

Expediente Núm. 201/2011
Dictamen Núm. 10/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 20 de enero de 2012, 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 esa Alcaldía de 11 de julio de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Carreño formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la clausura cautelar de la actividad de un establecimiento hostelero.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de enero de 2010, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Carreño un escrito mediante el cual interpone reclamación de responsabilidad patrimonial. Del relato de los hechos y de la documentación aportada se desprende que el establecimiento hostelero titularidad de la reclamante permaneció clausurado y precintado de manera cautelar en el periodo comprendido entre el 10 de agosto y el 10 de noviembre de 2007 como

consecuencia de la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 8 de agosto de 2007, que en su parte dispositiva decretó “la clausura de la actividad” y el “precinto del establecimiento”, todo ello como “medida cautelarísima indispensable para la protección del derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y a la integridad de los vecinos afectados” y que con ese carácter fue adoptada en el curso de un procedimiento sancionador que por entonces se instruía frente a la ahora reclamante por infracción muy grave en el desarrollo de la actividad de la que es titular y que había sido iniciado el 22 de marzo del mismo año. La clausura de la actividad y el precinto del establecimiento se prolongó, como ya hemos señalado, desde el 10 de agosto hasta el 10 de noviembre de 2007, fecha en la que por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento reclamado de 9 de noviembre se acordó “solicitar a la Jefatura de la Policía Local (que) adopte las medidas oportunas para la retirada del precinto del establecimiento”. Vigente la clausura y el precinto decretados, la interesada interpuso el día 5 de septiembre de 2007 recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Alcaldía de 8 de agosto de 2007 que ordenó ambas medidas, siendo resuelto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón mediante Sentencia de 1 de septiembre de 2008, que acuerda “estimar (...) el recurso (...) interpuesto (...) contra la Resolución dictada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño el 8 de agosto de 2007 (...), que decretaba como medida cautelarísima la clausura de la actividad del citado establecimiento, ordenando a tal efecto el precinto” del mismo, “declarando la anulación de la medida cautelar acordada por no ser conforme a derecho”. Frente a esta sentencia el Ayuntamiento de Carreño interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de enero de 2009, declarando la conformidad a derecho de la sentencia apelada.

De los hechos relatados hace derivar la interesada la acción de responsabilidad patrimonial que dirige contra el Ayuntamiento de Carreño, argumentando que el estricto cumplimiento de la orden de clausura y de

precinto del establecimiento hostelero del que es titular, en ejecución de un acto que ha sido objeto de anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, le ha producido una lesión que no tenía el deber de soportar. Así las cosas, y tras un detallado repaso de la doctrina legal y jurisprudencial que avala el ejercicio por su parte de la acción de responsabilidad patrimonial, finaliza su escrito solicitando que se reconozca su derecho a ser indemnizada en la cantidad de ciento treinta y un mil setecientos diecinueve euros con dieciocho céntimos (131.719,18 €), importe en el que cuantifica los daños que se le han ocasionado.

Adjunta copia de la siguiente documentación y solicita que la misma se admita como prueba documental: a) Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño, de fecha 8 de agosto de 2007, por la que se decreta la clausura de la actividad y el precinto del establecimiento del que es titular la reclamante. b) Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño, de 9 de noviembre de 2007, por la que se dispone la retirada del precinto del establecimiento. c) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 1 de septiembre de 2008, por la que se anula la medida cautelar adoptada por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 8 de agosto de 2007. d) Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de enero de 2009, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Carreño. e) Informe pericial emitido por un auditor de cuentas a instancia de la reclamante a modo de justificación de la cuantificación del daño sufrido y consiguiente indemnización reclamada (en realidad este último documento no figura como anexo, a pesar de lo afirmado en su escrito, si bien la omisión fue debidamente subsanada por la propia interesada mediante la presentación del mismo, y la documentación que lo acompaña, en el registro del Ayuntamiento de Carreño el día 14 de enero de 2010, tal y como consta acreditado en el expediente remitido). El objeto declarado de este "informe sobre daños económicos" no es otro que el "cálculo de la indemnización por 'lucro cesante' a consecuencia del

