

Expediente Núm. 76/2008
Dictamen Núm. 391/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de noviembre de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de febrero de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de la denegación de autorización para la construcción de un buque pesquero.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de diciembre de 2006, el representante de la sociedad mercantil interesada presenta en el registro de la Consejería de Medio Rural y Pesca del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial, por los daños derivados de la denegación de autorización para la construcción de un buque de pesca.

Inicia su escrito relatando que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 27 de marzo de 2006 ha anulado las

resoluciones “por las cuales se denegaba la autorización para la construcción” del buque, “reconociendo consecuentemente el derecho de la compareciente a la construcción” del mismo.

Refiere que “como consecuencia de la injusta denegación del derecho de construcción del buque (...) se han ocasionado a esta parte unos daños económicos de notoria importancia (...), que derivan de las diferencias del coste de construcción (...) en la fecha en que debió ser concedida la autorización y la fecha actual./ Igualmente se ocasionaron perjuicios económicos derivados de la pérdida de la subvención que por aquel entonces existía. A estos dos conceptos es necesario añadir los intereses del coste de adquisición de los derechos de baja, así como los beneficios dejados de percibir desde la fecha en que el buque debió comenzar a faenar hasta el momento en que efectivamente pueda hacerlo”.

Por los daños mencionados reclama una indemnización de dos millones ochocientos setenta y cinco mil setecientos cincuenta y cuatro euros con sesenta y ocho céntimos (2.875.754,68 €).

Al escrito de reclamación adjunta una copia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de marzo de 2006 y un informe pericial, de fecha 20 de octubre de 2006, que propone como prueba.

En el fallo de la Sentencia mencionada se declara la nulidad de la Resolución de la Consejería de Medio Rural y Pesca, de 30 de junio de 2000, por la que se acuerda denegar la autorización para la construcción de la embarcación, y del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias el día 31 de mayo de 2001, desestimatorio del recurso de súplica formulado frente a aquélla, y se desestima la pretensión del demandante relativa al abono de los daños y perjuicios causados, dado que, como se señala en el fundamento jurídico quinto, “no se ha formulado la oportuna reclamación administrativa previa, conforme se establece en los artículos 142 y ss. de la Ley 30/1992, así como en los artículos 4 a 17 del reglamento que los desarrolla, aprobado por Decreto 429/1993”.

En el informe pericial se detallan las diferentes partidas que comprende el daño indemnizable. En cuanto al aumento de los costes de construcción del barco, determinado por “la diferencia existente entre el precio de la construcción a día de hoy y el que tenía en 1999”, lo cuantifica en 1.141.920,07 €.

A tal cantidad se añaden 738.698,53 €, esto es, el 49,96% del “coste (actual) del buque”, en concepto de indemnización por la subvención perdida, que, según se afirma, le habría correspondido a la reclamante de haberse autorizado en su momento la construcción de la embarcación. El cálculo de tal cantidad se efectúa considerando que en la misma convocatoria se solicitaron por la reclamante otras dos ayudas para la construcción de sendos barcos, que fueron concedidas, y que ascendieron al porcentaje señalado.

Asimismo, se reclama el interés legal del gasto correspondiente a la adquisición de los derechos de baja necesarios para solicitar la construcción del buque “desde el día en que se instó la solicitud de autorización hasta el día en que la misma fue efectivamente otorgada”, dado que “durante todo ese periodo los derechos de baja inherentes a la titularidad de los citados barcos no han podido ser utilizados por su propietario”, precisando que, “no obstante, dado que dichas bajas fueron aportadas para la solicitud de construcción de otras dos embarcaciones, únicamente se incluirá como perjuicio el interés legal de un tercio del desembolso realizado por la compra de dichos barcos”, cantidad que asciende, según se indica, a 200.981,46 €.

