectivo, causalmente conectado con el funcionamiento anormal del servicio público y antijurídico, debemos concluir que la Administración municipal debe reparar al perjudicado por la lesión sufrida.

SÉPTIMA.- Por lo que a la cuantía indemnizatoria se refiere, ha de tenerse presente que, según viene señalando el Tribunal Supremo de forma reiterada (por todas, Sentencia de 12 de diciembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4359-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), “en el concepto de lucro cesante:/ a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así en Sentencia de 15 de octubre de 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes (...). b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización (...). c) Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia, entre otras, de 3 de febrero de 1989) (se requiere) (...) una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de octubre de 1986, entre otras) ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, lo que se acredita por la variabilidad cuantificadora y el distinto ámbito temporal previsible, que se contiene en los diversos dictámenes periciales”.

En el caso aquí examinado, aun habiendo aportado el reclamante una prueba pericial, es evidente que la misma no acredita de forma rigurosa la cuantía del lucro dejado de obtener toda vez que, como acertadamente se expresa en la propuesta de resolución, el *quantum* indemnizatorio se funda en meras “expectativas de venta” y se ha calculado a partir de los precios de coste de los productos a suministrar en el año 2022, pese a que -según asume el propio autor del informe pericial- “presumiblemente, debido a la evolución del

IPC en el ejercicio 2022, dichos precios de coste sean más elevados que aquellos que se hubieran podido obtener en el ejercicio 2021". Por otra parte, como se indica en la propuesta de resolución, el cálculo de la pretensión resarcitoria contempla unos márgenes de ganancia que exceden, con mucho, los rendimientos medios declarados del sector. Además, el volumen estimado de ventas sobre el que se calculan las expectativas de ganancia también parece sobredimensionado, ya que no tiene en cuenta el período computable de explotación comercial (13 días), las dimensiones de la caseta, ni las restricciones derivadas del Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se estableció la segunda modificación del Anexo de la Resolución de 10 de junio de 2021, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan las medidas especiales de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el territorio del Principado de Asturias, y la modificación de los patrones sociales de consumo en aquella época como consecuencia de la alerta sanitaria. De ahí que, en todo caso, la valoración tenga que partir de los datos y circunstancias de explotación correspondientes al período que se reclama, máxime teniendo en cuenta que tales servicios fueron efectivamente explotados por otras entidades en condiciones análogas y, por tanto, pueden recabarse datos objetivos que sirvan de referencia para el cálculo de la indemnización.

A la vista de ello, y dado que este Consejo carece de elementos de juicio necesarios para efectuar el cálculo de los rendimientos efectivamente dejados de obtener por el perjudicado, entendemos que ha de ser la propia Administración municipal la que, previa realización de los actos de instrucción que estime oportunos, cuantifique motivadamente la indemnización que ha de abonar al interesado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo

de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.