cierre forzoso de su establecimiento hostelero (...) desde el 10 de agosto de 2007 al 30 (*sic*) de noviembre de 2007". Para llegar al cálculo total de la indemnización solicitada, el autor de este informe toma en consideración dos apartados que denomina, respectivamente, "indemnizaciones por el cierre" e "indemnización por pérdida de clientela". En el primero de ellos se hace una estimación del beneficio dejado de obtener por la interesada como consecuencia del cierre del establecimiento decretado durante el periodo comprendido entre agosto y noviembre de 2007 con base en el promedio de las ventas y las compras de los dos ejercicios inmediatamente anteriores (2005 y 2006) y los gastos fijos generados por el negocio los días en que permaneció clausurado, tales como alquiler del local, cotizaciones a autónomos, televisión, electricidad y teléfono. El cálculo así efectuado arroja un "margen diario de venta" de 458,11 €, lo que multiplicado por los 97 días en que permaneció clausurada la actividad arroja un total indemnizatorio en concepto de beneficio no obtenido de 44.436,67 €. Para el cálculo del segundo de los bloques, "indemnización por pérdida de clientela", el autor del informe hace una comparativa entre el rendimiento medio del establecimiento a lo largo de los ejercicios 2005 y 2006 (inmediatamente anteriores al del cierre) y el rendimiento del 2008 (inmediatamente posterior al del cierre), para atribuir el descenso en el rendimiento, que cuantifica en 87.282,51 €, a la pérdida de clientela derivada directamente del cierre cautelar decretado por el Ayuntamiento en el año 2007. La suma de ambos apartados -44.436,67 € por "indemnizaciones por el cierre" más 87.282,51 € en concepto de "indemnización por pérdida de clientela"- arroja el total de los 131.719,18 euros reclamados.

2. Tras la presentación por parte de la reclamante de un nuevo escrito en el registro municipal el día 5 de mayo de 2010 en el que solicita vista de lo actuado hasta esa fecha en relación con la reclamación por ella planteada, el día 7 de mayo de 2010 se dicta Resolución por la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño en la que se consigna que "la citada medida cautelar fue adoptada dentro de un

procedimiento sancionador que concluyó con la imposición de multa y cierre del establecimiento durante un periodo de tres meses que subsumió al anterior durante el que el establecimiento había estado clausurado” y que “en la actualidad la corrección de la citada sanción, y por tanto del periodo de cierre (incluido el realizado cautelarmente), se encuentra pendiente de un recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento con doble efecto”. Añade que “en el caso de que la sanción definitiva fuese estimada ajustada a derecho por la sentencia de apelación no habría concurrencia de causa dañosa que fundamentase responsabilidad de la Administración y que si ocurriese lo contrario los intereses de la reclamante no se verían afectados, dado que el cierre reclamado de tres meses fue único”, por lo que la reclamación podría “inadmitirse, pero que es más respetuoso con los posibles derechos de la interesada la paralización” del procedimiento. En consecuencia, se acuerda incoar “el correspondiente expediente”, suspender su tramitación hasta que se decida la apelación a la que se ha hecho referencia” y que a la vista del resultado de la apelación se actúe según proceda, todo ello sin perjuicio para la reclamante”. Con fecha 12 de mayo de 2010 se notifica a la interesada dicha resolución, indicándole que frente a ella “no procede recurso alguno” al tratarse de un “acto de trámite”.

Con posterioridad a este acto, obra en el expediente remitido una Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño, de fecha 26 de enero de 2011, desprovista de una siquiera elemental exposición de antecedentes, en la que se acuerda el inicio, a instancia de parte, de expediente de responsabilidad patrimonial, el nombramiento de un instructor, el traslado de la reclamación a una compañía de seguros y la petición de un informe a la Policía Local acerca del efectivo cumplimiento de la orden de cierre decretada en su día. Esta resolución se notifica a la perjudicada el día 3 de febrero de 2011.

