

Dictamen Núm. 64/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de abril de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 1 de febrero de 2021 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Villaviciosa formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la paralización de eventos con música amplificada en un establecimiento hotelero, así como de la clausura de una edificación auxiliar del mismo entre el 4 de noviembre de 2016 y el 18 de diciembre de 2018.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 10 de diciembre de 2019 un abogado, en nombre y representación de las interesadas, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Villaviciosa.

Señalan que la misma “trae causa de la solicitud de licencia de legalización de la edificación auxiliar (...), que supuso la clausura injustificada

de la actividad de la edificación principal sin fundamentación jurídica, así como la constante obstaculización en la tramitación y obtención de la licencia de actividad a pesar de cumplir con todas las exigencias legalmente establecidas y contar con informes favorables de los técnicos municipales y autonómicos”.

Refieren que el “hotel (...) está abierto al público desde el 26 de junio de 2001, fecha en la que (...) obtuvo del Ayuntamiento de Villaviciosa licencia de actividad”, precisando que “la actividad de la edificación principal incluye la celebración de bodas y eventos, amparada por la licencia de actividad, y desde entonces se han celebrado bodas sin que haya existido problema alguno”, habiendo entendido las reclamantes que “la licencia otorgada en 2001 amparaba también la celebración de bodas en una edificación auxiliar construida en el año 2006 y preparada expresamente para celebración de eventos, habiendo ejercido esta actividad sin ningún problema desde el año 2010. Sin embargo, sin notificación ni expediente de ninguna clase, el Ayuntamiento cambió su criterio tras la denuncia de un vecino colindante”.

Indican que “con la voluntad de cumplir con las exigencias del Consistorio” se presentó el 12 de abril de 2016 “una solicitud con el objeto de ampliar a la instalación auxiliar la licencia de actividad concedida en el año 2001 y, a tal efecto, acompañó una memoria técnica (...). Como se puede apreciar sin dificultad, el proyecto es una mera legalización de una actividad, sin que sea necesario efectuar obra alguna dentro del inmueble”.

Reseñan que el 18 de mayo de 2016 el Arquitecto Técnico Municipal del Ayuntamiento de Villaviciosa emite un “informe previo favorable” a la solicitud formulada, si bien considera necesario, para completar el expediente, la presentación de “tres ejemplares del proyecto (...) y memoria técnica” y el “cumplimiento de los requisitos legales y condiciones técnicas de seguridad, accesibilidad, aislamiento acústico, protección contra incendios e higiene necesarios para garantizar la seguridad y protección de las personas y bienes, y en particular del público asistente, así como para evitar molestias a terceros y efectos negativos para el entorno, incluyendo Plan de Emergencia y

Evacuación firmado por técnico competente y visado por el colegio correspondiente”.

Mencionan que “con fecha 8 de junio de 2016” se les notifica el referido informe, y subrayan que “todas y cada una de las condiciones técnicas de seguridad venían reflejadas en el proyecto que se entregó el 12 de abril de 2016”, añadiendo que el “18 de agosto se procede a cumplir el requerimiento de entregar la documentación por triplicado (...), aportándose (...) documentación complementaria consistente en expediente de legalización visado, certificado de los arquitectos redactores del proyecto de cumplimiento de toda la normativa relativa a los edificios con uso al que se destinan”.

Señalan que el día 23 de septiembre de 2016 el Arquitecto Técnico Municipal considera que “la solicitud cumple con las Normas Urbanísticas aplicables, reproduciendo la conclusión alcanzada en el informe” anterior, y concluye que “se informa favorablemente el expediente de legalización de edificación auxiliar (...). La edificación descrita en el expediente de legalización presentado debe ser legalizada y procede declararla expresamente fuera de ordenación, con sujeción a las limitaciones legales que esta situación conlleva ya que incumple el artículo 508 relativo a la pendiente de la cubierta”. Ponen de relieve las reclamantes que “a pesar de cumplir una norma estética de las Normas Subsidiarias, la relativa a la pendiente de la cubierta, el informe era favorable, toda vez que para nada interfería para el desarrollo de la actividad la citada pendiente de cubierta”, y que la Alcaldía hizo después uso de este extremo “para justificar el no otorgamiento de la licencia de actividad”.

Manifiestan que “a partir de este momento comienza la actuación del Ayuntamiento de Villaviciosa que genera el daño antijurídico (...) y que fundamenta la presente reclamación”.