Finalmente, en concepto de lucro cesante, se reclama una indemnización por la ganancia dejada de obtener durante el tiempo en que el buque no ha estado operativo, “debiendo estimarse dicho importe desde que el mismo debió comenzar su actividad hasta el momento en el que el barco de referencia comience a faenar”. Para su cómputo se parte de “la ganancia media” obtenida por cada uno de los buques cuya autorización para la construcción se había solicitado al mismo tiempo que la del que fundamenta la presente reclamación, a partir del ejercicio 2002, fecha en la que aquéllos iniciaron su actividad, y considerando que “de no haberse denegado” dicha autorización “es razonable

pensar que en ese mismo ejercicio comenzaría a operar". La determinación de las cantidades que corresponden por este concepto "hasta el día 30 de septiembre de 2006, momento hasta el que están contabilizados los movimientos de los buques propiedad de la mercantil", deben ser "actualizadas conforme al interés legal de dinero", ascendiendo a 794.154,62 €.

2. Mediante oficio de 21 de diciembre de 2006, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Medio Rural y Pesca requiere al Jefe del Servicio de Estructuras Pesqueras la emisión de un informe sobre la reclamación presentada y una copia del expediente del que la solicitud de indemnización trae causa.

3. Con fecha 13 de abril de 2007, el Jefe del Servicio de Estructuras Pesqueras remite a la titular del Servicio instructor una copia del expediente y el informe suscrito, con su visto bueno, por un Técnico de Administración. Consta en el expediente la Resolución de la Consejería de Medio Rural y Pesca, de 1 de junio de 2006, por la que se autoriza la construcción de la embarcación, dictada en ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 de marzo de 2006.

En el informe del Servicio se pone de manifiesto el "carácter incontrovertible del anormal funcionamiento del servicio público de autorización de la construcción de buques pesqueros", concluyendo que "si del proceder indicado se deriva una lesión patrimonial efectiva y evaluable económicamente que el perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportar se habrá generado la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica".

Respecto a la efectividad del daño, se realiza un análisis detallado de las distintas partidas que comprenden los perjuicios alegados, indicando, en cuanto al incremento del coste de construcción del buque, que "no puede entenderse acreditado con un razonamiento tan sumamente escueto un incremento como el que se postula en la reclamación. Por ello, entendiendo que respecto a este concepto la reclamación está fundada, se estima que no se ha acreditado la

cuantía del daño emergente que se reclama. Ante esta situación, se estima procedente recabar un informe de una empresa de ingeniería naval para que se cuantifique debidamente el incremento indicado. Asimismo, se considera necesaria la ratificación del presupuesto por su autor”.

En relación con el segundo de los conceptos por el que se reclama, esto es, la subvención que previsiblemente se hubiera concedido, subraya que “para valorar si el importe de la subvención forma parte del daño emergente a indemnizar (...) habrá que dilucidar si la comunidad de bienes de la que trae causa la sociedad reclamante tenía un derecho subjetivo perfecto a percibir dicha subvención en 1999, o tan sólo una expectativa de percibirla”, para lo cual ha de tenerse en cuenta, según señala, que, de conformidad con las bases por las que se rige la concesión de esta subvención, “constituyen actuaciones preferentes la incorporación de nuevas tecnologías, y de artes y métodos de pesca más selectivos, así como de mejores técnicas de manipulación del producto (...). Teniendo en cuenta la ley de la convocatoria y las características del buque (...), que es, en su diseño, un arrastrero, ya se aprecia que su construcción no es una actuación preferente, pues el arrastre es un método de pesca que, en absoluto, es selectivo”, por lo que concluye que la concesión de la ayuda no era sino “una mera expectativa, que, en consecuencia, no puede incluirse en la indemnización por responsabilidad patrimonial”.

Por lo que se refiere a la indemnización de los daños por inutilización de los derechos de baja aportados, se menciona que, “ante la denegación inicial de la autorización de construcción del buque (...), la sociedad reclamante pudo, bien haber enajenado dichos derechos, bien haberlos conservado para obtener la autorización de construcción al término del procedimiento de impugnación de la denegación inicial, como así hizo. En este segundo caso (...), una vez concedida la autorización de construcción, ya se han hecho efectivos los derechos de construcción inherentes a las bajas aportadas, de forma tal que de los mismos no puede derivarse una indemnización propia, pues ya han cumplido la finalidad que les es esencial. Ciertamente, han alcanzado dicha finalidad con un considerable retraso imputable a la Administración autonómica,

pero la indemnización derivada de dicho retraso ya encuentra su fundamento en otros conceptos, como el indicado incremento del coste de construcción o el lucro cesante”.