3. Con fecha 28 de febrero de 2011, el Instructor del procedimiento acuerda la apertura de un periodo de prueba por término máximo de 30 días, admitiendo la

documental solicitada por la reclamante en su escrito inicial e incorporando, a propuesta del propio instructor, el informe de un perito, a cuyo efecto se acuerda requerir a aquella diversa documentación complementaria.

Atendidos los requerimientos efectuados por el Instructor, una auditora de cuentas presenta, el día 7 de junio de 2011, el informe elaborado a solicitud del propio Ayuntamiento, y fechado el día 3 de ese mismo mes, "sobre lucro cesante" del negocio de hostelería regentado por la interesada como consecuencia del cierre ordenado por la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 8 de agosto de 2007.

En el referido informe se señala que, "ante la ausencia de contabilidad oficial, puedo concluir que consideraré que el rendimiento que genera la actividad es el que se desprende de la aplicación del régimen de estimación objetiva del IRPF, pero tomaré como base el 'rendimiento neto previo' y no el 'rendimiento neto reducido', por entender que el que más se aproxima a la realidad es el primero, siendo el segundo más reducido por la aplicación de incentivos fiscales". Con base en esa premisa, la auditora entiende que el lucro cesante se encuentra integrado por "el valor de los beneficios dejados de percibir durante el periodo en el que el local permaneció cerrado (...), a lo que hay que añadir el valor de la pérdida de clientela que pudo derivarse del cierre". Para el cálculo de los beneficios dejados de percibir se parte del valor de los diferentes módulos que la normativa del IRPF aplicable al ejercicio 2007 establecía para la actividad en la que se encuentra encuadrado el negocio del que es titular la reclamante. Con arreglo a ello se concluye que el rendimiento neto anual previo del negocio alcanzaría los 21.685,45 € anuales -1.807,12 euros mensuales-, que proyectado sobre los 113 días en que estuvo cerrado el negocio daría un total de 6.806,82 euros. No obstante, la cantidad resultante es objeto de variación al alza, habida cuenta del carácter estacional de la actividad desarrollada y teniendo en cuenta la localidad donde la misma se lleva a cabo, de forma tal que corregida la misma al aplicar un 60% de incremento en el beneficio medio para los 52 días que van del 10 de agosto al 30 de septiembre,

en que se entiende aplicable la estacionalidad, arrojaría un total de 8.686,22 €, importe en el que estima el beneficio dejado de percibir en el periodo de cierre. En cuanto a la estimación del “valor de la pérdida de clientela que pudo derivarse del cierre”, la auditora lo establece en la cantidad de 6.460,50 €, considerando que la pérdida de clientela se trasladaría, a lo sumo, a los dos años posteriores al cierre, “logrando su recuperación a partir del tercero”. Con base en ello concluye que el total del lucro cesante padecido por la reclamante se elevaría a 15.146,72 € por todos los conceptos, es decir, 8.686,22 € por los “beneficios no obtenidos” y 6.460,50 € por la “pérdida de clientela”.

4. El día 17 de junio de 2011, el Instructor del procedimiento comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 10 días a fin de que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes.

El día 24 de junio de 2011, presenta esta un escrito en el registro municipal en el que se reafirma en los términos de su reclamación inicial, al entender suficientemente acreditada la realidad de la lesión patrimonial sufrida, su carácter ilegítimo y la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del Ayuntamiento frente al que se reclama y la lesión producida. Expone que “el Ayuntamiento tiene constancia de la también anulación de la sanción de cierre del establecimiento en procedimiento sancionador seguido (...), desestimación confirmada mediante Sentencia de apelación del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 7 de diciembre de 2010 y que fue sostenida por la Alcaldía como causa de suspensión del procedimiento de responsabilidad patrimonial en su Resolución de 7 de mayo de 2010” al señalar que “en el caso de que la sanción definitiva fuese ajustada a derecho (...) no habría causa dañosa que fundamentase la responsabilidad de la Administración”. La segunda de las alegaciones de la reclamante se centra en el rechazo del informe pericial elaborado a instancias de la Administración reclamada y que se contrapone al elaborado por el perito designado por ella. Al respecto sostiene que el informe pericial de la Administración “se funda en la aplicación de indicios o estimaciones