Citan al efecto -y documentan- un correo electrónico de 22 de julio de 2016 que el Alcalde de Villaviciosa remite a la Jefatura de la Policía Local, así como la respuesta dada ese mismo día al Alcalde por el Intendente Jefe de la Policía Local, y razonan que a través de estos correos el Ayuntamiento “trata de clausurar por (la) vía de hecho las actividades desarrolladas en el hotel (...)

a través de la Policía Local”, encontrándose con que “el Intendente Jefe se negó al no ser la autoridad competente para intervenir en el desarrollo de la actividad y por no contar con amparo legal para adoptar una medida cautelar para clausurar la actividad”.

Puntualizan que “el Consistorio ralentiza el expediente de tramitación de la licencia, que (...) en agosto de 2016 se encontraba ya en disposición de ser elevado al Principado de Asturias para informe definitivo./ Por el contrario, se procede con fecha 5 de octubre de 2016 a incoar expediente de paralización temporal de la actividad en tanto se tramitaba la licencia municipal de actividad, incoándose simultáneamente expediente sancionador por la actividad desarrollada sin licencia y (...) expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística por construcción sin licencia de edificación auxiliar para celebraciones, pese a conocer sobradamente el Ayuntamiento que estaba caducada la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística al haberse edificado hacía más de cuatro años./ Este expediente concluye en plazo récord mediante la Resolución de 04-11-2016, que (...) ordena la clausura de toda actividad en la edificación auxiliar (...), así como la paralización de la celebración de bodas y eventos con música amplificada en la edificación principal en tanto se tramita y obtiene la preceptiva licencia de actividad conforme al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (...), si así resulta de la tramitación del expediente”.

Reseñan que “desde la Resolución de 4 de noviembre de 2016 hasta el día 18 de diciembre de 2018 (...), en que se notificó el acuerdo de otorgamiento de la licencia de actividad, la celebración de bodas y eventos con música ha estado clausurada (...) sin fundamento legal alguno”, y que el Ayuntamiento “ha obstaculizado de un modo infundado la concesión de la licencia, imponiendo trámites absurdos y exigiendo documentación ya aportada, motivo por el cual la actividad ha estado suspendida durante más de dos años”.

Argumentan que “emitidos dos informes técnicos favorables a la legalización de la actividad nada impedía publicar el expediente a información

pública y continuar con el procedimiento elevando el expediente al órgano competente del Principado de Asturias. Sin embargo, la Secretaria del Ayuntamiento no solo no impulsa el procedimiento sino que realizó un insólito y extravagante requerimiento” de la historia registral de la finca, que “no es un trámite establecido” en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas “para la concesión de la licencia de actividad”. Como expresión de “otro claro indicio de la mala fe y del malicioso retardo”, exponen que “transcurridos más de tres meses desde el requerimiento de la historia registral, el 27 de febrero de 2017”, la Secretaria General emite un informe jurídico en el que indica que “se ha de otorgar la licencia de actividad con anterioridad a la realización de las obras en la cubierta para la adaptación a la normativa urbanística aplicable. Sin embargo, introduce la paradoja de que al estar fuera de ordenación no se podrían ejecutar obras de modernización en la edificación auxiliar. Se hace constar que en ningún momento se pretende realizar obras, sino obtener la licencia de actividad para desarrollar eventos en esa construcción ya edificada años atrás./ Este informe allana el camino para fundamentar en el momento oportuno la desestimación de la licencia basándose en la situación de fuera de ordenación. Este razonamiento es erróneo, ya que la situación de fuera de ordenación de una edificación no se traduce automáticamente en la imposibilidad de desempeñar actividad alguna en esta, en tanto que la desestimación de la licencia sería contraria a los principios económicos básicos que configuran nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina jurisprudencial es clara al indicar que la situación de fuera de ordenación no es, *per se*, motivo suficiente para desestimar una licencia de actividad”.

Añaden que “3 meses después (...) la Vicesecretaria del Consistorio” emite informe jurídico en el que señala que la edificación auxiliar y su actividad, reunión y recreo, es compatible con la licencia de ocupación y actividad para uso hotelero de 20 de junio de 2001./ Por su parte, la edificación está fuera de ordenación, aunque si se adapta la cubierta a la normativa supondría su legalización. Es decir, son cuestiones distintas y

compatibles el hecho de que una edificación auxiliar esté fuera de ordenación y la posibilidad de que se otorgue licencia de actividad a esta instalación”.