En cuanto a esta última partida, se manifiesta que el lucro cesante “sí es claramente susceptible de indemnización, pues existe una clara relación de causa a efecto entre la denegación inicial de la autorización para la construcción del buque y la imposibilidad de la obtención de beneficios económicos mediante la explotación del mismo. Sin embargo, es necesario, nuevamente, que el daño, en este caso el lucro cesante, sea real y efectivo (...). Respecto a este relevante extremo el informe económico en el que se basa la reclamación es sumamente parco, pues si bien sí parece adecuada la referencia al beneficio medio obtenido por los otros dos buques (...) de características similares, no se sustentan las manifestaciones de dicho informe con ningún documento contable acompañado al mismo. Por ello, no puede considerarse acreditado el importe del lucro cesante reclamado, ni en rigor, la mera existencia del lucro cesante”. No obstante lo anterior, se indica que “obran en poder del Servicio de Estructuras Pesqueras diversos documentos que sí pueden contribuir a dicha cuantificación, y que fueron aportados por la sociedad reclamante al expediente de subvención IFOP, convocatoria de 2007 (...), concretamente, la declaración del impuesto sobre sociedades correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2005, y la nota informativa simple del Registro Mercantil de Asturias relativa al depósito de las cuentas de la sociedad en dicho ejercicio. En ambos documentos se indica que en 2005 (la empresa reclamante) obtuvo unas pérdidas de setenta y tres mil novecientos quince euros con cincuenta y siete céntimos (73.915,57 €)./ Asimismo, el Servicio de Estructuras Pesqueras dispone de los datos relativos a las ventas en lonjas del Principado de Asturias de la pesca capturada en los años indicados” por los otros dos buques de similares características. Estos datos “podrían coadyuvar a la cuantificación del lucro cesante, pero (...) son confidenciales y su uso está restringido a los fines para cuyo cumplimiento se aportan (...). En esta situación parece procedente acordar como diligencias de instrucción la solicitud de un informe a una

empresa de auditoría o consultoría especializada en el sector pesquero, a fin de poder cuantificar adecuadamente el lucro cesante, y el requerimiento a (las sociedades armadoras de los buques mencionados) para que manifiesten su consentimiento a la incorporación al presente procedimiento de los datos de ventas en lonjas del Principado de Asturias correspondientes a ambos buques” en los años 2003 a 2006.

Igualmente refiere que “es preciso tener en cuenta que el 12 de marzo de 2007 la sociedad reclamante presentó una solicitud a la Dirección General de Pesca al objeto de que se suspendiera el plazo de 18 meses para el inicio de la construcción del buque, establecido en el artículo 13.2 del Real Decreto 1048/2003, sobre Ordenación del Sector Pesquero y Ayudas Estructurales, hasta que se resolviese el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial (...). Por esta razón, el retraso en la entrada en servicio del buque pesquero (...) no sería imputable a la Administración del Principado de Asturias después del 12 de marzo de 2007, y a partir de esta fecha sería atribuible a la sociedad armadora y reclamante”.

Concluye el autor del informe que resulta procedente la desestimación de la reclamación “con relación a la subvención que podría haber sido concedida en 2000 para la construcción del buque”, así como “con relación al interés legal del gasto correspondiente a la adquisición de los derechos de construcción inherentes a las bajas (...) aportadas para la construcción”. En cuanto a las partidas correspondientes al incremento de construcción del buque y al lucro cesante, afirma que la pretensión indemnizatoria sólo podría prosperar si la sociedad reclamante probase debidamente dichos daños y propone, “al objeto de proceder a dicha acreditación”, que se recabe “el correspondiente informe de una empresa de auditoría o consultoría especializada en el sector pesquero”.