indirectas y genéricas que, aun cuando pudieran resultar orientativas para el sector, no reflejan los efectos sobre la particular y específica actividad de la interesada". Sin perjuicio de ello, propone la terminación convencional del procedimiento, "fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio ex art. 11.2 del R. D. 429/1993", a cuyo efecto "manifiesta que estaría dispuesta a suscribir acuerdo indemnizatorio por importe de 100.000,00 €, siempre que (...) se formalice y abone efectivamente el 50% de la indemnización con anterioridad al 30 de septiembre de 2011 y el 50% restante con anterioridad al 31 de diciembre de 2011". De no admitirse este acuerdo indemnizatorio la reclamante se reitera en su petición inicial de 131.719,18 €.

Obra incorporado al expediente remitido un contrainforme suscrito por la auditora de cuentas autora del emitido a instancias del Ayuntamiento de Carreño en el que se razona la preferencia de este frente al elaborado a petición de la reclamante.

5. Con fecha 8 de julio de 2011, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en el sentido de "admitir la reclamación de responsabilidad" patrimonial, "estimando parcialmente la misma conforme a la valoración realizada por los peritos de la Administración, fijándola a la fecha de reclamación en la cantidad de 15.146,72 €, correspondiendo 8.686,22 € a beneficios dejados de obtener y 6.460,50 € a pérdida de clientela". En la propuesta se señala de manera taxativa, respecto a los requisitos que deben concurrir para la estimación de la reclamación, "que tales requisitos concurren de forma evidente, de tal manera que los daños existen y tienen su fundamento en el actuar de la Administración". Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, sostiene que "difiere sustancialmente según el criterio que se adopte, bien el pretendidamente 'real' de la reclamante o el 'estimado' de la pericial encargada por la Administración". Al respecto, rechaza el criterio que sugiere la interesada, argumentando que "es una empresaria que ha elegido, a efectos fiscales el régimen de estimación objetiva y, por ello, no tiene la

obligación de llevanza de libros de ingresos y gastos, ni de una contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio, por lo que no hay datos contrastables que permitan conocer cuál es el resultado (beneficio o pérdida) real del negocio". En cambio, defiende el criterio empleado por los peritos de la Administración, que califica como mixto, al basarse en el régimen tributario elegido por la propia reclamante, modulado al alza por criterios de estacionalidad, al entender que "se asienta sobre fundamentos que no dependen de la voluntad de las partes".

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de julio de 2011, registrado de entrada el día 14 de ese mismo mes, 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 Carreño objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

Por escrito de la Presidencia del Consejo Consultivo, de 13 de septiembre de 2011, se solicitó la remisión de antecedentes para mejor proveer, centrados en el expediente sancionador seguido contra la ahora reclamante, y en el que fue adoptada la medida cautelar de cierre y clausura de la actividad cuya anulación por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa fundamenta la presente reclamación. Con fecha 29 de noviembre de 2011, tiene entrada en este Consejo la documentación requerida. Entre ella destaca que el expediente en el que fue adoptada la medida cautelar de cierre y clausura del establecimiento hostelero agotó la vía administrativa el día 25 de octubre de 2007, fecha en la que el Alcalde dictó la resolución por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la ahora reclamante frente a la Resolución de la Alcaldía de 18 de septiembre de 2007, que le impuso una sanción de multa y cierre provisional del establecimiento por un plazo de tres meses por la comisión de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 32.g) de la Ley del Principado de Asturias 8/2002, de 21 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. La interesada reaccionó frente a la sanción

impuesta interponiendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo, de suerte tal que los órganos de la citada jurisdicción concluyeron con la anulación de la sanción impuesta, al desestimar la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 7 de diciembre de 2010, el recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento.