En las condiciones reseñadas, “el 31 de mayo de 2017, transcurrido más de un año sin haber iniciado la tramitación” del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas “desde que se presentó la solicitud de la ampliación de la licencia de actividad, la Alcaldía remite comunicación en la que se requiere la adaptación a la normativa urbanística para poder iniciar la actividad clasificada”. No sería “hasta el 5 de junio de 2017, transcurrido un año desde la emisión del informe del Arquitecto Técnico del municipio de 18 de mayo de 2016, cuando el Alcalde abre periodo de información pública (...). Es decir, se inicia con más de un año de retraso la tramitación establecida” en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

Sometido el expediente a calificación de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, es informado favorablemente el día 30 de enero de 2018. Tras la recepción de este informe, “y a la vista de la inactividad del Ayuntamiento para proceder a la correspondiente inspección y otorgamiento de licencia de actividad”, se presentó “denuncia por mora el día 2 de abril de 2018 de conformidad con el artículo 33” del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas “en la medida que el Ayuntamiento era plenamente conocedor de que se cumplían todos los requisitos legales para el ejercicio de la actividad. Tal y como indica el artículo 33.2” del referido Reglamento, “la falta de contestación a la solicitud en los plazos establecidos desde la recepción de la calificación de la Consejería supondría el otorgamiento por silencio de licencia de actividad”. No obstante, “un día antes de que finalizase el plazo para que tuviera efecto el instituto del silencio administrativo, el Alcalde, mediante Resolución (...) de 14 de mayo de 2018 (...), resolvió la desestimación de la mora con fundamento en el informe desfavorable emitido por el Arquitecto Municipal (...) el 21 de abril (...). En dicho informe (se) arguye que no consta acreditada la aplicación de las medidas correctoras, la verificación acústica, ni

los instrumentos de medición y las medidas indicadas por los técnicos municipales” cuando “todas las medidas correctoras están cumplimentadas y consta en el expediente el informe de verificación acústica”. Se remiten al efecto a “la medición de aislamiento acústico y el informe de ensayos que constan en el expediente, fechados el día 15 de marzo de 2016 y 20 de octubre de 2011, respectivamente”.

El 19 de junio de 2018, se presenta “recurso de reposición frente a la resolución desestimatoria de la Alcaldía indicando que la edificación cumple con todas las medidas correctoras y que constan en el expediente los informes de verificación acústica, solicitando el otorgamiento de licencia de actividad en 15 días y girar visita de inspección”. Tras ello, “el 17 de julio de 2018 el Técnico Municipal (...) realizó inspección de la edificación auxiliar./ Pasados dos meses desde que tuviera lugar la inspección (...) y basándose en el informe (...) realizado el 7 de agosto, el Alcalde deniega la licencia de actividad en la edificación auxiliar en tanto que las obras de modernización en la edificación no son permitidas en edificaciones fuera de ordenación (...). Ante lo absurdo y contrario a derecho que se antoja esta resolución”, puntualizan que “el criterio para denegar la licencia ha variado desde la resolución denegatoria de la mora (...). Sorprendentemente, una vez impugnada la denegación de la mora (...) desde el Consistorio deciden fundar la denegación en la situación de fuera de ordenación de la edificación (...). En segundo lugar, estamos ante una legalización del uso de la edificación, es decir, de una licencia de actividad, en ningún caso ante una licencia de obra”.

Añaden que “frente a dicha resolución se presentó escrito de alegaciones el 5 de octubre (...) en el que se justifica documentalmente la instalación de las luces de emergencia y (...) de una placa identificativa que indica el número máximo de personas que puede contener la edificación auxiliar (...). El 31 de octubre de 2018 se giró inspección técnica (...) para verificar las circunstancias expuestas en el escrito de alegación”, y se notificó el informe del técnico “que manifiesta el cumplimiento de las medidas correctoras exigidas, sin informar favorablemente sobre la licencia (...). Una

vez más el Ayuntamiento sigue exigiendo trámites que se cumplieran desde un principio”, a lo que se une que “el informe del Arquitecto Municipal no informa la concesión de la licencia, por lo que da pie a que este expediente se prolongue *sine die*”.

Finalmente “el 21 de diciembre de 2018 se notificó el otorgamiento de la licencia de actividad, habiendo transcurrido más de dos años desde que por Resolución de 4 de noviembre de 2016 el Ayuntamiento de Villaviciosa suspendiera injustificadamente la licencia de actividad de la edificación principal”.