4. Con fecha 20 de abril de 2007, la Consejera de Medio Rural y Pesca resuelve iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial a instancia de la reclamante y designa instructora del mismo. En dicha resolución, notificada a la

interesada el día 2 de mayo de 2007, se señala que el plazo para la resolución y notificación del procedimiento es de seis meses, que se contarán desde “el siguiente al 19 de diciembre de 2006”, fecha en la que fue registrada de entrada la reclamación, y se indican las normas con arreglo a las cuales se tramitará y los efectos del silencio administrativo.

5. El día 10 de mayo de 2007, la instructora del procedimiento dicta una providencia por la que se acuerda practicar las diligencias de instrucción propuestas por el Servicio responsable y dar traslado de la reclamación presentada a la compañía aseguradora, a fin de que pueda intervenir en él como interesada.

6. Practicadas las mencionadas diligencias de instrucción, se incorpora al expediente un informe elaborado a instancia de la Administración por una empresa consultora, en el que no consta fecha, relativo al “análisis de los costes de construcción del buque de referencia en el año 2006”, la “evaluación y valoración de la indemnización solicitada” y el estudio de los beneficios que se hubieran obtenido “por la explotación del buque en condiciones normales”. Se señala en el citado informe, en cuanto al incremento del coste de construcción del buque, que los avances en los procesos de construcción naviera producidos en los últimos años han “redundado en una reducción de los costes”, que, no obstante, no se refleja en la actualización del presupuesto aportado por la mercantil interesada. Pese a lo anterior, se concluye que el coste de construcción del barco a la fecha de emisión del informe se ha incrementado, cifrando el aumento en 605.880,62 €. En relación con la pérdida de la subvención, se establece que, “puesto que no existía ninguna premisa ni indicio favorable que indicase que (la peticionaria) fuese a percibir dicha subvención, no se puede considerar este concepto de indemnización”. Respecto a la indemnización de los derechos de baja, se afirma que tal pretensión “carece de fundamento alguno”, razonando que “la inversión realizada en GTs en el año 1999 no ha sufrido alteración alguna, pues si (la) solicitante quisiera construir

otro buque, o el considerado, en el momento actual debería adquirir los GTs necesarios, o los derechos de éstos". Finalmente, en cuanto al lucro cesante, manifiesta que el método de estimación aportado por la parte no puede aceptarse, "pues la existencia de buques con similares características, en cuanto a estructura y equipamiento, no supone que dichos buques obtengan similares resultados", ni en cuanto a "beneficios, ni en cuanto a los gastos originados", y que "para realizar un cálculo lo más aproximado posible" sería necesario elaborar modelos de comportamiento que tuviesen en cuenta, entre otros, los gastos de "combustible, mantenimiento, reparaciones y/o reposiciones, desgaste y amortización de la inversión", así como "la eficiencia en los recursos humanos incorporados a bordo" y el "estudio de las estrategias de selección de rutas y caladeros de trabajo". Sin embargo, se renuncia a efectuar un análisis del lucro cesante basado en estos modelos por resultar "tremendamente costoso", y en su lugar se realiza su cálculo "a tenor de los índices de evolución obtenidos a partir del análisis del balance situacional" de la empresa correspondiente a los ejercicios 2002, 2003, 2004 y 2005, y sobre la base de una "estimación de ventas" para el ejercicio 2006, ponderando el resultado "entre el número de embarcaciones" de la empresa. El valor resultante, actualizado en función de los "intereses acumulados", lleva a concluir a los autores del informe que "los beneficios que habría dejado de percibir (la) solicitante ascenderían a una cantidad total de 267.907,72 €".

7. El día 15 de noviembre de 2007, se notifica al representante de la sociedad interesada la apertura del trámite de audiencia, poniéndose a su disposición el expediente por un plazo de 10 días e indicándole que podrá, dentro del mismo plazo, formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes. A la comunicación se adjunta un índice de los documentos que integran el expediente.