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 Carreño, 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 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 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.

El Ayuntamiento de Carreño está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, conviene recordar que la presente reclamación se fundamenta en la anulación por parte del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la medida que, con el carácter de

cautelar, fue adoptada por Resolución de la Alcaldía de 8 de agosto de 2007 en el curso de la tramitación de un expediente sancionador, y que supuso la clausura de la actividad y el precinto del establecimiento del que es titular la reclamante. El artículo 142.4 de la LRJPAC establece al respecto que la “anulación (...) por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o su forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la anulación de la medida cautelar impuesta se produjo de manera definitiva en virtud de Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de enero de 2009, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Carreño frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 1 de septiembre de 2008, y que la reclamación de responsabilidad patrimonial se presentó el día 5 de enero de 2010, ha de concluirse que la misma se formuló dentro del plazo de un año legalmente determinado, en la forma establecida en el citado artículo 142.4 de la LRJPAC.

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, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución - y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se le indica la fecha de recepción de su solicitud en la notificación de incoación del procedimiento, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos previstos en el artículo citado.

Asimismo, observamos 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 43.3, 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".

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que "Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa".

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.- Imputa la reclamante al Ayuntamiento de Carreño los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la clausura de la actividad de un establecimiento hostelero de su titularidad y de su precinto en el periodo comprendido entre del 10 de agosto y el 10 de noviembre de 2007. Conviene retener que esta medida, adoptada por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de 8 de agosto de 2007, fue dictada con el carácter de cautelar en

la tramitación de un expediente sancionador instruido por aquellas fechas contra la ahora reclamante; expediente que concluyó con una nueva Resolución de la Alcaldía de 18 de septiembre de 2008, en la que se imponía a aquella una sanción consistente en multa económica más cierre del establecimiento por idéntico periodo de tres meses ya acordado como medida cautelar. Es sabido que tanto la medida cautelar como la posterior sanción definitiva en vía administrativa, una vez recurridas en vía contencioso-administrativa por la ahora reclamante, resultaron anuladas en virtud de los pronunciamientos de los órganos de dicha jurisdicción.

En el primero de los casos -anulación de la medida cautelar cuya ejecución fundamenta la presente reclamación-, el pronunciamiento anulatorio de los órganos jurisdiccionales se basa en la carencia de cobertura legal de la medida adoptada con tal carácter, y ello a tenor de lo establecido en el artículo 44 de la Ley del Principado de Asturias 8/2002, de 21 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, de aplicación al caso, bajo el argumento fundamental de que "la clausura provisional de la actividad no asegura la eficacia de la resolución final (...), en el sentido de que de no ser adoptada tal medida el procedimiento abierto pierda su finalidad, puesto que si la sanción que se impone finalmente es la de clausura la misma podría ser ejecutada una vez fuera firme la resolución sancionadora", y sin que "la tutela de los derechos de terceros" pueda ser convertida en "parámetro legal para decidir lo que resuelve la decisión tutelar impugnada".

Por su parte, la anulación en sede jurisdiccional de la sanción de cierre que por el mismo plazo de tres meses que con el carácter de cautelar ya había resultado anulada, se apoya en la ausencia de encaje de los hechos imputados en la tipificación que de las conductas infractoras se hace en los artículos 32 a 34 de la Ley del Principado de Asturias 8/2002, de 21 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, concluyendo que la ahora reclamante habría incurrido, en puridad, en la comisión de una infracción

tipificada como leve en el artículo 34.a) de la Ley 8/2002, y no en una infracción calificada como muy grave, como pretende la Administración municipal.