Cuantifican provisionalmente, y a la espera de la elaboración del correspondiente informe pericial, la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Villaviciosa en cuatrocientos mil euros (400.000,00 €), que desglosan en los siguientes conceptos: lucro cesante (rentas de alquiler que se han dejado de percibir), 250.000,00 €, y daño emergente (demanda de conciliación por los perjuicios sufridos como consecuencia de un incumplimiento contractual), 150.000,00 €.

Adjuntan copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Poder notarial acreditativo de la representación que ostenta el abogado actuante. b) Informe del Arquitecto Técnico Municipal, de 18 de mayo de 2016, favorable a la ampliación de la licencia de actividad a la instalación auxiliar, en el que se recoge que “previamente al inicio de la actividad debe:/ Concluir trámite de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas abierto por esta actividad./ Aportar certificado de cumplimiento de cada una de las medidas correctoras que imponga el Servicio de Calificación de la Consejería del Principado de Asturias./ Obtener informe favorable en la visita de inspección y comprobación de la instalación concluida”. c) Informe jurídico emitido por la Secretaria General del Ayuntamiento de Villaviciosa el 27 de febrero de 2017. d) Informe de la Vicesecretaria del Ayuntamiento de Villaviciosa de 29 de mayo de 2017. e) Documento de medición de aislamiento acústico e informe de ensayos de 15 de marzo de 2016 y 20 de octubre de 2011, respectivamente. f) Recurso de reposición interpuesto el 19 de junio de 2018.

2. Mediante escrito de 13 de enero de 2020, la Vicesecretaria-Interventora del Ayuntamiento de Villaviciosa requiere a las reclamantes para que consignen la “dirección a efectos de notificaciones”.

Con fecha 6 de febrero de 2020 el letrado atiende al requerimiento efectuado.

3. Mediante oficio de 7 de febrero de 2020, la Vicesecretaria-Interventora del Ayuntamiento de Villaviciosa comunica a las interesadas la fecha de recepción de su reclamación, el plazo máximo de resolución del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

4. El día 14 de julio de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda requerir a las interesadas para que aporten “al expediente ‘dictamen pericial’ propuesto y cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho”, así como “una valoración económica y acreditación de los daños”.

En el mismo acuerdo se reseña que, “visto que todo el expediente administrativo objeto del expediente de responsabilidad patrimonial, solicitud de licencia de legalización de edificación auxiliar y el devenir del mismo ha sido objeto de análisis por la jurisdicción contencioso-administrativa y jurisdicción penal, no se considera necesario incorporar informes de otros servicios municipales”.

Se adjunta al expediente la siguiente documentación: “Resolución de la Alcaldía (...) de fecha 03-11-2016 (...). Recurso contencioso-administrativo presentado (...) contra la Resolución de la Alcaldía (...) solicitando igualmente la suspensión de la resolución impugnada, presentado con fecha 28 de diciembre de 2016 (...). Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 31 de enero de 2017 (...), por el que decide: desestimar la suspensión de la resolución recurrida en las presentes actuaciones, sin costas (...). Recurso de apelación presentado (...) frente al Auto de 31 de enero de

2017 (...). Escrito de desistimiento del recurso de apelación presentado (...) frente al Auto de 31 de enero de 2017 (...). Escrito de desistimiento del recurso contencioso-administrativo presentado (...) contra la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Villaviciosa (...) de fecha 03-11-2016 (...) y Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de fecha 21 de abril de 2017 (...). Recurso contencioso-administrativo presentado (...) contra la desestimación presunta de la solicitud de ampliación de actividad de 12-04-2016 (...), solicitando igualmente que se acuerde medida cautelar positiva consistente en concesión provisional de ampliación de actividad solicitada (...). Resolución de la Alcaldía (...) de fecha 14-05-2018 desestimando la denuncia de la mora (...). Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de fecha 8 de mayo de 2018, de la pieza separada de la medida cautelar: concesión provisional de ampliación de actividad solicitada (...). Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de fecha 21 de febrero de 2019 (...). Resolución de la Alcaldía (...) de fecha 04-12-2018 (...). Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa N.º 1 (...) de fecha 3 de abril de 2019 (...). Auto (...) de la Audiencia Provincial Sección Octava de Gijón, que resuelve el recurso de apelación (...) frente al Auto”.

5. El día 18 de agosto de 2020, el representante de las reclamantes presenta un escrito en el que solicita “la ampliación del plazo otorgado en su mitad a fin de aportar el dictamen pericial”.