8. Con fecha 29 de noviembre de 2007, el representante de la mercantil interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de

Asturias un escrito de alegaciones en el que manifiesta que “no puede compartir el contenido de los informes obrantes en el (...) expediente, pues, además de excluir en sus conclusiones conceptos importantes como el de la “pérdida de la subvención”, u otros como el de “aumentos del coste de construcción” o “beneficios dejados de percibir”, los resultados que integran el resto de conclusiones se alejan y mucho de la realidad del mercado”. Añade que “los informes, tanto de la propia Administración, como de (la empresa consultora autora del elaborado a instancia de ésta), incurrir en graves errores que afectarían directamente a las conclusiones de sus informes tanto desde el punto de vista formal como material”, por lo que solicita que “se estime íntegramente la reclamación formulada”. Asimismo, interesa la práctica de las siguientes pruebas: en primer lugar, la testifical pericial del autor del informe por él mismo aportado junto con el escrito de reclamación, al objeto de que se ratifique en el mismo y para que aclare las “contradicciones” existentes entre aquél y el realizado a instancia de la Administración; y, en segundo término, que se requiera a la empresa autora de este último para que identifique a la persona que lo ha elaborado y se cite a ésta al objeto de que la parte pueda “pedir (...) aclaraciones al citado informe, señalando a tal efecto día y hora”.

9. El día 5 de diciembre de 2007, la instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio.

A propósito de la prueba propuesta por la interesada en el trámite de audiencia, se indica que “se considera innecesario” someter a la ratificación de su autor el informe pericial por él presentado, “puesto que ya se parte del estudio de su pretensión en dichos términos”. Asimismo, se estima improcedente la práctica de la prueba consistente en el interrogatorio del autor del informe emitido a instancia de la Administración, teniendo en cuenta que “la práctica de pruebas se realizó ya, con anterioridad al trámite de audiencia”, y que la propia reclamante “obtuvo las copias necesarias de dicho informe y de otros incorporados al expediente (...) como para poder haber formulado los correspondientes reparos, formular las oportunas alegaciones al mismo, más

allá de una retórica petición que sólo puede conducir a retrasar más la resolución del presente expediente (...), sin que se conozca en qué puede errar el informe (mencionado), que no resulta desestimatorio de la pretensión en su totalidad”.

Finalmente, propone “desestimar la reclamación (...) con relación a la subvención que podría haber sido concedida en 2000 para la construcción del buque (...). Desestimar la reclamación (...) con relación al interés legal del gasto correspondiente a la adquisición de los derechos de construcción inherentes a las bajas (...) aportadas (...). Desestimar la cantidad indicada por el reclamante de 1.141.920,07 euros como incremento del coste de construcción del buque al no acreditarse debidamente dicho incremento. Y estimar que tal cantidad queda cifrada en 605.880,62 euros (de acuerdo con la valoración pericial privada elaborada a instancia de la Administración) (...). Desestimar la cantidad indicada por el reclamante de 794.154,62 euros como lucro cesante o beneficios dejados de percibir al no acreditarse debidamente en los documentos aportados por la sociedad reclamante y estimar que tal cantidad queda cifrada en 267.907,72 euros (según la valoración pericial realizada por encargo de la Administración)”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de febrero de 2008, registrado de entrada el día 25 del mes siguiente, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, cuyo original adjunta.

11. El día 19 de mayo de 2008, V. E. remite a este Consejo nueva documentación “que en su momento no fue tomada en cuenta por haber sido aportada desde el Servicio Jurídico de la Administración del Principado, afectante al contenido de la pretensión resarcitoria que se debate en la

reclamación formulada". Al oficio de remisión se adjuntan una copia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 27 de marzo de 2006 -esto es, la misma que se acompaña al escrito de reclamación-, la cual es firme, según consta en la diligencia extendida por la Secretaria de la Sala el día 22 de mayo de 2006, así como la copia de una nueva demanda en la que la pretensión del actor se concreta en el reconocimiento del derecho a obtener una subvención para la construcción del buque y una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la denegación de dicha ayuda.