La situación así descrita nos coloca ante una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que la lesión cuya indemnización se postula deriva, en una relación directa de causa a efecto, de la anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de un acto previo de la Administración frente a la que se reclama.

Al respecto, el artículo 142.4 de la LRJPAC establece que la “anulación (...) por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos (...) no presupone derecho a la indemnización”. Del tenor literal del citado precepto se desprende, como primera conclusión, que del hecho cierto de la invalidación de un acto administrativo no cabe presuponer sin más la existencia de una responsabilidad objetiva y directa a la que deba hacer frente la Administración autora del acto invalidado, sino que, incluso en este supuesto, el éxito o el fracaso en el ejercicio de la acción vendrá determinado por la concurrencia o no de la totalidad de los requisitos establecidos con carácter general y que hemos dejado consignados en la consideración anterior de este dictamen.

El Ayuntamiento consultante, en la propuesta de resolución sometida a dictamen de este Consejo, reconoce de manera incondicional la concurrencia de tales requisitos, al señalar que los mismos “concurren de forma evidente, de tal manera que los daños existen y tienen su fundamento en el actuar de la Administración”.

Prescindiendo del carácter axiomático de este pronunciamiento autoinculpatorio por parte de la Administración frente a la que se reclama, este Consejo participa de la conclusión alcanzada en el sentido de que en la medida cautelar de cierre ordenada, así como en la sanción de cierre finalmente impuesta, concurren los requisitos antes explicitados en orden a la procedencia de la reclamación formulada, debido a la causación de un claro daño a la reclamante al privarla durante el plazo de tres meses del ejercicio de una actividad económica que constituye su medio de vida; daño antijurídico que esta

no venía obligada a soportar a la vista de las consideraciones de los órganos jurisdiccionales que anulan los actos administrativos, pues concluyen que los hechos imputados a la misma no merecían ni tan siquiera la calificación dada por la Administración, que de manera contraria a derecho los tipificó como constitutivos de una infracción muy grave cuando, a su juicio, tan solo habrían de reputarse como elementos constitutivos de una infracción leve.

SÉPTIMA.- Apreciado por lo expuesto que la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 8 de agosto de 2007 ha ocasionado a la reclamante un daño que no tiene el deber jurídico de soportar, procede valorar económicamente dicho daño.

En relación con esta cuestión, tanto la Administración frente a la que se reclama como la perjudicada coinciden en que el monto total de la indemnización a satisfacer debería estar compuesto por la suma agregada de dos conceptos. Así, ambas admiten la necesidad de que la indemnización contemple un primer concepto que atienda al beneficio dejado de obtener por la interesada como consecuencia del cierre del establecimiento hostelero de su titularidad durante los tres meses decretados, si bien difieren en la terminología empleada al referirse a él, pues mientras el autor del informe aportado por la reclamante lo califica como "indemnización por cierre" la perito de la Administración habla de "beneficios no obtenidos". El segundo concepto indemnizatorio asumido por ambas partes, que coinciden en la denominación, alude a la indemnización derivada de una supuesta "pérdida de clientela" del establecimiento como consecuencia del cierre. Existiendo acuerdo en cuanto a los conceptos, la fórmula seguida por cada parte para proceder a la cuantificación difiere de manera tan ostensible que determina la imposibilidad de acercarse a cualquier forma de terminación convencional del procedimiento.

Así las cosas, este Consejo debe comenzar el examen de la cuestión que ahora nos ocupa recordando que, por exigencia legal, el daño cuya indemnización se reclama ha de ser efectivo, tal y como establece el artículo