6. Con fecha 27 de agosto de 2020, la Instructora del procedimiento acuerda la ampliación del plazo solicitada, incorporándose al expediente la notificación de este acuerdo.

Transcurrido el plazo conferido al efecto, no consta que se haya presentado el referido informe pericial.

7. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a las interesadas el 16 de octubre de 2020, no consta su comparecencia en este trámite.

8. El día 4 de noviembre de 2020, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella niega “la efectividad del daño”, toda vez que el reclamado no se acredita, “pues solo se ha aportado (...) copia de la demanda de conciliación presentada (...) y las cédulas de citación para este acto”.

En cuanto a la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante, no se da por acreditada “la certeza del mismo”.

Afirma que no ha habido una “clausura de la edificación principal sin fundamentación jurídica”, y para ello se remite al Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 30 de enero de 2017, en el que se señala que “en la resolución de otorgamiento de dicha licencia se acuerda conceder (...) `licencia de apertura de hotel de turismo rural (...) ya que cumple con las medidas de seguridad y antiincendios contempladas en el proyecto técnico en su día y con la normativa vigente aplicable a la actividad que se pretende desarrollar´ (...). En la resolución de concesión de licencia de 26-06-2001 no se consigna que la licencia concedida incluya música amplificada, a lo que ha de añadirse que la propia actora en la alegación tercera del escrito de 25-10-16 presentado ante el Ayuntamiento de Villaviciosa señala que `están en marcha (...) los expedientes de legalización y obtención de licencia de las actividades desarrolladas tanto en la edificación principal como en la auxiliar (...)´. Y en el escrito presentado en dicho Ayuntamiento el 7-12-16 (...) se dice: `(...) Como sabe el Consistorio, se han instado por mi mandante sendos procedimientos de obtención de licencia para poder celebrar bodas con música amplificada tanto en la edificación principal como en el anexo (...)´. Por eso debemos concluir de forma provisional, insistimos, que la licencia de que dispone la recurrente no incluye la celebración de bodas y eventos con música amplificada”.

En cuanto a la invocada “obstaculización en la tramitación y obtención de la licencia de actividad”, se reproduce “el razonamiento jurídico” del Auto de la Audiencia Provincial de Gijón que resuelve el recurso de apelación, en el que se razona que “no es admisible hablar de la existencia de un único procedimiento o expediente de naturaleza administrativa tendente a la ampliación de la licencia autorizando la celebración de bodas y otros eventos con música amplificada como se nos dice en la querrela formulada sino que, por el contrario, la abundante prueba documental obrante en los autos acredita que, en relación con la edificación auxiliar para la que se solicitaba dicha licencia, han sido dos expedientes de aquella naturaleza tramitados por el Ayuntamiento de Villaviciosa (...), de manera que tal circunstancia es evidente tuvo una decisiva importancia y trascendencia a la hora de cumplimentar los plazos y términos a que alude (la) querellante para el dictado de la resolución procedente. Además no es posible tampoco obviar los diferentes recursos interpuestos por la querellante en vía administrativa y ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón frente a determinadas resoluciones en dichos expedientes, cuyas pretensiones fueron expresamente rechazadas (...), lo que supuso en realidad un alargamiento de la tramitación de los procedimientos administrativos seguidos, a lo que ha de añadirse también, por su clara incidencia, la propia renuncia y tardanza de la querellante a la hora de dar cumplimiento a las exigencias de adoptar determinadas medidas correctoras como condición o requisito para la concesión de la licencia”.

Rechaza, también por remisión a decisiones judiciales previas, que el retraso en la concesión de las necesarias licencias se hubiese producido “a pesar de cumplir todas las exigencias legalmente establecidas y contar con informes favorables de los técnicos municipales y autonómicos”, pues el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 8 de mayo de 2017 recoge que “se alegan por el actor los informes favorables emitidos por el Arquitecto Técnico Municipal de 18-5-16 y 23-9-16. Pero ambos tienen un contenido urbanístico, y así en la parte final de los mismos se consigna que

previamente al inicio de la actividad se debe concluir el trámite de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas abierto por esta actividad, aportar certificado del cumplimiento de las medidas que imponga el Servicio de Calificación de la Consejería del Principado de Asturias y obtener informe favorable de la visita de inspección y comprobación. Y es la Administración quien, en defensa del interés público, ha de comprobar que la actividad para la que se solicita licencia se realiza con las debidas condiciones". Y también en el Auto de la Audiencia Provincial de Gijón se indica que "los diferentes informes al respecto emitidos -singularmente los elaborados por el Arquitecto Técnico Municipal (...) en fechas 18 de mayo de 2016 y 23 de septiembre de 2016-, cuyas conclusiones o consideraciones se exponen en la querrela como apoyo de la pretensión punitiva ejercida de manera parcial y fragmentariamente, destacando exclusivamente lo que resulta beneficioso para las tesis acusatorias- se califican como informes favorables a la concesión de la licencia obviando exponer los demás requisitos y condicionantes exigidos por el técnico autor de los informes para la concesión de la licencia".