Junto con la documentación referida se remite una nueva propuesta de resolución, elaborada por la instructora del procedimiento el día 5 de mayo de 2008, por la que se modifica la anterior de fecha 5 de diciembre de 2007. En esta nueva propuesta se refleja que la primera "demanda presentada por el reclamante en recurso contencioso-administrativo (...) formulaba dos peticiones: una, el derecho a la construcción del buque (...), y dos, "indemnizar los daños y perjuicios causados (...) tomando como base para el cálculo indemnizatorio los ingresos que se dejaron de percibir como consecuencia del periodo de paro forzoso de la actividad pesquera ocasionado por la denegación de la construcción del citado buque (...), así como por las diferencias de las ayudas económicas para nueva construcción que eventualmente se puedan producir". En el citado procedimiento ordinario (...) se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 27 de marzo de 2006 con el siguiente pronunciamiento: "...reconociendo el derecho de la parte actora a la construcción del buque (...), desestimando en todo lo demás el presente recurso"; por tanto, se desestima su pretensión indemnizatoria en cuanto al lucro cesante, lo que supone modificar el apartado cuarto de la propuesta de resolución en el sentido de: "desestimar la cantidad indicada por el reclamante de 794.154,62 euros como lucro cesante o beneficios dejados de percibir al no acreditarse debidamente en los documentos aportados por la sociedad reclamante y en base a la excepción de cosa juzgada, ya que esta pretensión fue desestimada en sentencia, siendo ésta firme." En segundo lugar, por el

Servicio Jurídico se da cuenta de la presentación de demanda en nuevo recurso contencioso-administrativo (...) formulado por el reclamante, donde recurriendo la denegación de subvención para la construcción del buque (...) formula nuevamente petición de indemnización de daños y perjuicios, que ya fue desestimada en sentencia firme precedente./ Por la excepción de cosa juzgada y por litispendencia procedería la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial”.

12. Con fecha 24 de junio de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Rural y Pesca remite a este Consejo “para su incorporación al expediente”, la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) el día 3 de abril de 2009. En ella se desestima este último, según se razona en el fundamento de derecho tercero, dada “la falta de amparo normativo en que apoyar la demanda, por ser incompatible la ayuda solicitada con el Derecho Comunitario”, señalando, a continuación, que “otra cosa será la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración que pueda entenderse se derive de la inicial denegación de la ayuda en un momento en que sí estaban vigentes las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura, pero tal cuestión no es ahora objeto de este proceso”.

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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17,

apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la sociedad mercantil interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.4, último inciso, de la LRJPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”.

En el procedimiento que examinamos, la reclamación se presenta con fecha 13 de diciembre de 2006, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias por la que se anula la resolución denegatoria de la construcción del buque -a la que se imputan los daños y perjuicios objeto del procedimiento de responsabilidad patrimonial que analizamos- se dicta el día 27 de marzo de 2006, habiendo sido declarada firme. Por tanto, aun sin conocer la fecha de notificación de la sentencia, es posible afirmar que la reclamación se formula dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

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

No obstante, observamos que la comunicación dirigida a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, incurre en error tanto en la identificación de la fecha en que la reclamación tiene entrada en el registro del órgano competente para su tramitación como en lo relativo al cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución. La reclamación se recibe en la Consejería de Medio Rural y Pesca, como consta en el sello de registro, el día 13 de diciembre de 2006 y no el día 19 del mismo mes, como de manera incorrecta se hace constar en la comunicación que analizamos. Asimismo, el plazo máximo de 6 meses para resolver y notificar la resolución se inicia, no el día siguiente al de la recepción del escrito de reclamación, como se refleja en la citada comunicación, sino el mismo día, por ser esta fecha la de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial en los incoados a solicitud de persona interesada y al computarse dicho plazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, "desde que se inició el procedimiento".