139.2 de la LRJPAC. Esta exigencia legal se traduce en una doctrina jurisprudencial sólidamente consolidada que rechaza cualquier forma de indemnización de perjuicios hipotéticos o futuros basados en meras suposiciones, de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. Tal carácter de mera suposición hipotética, y por lo tanto no indemnizable, concede este Consejo al supuesto o hipótesis del que parte la reclamante -y que resulta ser admitido por la Administración frente a la que se reclama- de que la clientela habitual del establecimiento hostelero, una vez puesto fin al periodo de clausura injustamente ordenado, decidiera, de manera deliberada y consciente, abandonar la fidelidad al local de ocio de su propiedad, y ello en una relación de causa a efecto con la orden de clausura cautelar decretada. Por dicha razón, y en la línea de lo establecido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de febrero de 2009, este Consejo entiende que la indemnización no debe contemplar cantidad alguna en concepto de una supuesta e hipotética, pero no demostrada y carente por lo tanto de la debida y exigible certeza, pérdida de clientela.

Respecto al segundo de los conceptos indemnizables, esto es, el beneficio dejado de obtener por la reclamante como consecuencia del cierre del establecimiento hostelero de su titularidad durante los tres meses decretados, el mismo resulta obvio al erigirse en la genuina expresión de un lucro cesante. Las dificultades, y de ahí las notables diferencias que se observan en orden a su cuantificación, surgen en el momento de fijar los criterios con base en los cuales realizar los oportunos cálculos. Así, la perjudicada se sirve a estos efectos del promedio de las ventas y las compras de los dos ejercicios inmediatamente anteriores (2005 y 2006) y los gastos fijos generados por el negocio los días en que permaneció clausurado, tales como "alquiler del local, cotizaciones a autónomos, televisión, electricidad y teléfono". Por su parte, el informe pericial emitido a instancias de la Administración considera que, "ante la ausencia de contabilidad oficial (...), el rendimiento que genera la actividad es el que se desprende de la aplicación del régimen de estimación objetiva del IRPF". Esta

perspectiva arroja como resultado una más que notable diferencia en la cuantificación del lucro cesante sufrido por la interesada -44.436,67 € frente a 8.686,22 €- durante los días en que se vio injustamente privada de la posibilidad de ejercitar el negocio de hostelería del que es titular.

Respecto al cálculo de la indemnización procedente en concepto de lucro cesante, conviene empezar por recordar que el artículo 141.2 de la LRJPAC establece que la "indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado". En este sentido, de la documentación obrante en el expediente se desprende que la reclamante, a efectos de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas, se encuentra sometida al régimen de estimación objetiva por módulos, dato del que se derivan importantes consecuencias en orden a la cuestión que ahora nos ocupa. La primera de ellas es que la actividad empresarial desarrollada por aquella no comporta la llevanza de una contabilidad oficial. La segunda, que el régimen de estimación objetiva por módulos no tiene que reflejar necesariamente el rendimiento real de un negocio, constituyendo una estimación a efectos fiscales del rendimiento que se le supone con base en unos parámetros preestablecidos, por lo que este Consejo debe acudir a las reglas de la sana crítica para apreciar los informes aportados -tanto por la reclamante como por la Administración frente a la que se reclama- para determinar la cuantificación del lucro cesante.

En este sentido, entiende este Consejo que el dictamen pericial de la reclamante no puede ser considerado a los efectos ahora perseguidos, pues la anteriormente reseñada ausencia de contabilidad oficial del negocio (o negocios) de que pueda ser titular convierte en baldío el notable esfuerzo desplegado en orden a documentar el criterio de cálculo utilizado (promedio de las ventas y las compras de los dos años inmediatamente anteriores al cierre). Y ello es así por la fundamental razón de que ninguna prueba documental se ha incorporado al expediente de que las ventas -uno de los dos factores que afectan a esta

operación- fueran realizadas en el establecimiento clausurado precisamente en los dos años anteriores, ya que por la propia actividad las mismas no aparecen soportadas por facturas, y ni tan siquiera se han documentado a través de tiques de máquina registradora.