Se añade que el citado Auto de la Audiencia Provincial de Gijón señala que "no cabe admitir que el tiempo invertido para la comprobación de los hechos, trámites a cumplimentar, informes preceptivos a evacuar y necesidad de dar traslado al órgano competente de la Administración autonómica para adoptar la decisión concediendo la licencia habilitante, teniendo en consideración las circunstancias singulares concurrentes (...), sea producto de una interpretación arbitraria de la normativa legal y reglamentaria aplicable al caso, sino que, por el contrario, aquel lapso temporal puede ser considerado como razonable, pues razonable es el tiempo insumido por el procedimiento tramitado de forma paralela y en coincidencia cronológica y temporal con otros dos referidos a una misma edificación cuando no se ha frustrado la finalidad de los mismos y no se han derivado daños para los intereses legítimos de carácter irreparable".

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de febrero de 2021, 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 Villaviciosa objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo a través de la Oficina de Registro Virtual.

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 Villaviciosa, 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), están las interesadas activamente legitimadas para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 10 de diciembre de 2019, y en ella se solicita una indemnización por los perjuicios sufridos por una mercantil como consecuencia de una resolución dictada el 4 de noviembre de 2016 que supuso, por un lado, la paralización de la celebración de bodas y eventos con música amplificada en la edificación principal de hotel y, de otro, la clausura de toda actividad en una edificación auxiliar. Esta situación se mantendría hasta el día 18 de diciembre de 2018, fecha en la que se notifica a la mercantil reclamante la Resolución por la que se le concede licencia para el ejercicio de la actividad. En ese momento cesan los efectos lesivos, por lo que se estima que la reclamación deducida el 10 de diciembre de 2019 se presenta 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.

Con respecto al preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento habría causado los daños reclamados, la Instructora del procedimiento prescinde de recabar un informe específico aduciendo que el asunto “ha sido objeto de análisis por la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción penal”, e incorpora al expediente las decisiones judiciales recaídas en las que se juzga la misma actuación del Consistorio a la que aquí se anuda el daño. Trasladado a las reclamantes el acuerdo de la Instructora del procedimiento,

no formulan objeción alguna al respecto ni en ese momento ni el posterior trámite de audiencia. Si unimos a lo anterior que en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración se transcriben las decisiones judiciales en las que se ventila el ajuste a derecho de la actuación municipal, ha de concluirse que es innecesaria, por razones de economía procesal, una retroacción del procedimiento para la incorporación del informe omitido, que se fundamentaría de nuevo por remisión a las sentencias y autos ya conocidos.

Finalmente, 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 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.

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”.

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 LRRL), 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; requisitos cuya exigencia constituye “doctrina jurisprudencial reiteradísima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SIXTA.- Es objeto de análisis un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que las reclamantes -una mercantil a la que en el año 2001

le había sido concedida una licencia de apertura para un hotel de turismo rural, y más tarde había construido sin licencia una edificación auxiliar “preparada para la celebración de eventos”, y su Administradora solidaria solicitan ser indemnizadas por los perjuicios causados a raíz de la Resolución de la Alcaldía de 3 de noviembre de 2016 por la que se ordena “la clausura de toda actividad en la edificación auxiliar (...), además de la paralización (de) la celebración de bodas y eventos con música amplificada (...) en tanto se tramita y obtiene la preceptiva licencia municipal de actividad conforme” al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, “si así resulta de la tramitación del expediente”.

Teniendo en cuenta que la suspensión de la actividad se extiende hasta el 18 de diciembre de 2018, día en que se notifica la licencia para el ejercicio de la actividad en la edificación destinada a celebraciones y eventos, queda de manifiesto que la imposibilidad de explotar la instalación a esos fines resulta en abstracto idónea para ocasionar un detrimento económico.