Asimismo, advertimos que el rechazo de las pruebas propuestas en el escrito de alegaciones por el representante de la sociedad mercantil perjudicada no ha sido adoptado por la instructora del procedimiento mediante resolución dictada en los términos del artículo 80.3 de la LRJPAC, y notificada a la parte interesada, por afectar a sus derechos e intereses, de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 de la misma Ley. Tal trámite no puede ser sustituido por el análisis y justificación de la improcedencia de las pruebas en la propuesta de resolución, de la que, por producirse en un momento posterior a la celebración del trámite de audiencia, no tiene conocimiento el interesado.

Constatamos además que, pese a resultar la propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la pretensión de la reclamante, reconociéndole el derecho a ser indemnizado por el incremento del coste de construcción del barco, no consta en el expediente que se haya sometido al trámite de

fiscalización previa la propuesta del acto de aprobación y compromiso de gasto, en los términos de lo dispuesto en los artículos 10, apartado 2, y 21, apartado 1, del Decreto 70/2004, de 10 de septiembre, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias. Por ello, si el sentido de la resolución que finalmente fuera a adoptarse resultase, en contra del criterio de este Consejo, total o parcialmente estimatorio de la pretensión deducida, no podrá dictarse aquella hasta que no se obtenga la preceptiva y previa fiscalización del gasto.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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.- Sostiene la parte que la denegación de la solicitud de autorización para la construcción del buque pesquero, anulada por sentencia judicial firme, le ha ocasionado una serie de daños que concreta en los siguientes: a) el incremento de los costes de construcción del buque desde la fecha en que debió ser concedida la autorización; b) la pérdida de la cantidad que, según sus cálculos, le habría sido concedida en concepto de ayuda a la construcción, de haber obtenido el proyecto constructivo la correspondiente autorización; c) los daños derivados de la inmovilización del capital invertido en la adquisición de los derechos de baja aportados para la construcción de la embarcación, desde el día en que se instó la solicitud de construcción hasta aquél en que la misma fue efectivamente otorgada, y d) el lucro cesante o beneficios dejados de

percibir desde la fecha en la que estima que el barco habría comenzado a faenar de haberse concedido la autorización en el año 2000.

El primero de los requisitos que debe valorarse en el análisis de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial, y por tanto también en ésta, es el de la efectividad del daño alegado, esto es, la existencia, acreditada, de un perjuicio que ha de ser real y efectivo. Tal circunstancia, que constituye el núcleo esencial de la responsabilidad, determina el fracaso de las pretensiones indemnizatorias sustentadas en meras especulaciones o simples expectativas, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos. Como excepción, podrán ser indemnizados los daños de futuro acaecimiento únicamente cuando los mismos sean, como viene señalando reiteradamente el Tribunal Supremo, “de producción indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo y no, por el contrario, cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas” (por todas, en la Sentencia de 2 de enero de 1990, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a).

Del expediente que examinamos no resulta que la embarcación haya sido construida; es más, en el informe emitido por el Servicio responsable se da cuenta de una solicitud dirigida por el representante de la mercantil reclamante a la Dirección General de Pesca, con fecha 12 de marzo de 2007, relativa a la suspensión del plazo de construcción del buque hasta la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial.

La exigencia de que los daños sean actuales ha de conducir a la necesaria desestimación de aquellos perjuicios cuya materialización en el patrimonio de la reclamante se encuentra supeditada a una condición que no se ha producido, esto es, la efectiva construcción del buque, y cuyo futuro acaecimiento, en cuanto dependiente de aquella condición, no puede darse por cierto; de lo contrario podrían llegar a indemnizarse daños que no se materializarían nunca si finalmente no se construye la embarcación. Por esta

razón, debe desestimarse, en el momento actual, la pretensión relativa a la indemnización de los daños consistentes en el incremento de los costes de construcción de la embarcación, pues tales perjuicios no constituyen al tiempo de la reclamación ningún daño efectivo, tal como exige el artículo 139.2 de la LRJPAC, quedando la concreción y exacta cuantificación de los mismos diferida, en su caso, al momento en que se construya.

La misma conclusión ha de alcanzarse respecto a la pretensión de reconocimiento de una cantidad sustitutoria de la subvención que, de haberse autorizado la construcción del buque, habría sido concedida a la sociedad reclamante. Aun cuando la posibilidad de que la sociedad ahora reclamante hubiese obtenido aquella ayuda en su día no ha de descartarse, pues, pese a lo señalado por el Servicio responsable en su informe, la dotación de artes y métodos de pesca más selectivos constituía un mero criterio para la adjudicación de las ayudas, determinante de la preferencia en la obtención de los fondos, pero en ningún caso generador de la imposibilidad de obtenerlas -así resulta de las bases reguladoras de la ayuda a la que la perjudicada se acogió, esto es, las contenidas en la Resolución de la Consejería de Medio Rural y Pesca de fecha 9 de junio de 2000, publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias del día 12 del mismo mes-, ha de tenerse en cuenta que el perjuicio que con la privación de la subvención se causa no es otro que el de tener que asumir la perjudicada el coste de fabricación del barco en una cantidad equivalente a la dejada de percibir como ayuda, y este daño -cuya exacta cuantificación requeriría una nueva valoración de todas las solicitudes concurrentes en aquella convocatoria, que la instrucción no ha abordado-, por estar supeditado a la efectiva construcción del buque, tampoco se ha materializado en el momento actual.

Respecto a los costes derivados de la inmovilización de la inversión realizada para la adquisición de las embarcaciones cuyo compromiso de baja ha sido aportado junto con la solicitud de construcción del buque, no podemos dar por probada la cuantía solicitada, pues, aunque el desembolso efectuado para la adquisición de aquellas naves se encuentra acreditado en el expediente, la

reclamante no ha demostrado que la demora en la concesión de la autorización le haya ocasionado un perjuicio, en concepto de costes financieros, por la cuantía reclamada, ni mucho menos que la inmovilización de las cantidades invertidas, en tanto que constituye una opción libre, se encuentre causalmente conectada con el funcionamiento del servicio público.

Finalmente, la parte reclama también el lucro cesante, ya que la denegación ilegal de una autorización para la construcción de un buque pesquero frustró una expectativa de inversión. Este hecho podría comportar el derecho a una indemnización si la sociedad reclamante probara que ha generado en su patrimonio un daño efectivo, es decir, un perjuicio económico cierto y real.

La pretensión de la reclamante se dirige en este punto a reclamar como daño un "lucro cesante" consistente en la expectativa de beneficio o rendimiento esperado de una inversión que en realidad no realizó, presumiendo que la frustración de una inversión se convierte de modo indefectible en ganancia frustrada. A tal efecto, la parte presenta como daño "la ganancia media" obtenida desde 2002 por cada uno de los buques cuya construcción se había solicitado al mismo tiempo que la de aquél de cuya denegación trae causa la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa. No obstante, la justificación de la cantidad solicitada se apoya exclusivamente en las manifestaciones de la parte, quien no ha aportado, pese a corresponderle la carga de la prueba del daño en la cuantía solicitada, documentación contable alguna de la que pueda inferirse la autenticidad de tales resultados favorables. En el informe pericial que se adjunta al escrito de reclamación ni siquiera se explicita cuál ha sido el método utilizado para calcular la indemnización en la cantidad reclamada. Además, ha de tenerse en cuenta que el cómputo de la cuantía indemnizatoria en lo concerniente a esta partida lo refiere la reclamante exclusivamente a la "ganancia" dejada de percibir, sin realizar ningún estudio de costes, inherentes a cualquier actividad mercantil, y sin contemplar las pérdidas que, según el informe del Servicio responsable, reflejan tanto la declaración del impuesto de sociedades como las cuentas anuales de la

empresa correspondientes a 2005, y que ascienden a 73.915,57 €; razón por la cual no podemos atribuir certeza a la indemnización solicitada. Por otro lado, tampoco puede tenerse como válido el cálculo del lucro cesante realizado en el informe elaborado por una consultora privada a instancia de la Administración, en tanto que incurre en los mismos errores que se achacan al informe pericial de parte.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.