Descartada la opción sugerida por la interesada en orden a la fijación del cálculo del lucro cesante, debemos centrarnos ahora en la consideración de la fórmula contenida a estos mismos efectos en el informe pericial incorporado al expediente a instancias del Ayuntamiento de Carreño, adelantando ya la posición favorable a su acogimiento por parte de este Consejo por las razones, y con las matizaciones, que se exponen a continuación. Este dictamen parte de la premisa de que “el rendimiento que genera la actividad es el que se desprende de la aplicación del régimen de estimación objetiva del IRPF”. En este sentido, y como ya acotamos, la legislación fiscal resulta ser uno de los posibles criterios a utilizar a efectos del cálculo de la indemnización, que encuentra amparo legal expreso en el artículo 141.2 de la LRJPAC. No obstante, y como ya hemos admitido, el régimen de estimación objetiva por módulos no tiene que reflejar necesariamente el rendimiento real de un negocio, no resultando forzado suponer, con arreglo a la sana crítica antes invocada, que la opción seguida por la ahora reclamante -como por otros muchos contribuyentes titulares de actividades similares sometidos al régimen de estimación objetiva por módulos- obedezca principalmente, sin perjuicio de otras motivaciones, a que el mismo resulta beneficioso para aquella a la hora de determinar la cantidad a satisfacer a la Hacienda Pública, de forma tal que es plausible concluir que el rendimiento real del negocio regentado por la perjudicada podría resultar superior al que se desprende de sus declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y que figuran incorporadas al expediente. Así, la opción preferida por este Consejo de acudir para la fijación del cálculo de la indemnización procedente por lucro cesante a la que deriva del régimen fiscal al que se encuentra sometida la reclamante debe ir seguida de una adecuada ponderación de las circunstancias citadas; ponderación que, por lo demás, encuentra

acomodo en el reiterado artículo 141.2 de la LRJPAC. Y esto es justamente lo que hace el informe pericial incorporado al expediente a instancias del Ayuntamiento de Carreño, que, no contentándose con consignar el rendimiento neto previo declarado por la ahora reclamante para el ejercicio fiscal de 2007 - 9.414,83 € (folio 86 del expediente)-, procede a una adecuada ponderación de los distintos módulos para, prescindiendo de nominalismos automáticos, acercarlos a la realidad del negocio, que los sitúa en unos no declarados 21.685,45 € (folio 198 del expediente). A mayores, y no conformándose con este primer análisis, el mismo informe ahonda en claro beneficio para la interesada al discriminar dentro de este rendimiento anual, pues tiene en cuenta la localidad en la que se ubica el local clausurado y la estacionalidad ligada al turismo que de esa ubicación se deriva, incrementando la cantidad diaria resultante en un sesenta por ciento para el periodo coincidente con la temporada que se supone de mayor afluencia.

En consecuencia, este Consejo muestra su conformidad en principio con la fórmula adoptada en el informe pericial aportado por el Ayuntamiento de Carreño en orden a la fijación del beneficio dejado de percibir por la reclamante como consecuencia del cierre y clausura de la actividad del negocio de su titularidad que se encuentra en la base de la presente reclamación. Admitido el criterio, debe ser finalmente corregido, dado que se parte, en lo que debemos entender se trata de un error, de que el periodo de cierre abarcó desde el día 10 de agosto hasta el 30 de noviembre de 2007, lo que hace que la autora considere un total de 113 días. Sin embargo, lo cierto es que la clausura se extendió en realidad del 10 de agosto al 10 de noviembre de 2007, esto es 93 días. Así, respetando esta fórmula, pero corrigiéndola a tenor de la realidad de las fechas, resulta que la indemnización a satisfacer por este concepto de lucro cesante debería alcanzar un total de 7.481,47 € (5.011,74 € correspondientes al periodo comprendido entre el 10 de agosto y el 30 de septiembre y 2.469,73 € para el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 10 de noviembre).

Finalmente, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 141.3 de la LRJPAC, la cuantía anterior deberá ser objeto de actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística y tomando como fecha de inicio de este cálculo la de agosto de 2007.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Carreño y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarla en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CARREÑO.