Ahora bien, el primero de los requisitos de la responsabilidad patrimonial consiste en la “efectiva realización de una lesión o daño”, lo que impone que se acredite por las reclamantes la efectividad de los perjuicios cuyo resarcimiento se impetra, que no alcanzan a presumirse cuando nada se documenta al respecto, pues no se ejercía directamente la actividad objeto de clausura y lo que se deduce de su relato es que estuvo explotando durante años una actividad económica para la que carecía de licencia. En efecto, tal como se razona en la propuesta de resolución, se reclama aquí un lucro cesante consistente en haber “dejado de percibir 25 rentas de alquiler valoradas en 10.000,00 € al mes”, pero nada se acompaña para justificar esa realidad -ni el supuesto contrato ni la declaración de los ingresos-, y se pretende por otro lado un “daño emergente” para el que se aporta escuetamente la copia de una “demanda de conciliación” por los perjuicios sufridos como consecuencia de un incumplimiento contractual cuya suerte se desconoce. En este contexto, las interesadas anuncian la presentación de un informe pericial de valoración del daño que finalmente tampoco incorporan. En

definitiva, prescinden del mínimo soporte probatorio de las pérdidas sufridas o las ganancias dejadas de obtener mientras conservan el uso del hotel rural para la actividad amparada por la licencia originaria y la disposición de una edificación auxiliar levantada sin licencia; circunstancias estas en las que no puede estimarse probada la efectividad del daño que se reclama.

Sin perjuicio de lo anterior, es patente que no cabe esgrimir un perjuicio producido desde el momento en que se ordena el cese de una actividad que, por no estar autorizada, nunca se debió ejercer. Aunque la legalización se interese con anterioridad a la orden de clausura, esta no es sino la consecuencia inmediata y directa de su ejercicio al margen de la legalidad, sin que los infractores puedan hacer valer una expectativa de que el expediente de cierre se posponga al de legalización, de modo que la actividad ejercida sin licencia quede amparada *de facto* hasta que se regularice su situación. Es notorio -singularmente cuando se trata de actividades clasificadas susceptibles de perjudicar a terceros a los que asiste la garantía de un procedimiento para su autorización- que nadie puede beneficiarse de su ejercicio sin la previa obtención de la licencia a través del procedimiento establecido, de lo que deriva que procede la inmediata paralización de las explotadas al margen de la legalidad sin que pueda deducirse un perjuicio del hecho de su cese material, pues con este solo se restaura -y ya tardíamente- la legalidad que debió presidir la actuación de los interesados en todo momento.

Por tanto, de objetivarse algún daño efectivo podría reclamarse aquí por el derivado de la demora en la concesión de las licencias de legalización solicitadas, pero no por la "clausura de la edificación principal sin fundamentación jurídica". Esa orden de clausura fue precisamente confirmada, a raíz de la impugnación de las perjudicadas, por el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Gijón de 30 de enero de 2017, pues la licencia originaria ("de apertura de hotel de turismo rural") no ampara "música amplificada", estando en curso expedientes de legalización de "las actividades desarrolladas tanto en la edificación principal como en la auxiliar" promovidos por las reclamantes, lo que pone de manifiesto que cuando se ordena el cese

“la licencia de que dispone la recurrente no incluye la celebración de bodas y eventos con música amplificada”. Firme este pronunciamiento judicial, ningún daño puede imputarse a la actuación administrativa, que se limitó al pertinente cierre de una actividad ejercida sin título.

Por lo que afecta a la invocada “obstaculización” en la tramitación de las licencias “a pesar de cumplir con todas las exigencias legalmente establecidas y contar con informes favorables de los técnicos”, las resoluciones judiciales recaídas evidencian que no medió actuación obstativa de los responsables, pues ni los reclamantes cumplían con todos los requerimientos legales ni contaban con informes técnicos favorables. Singularmente, el Auto de la Audiencia Provincial que desestima el recurso de apelación interpuesto frente al archivo de la causa penal se detiene en esos supuestos informes favorables (con reseña de los elaborados por el Arquitecto Técnico Municipal), y pone de relieve que sus consideraciones se transcriben “de manera parcial y fragmentariamente”, calificándose interesadamente como favorables y “obviando exponer los demás requisitos y condicionantes exigidos por el técnico autor de los informes para la concesión de la licencia”. En efecto, tal como se aprecia también en las decisiones contencioso-administrativas, esos informes consignan expresamente que la autorización de la actividad se somete a la previa conclusión del trámite de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas abierto, a la aportación del certificado del cumplimiento de las medidas que imponga el Servicio de Calificación de la Consejería del Principado de Asturias y el posterior informe favorable de la visita de inspección y comprobación.

La denuncia quedaría así reducida a una supuesta dilación indebida -por omisión- en el otorgamiento de los títulos que legalizan la actividad. Al respecto, como ya hemos manifestado en anteriores ocasiones (entre otros, Dictámenes Núm. 187/2011 y 282/2013), la Administración puede responder tanto por acción como por omisión, pero en este último caso -que comprende la pasividad- la responsabilidad patrimonial solo surge si se acredita que la Administración tenía el deber jurídico de actuar y que tal deber ha sido

incumplido dando lugar a una situación de anormalidad en el funcionamiento del servicio administrativo.

A propósito de la responsabilidad por la demora en la concesión de licencias, el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece que da "lugar en todo caso a derecho de indemnización" la "anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento" -apartado d)-. Así pues, no toda demora en el otorgamiento de una licencia da derecho a compensación, sino solo aquellas dilaciones que aparezcan como injustificadas, como incardinables en un funcionamiento anormal del servicio público. La jurisprudencia viene razonando (por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de julio de 2019 -ECLI:ES:TSJM:2019:6203- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) que "el simple transcurso del plazo legalmente establecido para la resolución y notificación administrativa no es suficiente para el surgimiento de la responsabilidad administrativa. Solo nos encontraremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, aquí Administración urbanística, cuando la demora sea 'injustificada', como se encarga de matizar el citado artículo 35.d) TRLS de 2008" Así, la referida sentencia estima la responsabilidad por una demora que trata de justificarse en la "protesta y presión vecinal", y razona que "el retraso en la concesión de la licencia urbanística no tendrá consecuencias, por ejemplo, en aquellos casos en que el plazo legal para el dictado de la resolución sea suspendido para la realización de distintos trámites o para la subsanación de defectos de la propia solicitud (artículo 42.5 de la Ley 30/1992), o cuando sea causa de la actuación del propio administrado (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011). También se ha considerado justificado el retraso en aquellos supuestos en que la demora es consecuencia de una dificultad objetiva de la aplicación de la normativa urbanística"; supuesto este último analizado, entre otras, en la Sentencia del

Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:3654- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a).

En el caso examinado no puede desconocerse que el vicio que determina la necesidad de la legalización -imputable únicamente a las reclamantes- es el ejercicio ilícito o desordenado de la actividad, al margen tanto de la autorización urbanística como de la referida a la actividad. Esta doble carencia aboca a una situación compleja -vencido el plazo para la restauración de la legalidad urbanística, que sitúa a una edificación fuera de ordenación- que las interesadas soslayan pretendiendo abusivamente que el Ayuntamiento obvie de plano las irregularidades por ellas cometidas, lo que no puede asumirse. En el contexto de anormalidad generado por las propias interesadas, merece recordarse que pesa sobre la Administración municipal, como garante de la legalidad y del interés público, el deber de asegurarse de que la actividad para la que se solicita legalización cumple con todas las exigencias legales, a cuyo fin se revelan adecuadas las cautelas adoptadas por el Ayuntamiento a lo largo de la tramitación de las licencias. En esa situación, tal como se razona en el reiterado Auto de la Audiencia Provincial que desestima el recurso de apelación interpuesto frente al archivo de la causa penal, “no cabe admitir que el tiempo invertido para la comprobación de los hechos, trámites a cumplimentar, informes preceptivos a evacuar y necesidad de dar traslado al órgano competente de la Administración autonómica para adoptar la decisión concediendo la licencia habilitante (...) sea producto de una interpretación arbitraria de la normativa legal y reglamentaria aplicable al caso, sino que, por el contrario, aquel lapso temporal puede ser considerado como razonable, pues razonable es el tiempo insumido por el procedimiento tramitado de forma paralela y en coincidencia cronológica y temporal con otros dos referidos a una misma edificación cuando no se ha frustrado la finalidad de los mismos”. Cabe añadir que no es de recibo que se denuncien las dilaciones u omisiones de otros por quien se ha beneficiado de su falta de diligencia y pasividad -explotando durante años una actividad no autorizada y aprovechándose de la prescripción del plazo para la restauración de la

legalidad urbanística- y demanda ahora una premura opuesta en los expedientes que le interesan.

En definitiva, no se acredita en lo actuado un daño efectivo, ni podría reputarse antijurídico el derivado de una orden de suspensión confirmada por los Tribunales, y tampoco se aprecia una demora injustificada en la concesión de las licencias.

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA.