

En Logroño, el 17 de septiembre de 2024, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido, en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de las Consejeras D.^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, y D.^a M.^a Belén Revilla Grande; así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D.^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

49/24

Correspondiente a la consulta formulada por el titular de la Consejería de Hacienda, Gobernanza Pública, Sociedad Digital y Portavocía del Gobierno, en relación con el procedimiento administrativo de *Reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la Mercantil Fuertes Ortiz SL*.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Primero

Mediante escrito fechado el 22 de febrero de 2024, dirigido a la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, con entrada en el Registro Electrónico General del Gobierno de España con igual fecha, la mercantil *FUERTES ORTIZ, S.L.* formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal escrito, la reclamante relataba los siguientes extremos:

- 1.- En fecha 12 de diciembre de 2018 la Dirección General de Tributos, dependiente de la Consejería de Hacienda del Gobierno de La Rioja, denegó la concesión de autorización de funcionamiento y explotación de salón de juego petitionada por FUERTES ORTIZ, referida al local sito en la calle Huesca de Logroño.*
- 2. Esta negativa de la Administración se fundamentó en una segunda medición realizada por los técnicos del Gobierno de La Rioja que determinó que, supuestamente, el salón de juego explotado por FUERTES ORTIZ no cumplía con la exigencia de encontrarse a una distancia igual o superior a 200 metros del centro escolar más cercano. La previa medición realizada en el seno del expediente administrativo (primera medición) arrojó que en efecto el salón cumplía con la distancia mínima al centro escolar más cercano.*
- 3.- No obstante, y como quedó acreditado posteriormente, en el seno del procedimiento judicial incoado a instancias de FUERTE ORTIZ, S.L., el salón de juego sí que cumplía con los 200 metros de distancia con el centro escolar más cercano. De hecho, se insiste, tal como consta en el expediente*

administrativo, la propia Administración así lo había determinado de manera primigenia, habiéndose realizado una primera medición comunicada a esta parte mediante resolución de fecha 17 de septiembre de 2019.

“(..) se ha examinado la distancia existente por el centro del eje peatonal de las aceras -más restrictivo- y el de los pasos señalados por la ordenanza municipal hasta alcanzar el lado más próximo de la fachada principal del CEIP Vélez de Guevara, a través del geovisor de Infraestructura de Datos Especiales del Gobierno de La Rioja (IDE-Rioja), comprobando que supera los 200 metros que establece el artículo 12.5 de la Ley 5/1999, de 13 de abril, reguladora del Juego y Apuestas.

...

5.- Pese a lo anterior y como se adelanta en el punto 2 del presente escrito, la Administración denegó la autorización solicitada por Fuertes Ortiz, S.L. basándose en una segunda medición, respecto de la que se desconoce la necesidad y el origen que ni tan siquiera consta rubricada en el expediente administrativo.

6.- Contra la resolución denegatoria de 12 de diciembre de 2019, FUERTES ORTIZ, S.L. recurrió en alzada ante el Consejero de Hacienda del Gobierno de La Rioja, que resolvió de nuevo a favor de la Administración, mediante resolución de 18 de febrero de 2020.

7. A la vista de lo anterior, FUERTES ORTIZ, S.L. interpuso recurso contencioso administrativo y posterior demanda de procedimiento ordinario ante el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja instando la nulidad de la resolución de 18 de febrero de 2020.

...

9. En sede de procedimiento ordinario, el Tribunal Superior de Justicia acogió la tesis de la recurrente y declara mediante Sentencia n.º 368/2022 la nulidad de la Resolución de la Consejería de Hacienda del Gobierno de La Rioja de fecha 18 de febrero de 2020 al entender que es contraria al ordenamiento jurídico y que debió concederse la licencia de actividad solicitada por FUERTES ORTIZ, S.L. en tanto la distancia medida de fachada a fachada entre el local sito en la calle Huesca n.º 82 y el CEIP Vélez de Guevara supera los 200 metros.

10. En definitiva, la resolución sirve para poner de manifiesto la ARBITRARIEDAD con la que actuó la Administración que, respecto a un dato objetivo (la distancia entre dos puntos) primer dice que se cumple, y luego que no.

11. Tal y como se indica en el Informe Pericial elaborado por el Economista D. X, la denegación de la autorización del salón de juegos peticionada por FUERTES ORTIZ, S.L. ha provocado a la Sociedad severos daños económicos, en forma de daño emergente, lucro cesante y coste de oportunidad, que ascienden a CIENTO CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS Y OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (151.593,81 euros)

Con sustento en tal relato fáctico y en los argumentos jurídicos expuestos en su escrito de reclamación, *FUERTES ORTIZ, S.L.* interesó, en definitiva, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja una indemnización por el antedicho importe -151.593,81 euros-.

Como medios de prueba, la reclamante propuso la unión del expediente LR-VI-2527, relativo a la solicitud de la autorización denegada por la Consejería, así como la

ratificación del Informe Pericial acompañado, por parte de su autor.

A tal escrito, la reclamante acompañó copia de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja en el procedimiento promovido frente a la Resolución desestimatoria del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución denegatoria de la autorización solicitada; y el informe pericial de valoración de los daños cuya indemnización pretendía, al que, entre otros documentos, se adjuntaban los siguientes: i) Escritura de compraventa otorgada ante el Notario, el día 1 de marzo de 2019, por la que la reclamante adquirió uno de los locales (número seis de la división horizontal), en planta baja del edificio que da frente a las calles Huesca y Rey Pastor, con acceso por esta última, de 63,42 m² construidos de superficie, por un precio de 56.000 euros; ii) Escritura de compraventa otorgada ante igual Notario el día 10 de julio de 2020, por la que la reclamante adquirió otro local comercial en planta baja del citado edificio (Número siete de la división horizontal), en este caso de 138,38 m² construidos, por un precio de 175.000 euros; y, iii) Certificado final de las obras de adecuación del local resultante de la unión de los locales número seis y siete de la división horizontal, adquiridos por la reclamante mediante las escrituras detalladas, expedido por Ingeniero Industrial el día 19 de agosto de 2021, del que resulta que el coste de ejecución de las mismas ascendió a 230.711,98 euros.

Segundo

Mediante escrito de 1 de marzo de 2024, la Secretaría General Técnica de la Consejería consultante comunicó a la reclamante el inicio del oportuno expediente de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 23 de febrero de 2024; el plazo máximo para resolver; y la identidad del instructor designado, en este caso, determinado Inspector de Finanzas adscrito al Servicio de Planificación y Ordenación Jurídica de la propia Secretaría.

Dicho escrito fue recibido por la reclamante el día 5 de marzo de 2024.

Tercero

Tras dicha notificación, constan en el expediente los siguientes informes técnicos, emitidos a solicitud del Instructor.

i) Informe de la Jefa de Gestión Tributaria y Recaudación, de 29 de abril de 2024, por el que expone de forma motivada su parecer al respecto de la reclamación formulada, contrario a su estimación.

ii) Informe del Coordinador de Recaudación de la SGT de la Consejería consultante, en el que realiza concretas consideraciones y observaciones al respecto de la

valoración de los daños que realiza el perito de la reclamante, destacando la improcedencia de solicitar una indemnización por lucro cesante y, simultáneamente, por pérdida de oportunidad.

Cuarto

Por diligencia de ordenación de 21 de mayo de 2024 el instructor admitió toda la prueba documental presentada e interesada en la reclamación; rechazó citar al perito al objeto de que éste ratificara su informe, por considerarlo innecesario, *“con independencia de que, tras la vista del expediente, el propio reclamante pueda aportar en el trámite de alegaciones las observaciones, matizaciones o ampliaciones que solicite a su propio perito”* y dio traslado de la documentación a la que el reclamante no había tenido acceso, confiriéndole un plazo de diez días para formular alegaciones, iniciando así el trámite de audiencia.

Fuertes Ortiz, S.L. formuló alegaciones el 5 de junio de 2024, ratificándose, en síntesis, en todos los extremos señalados en su escrito de reclamación inicial e interesando el dictado de Resolución estimatoria de la misma.

Quinto

Con fecha 19 de junio de 2024, el Sr. Instructor del procedimiento formuló propuesta de resolución, planteando, previa extensa motivación, declarar improcedente la responsabilidad patrimonial de la Administración instada por Fuertes Ortiz, S.L. y denegar la indemnización reclamada.

En tal propuesta, de hecho, se descarta indemnizar a la reclamante las sumas que ésta pretende por concepto de daños emergentes, lucro cesante y coste de oportunidad, por concretos y diversos motivos que se exponen y desarrollan de forma exhaustiva.

A continuación de tal propuesta de Resolución, obra en el expediente informe emitido por la Letrado Mayor de la Dirección General de Servicios Jurídicos, de 18 de julio de 2024, favorable a la propuesta.

Sexto

El transcurso de seis meses, desde el inicio del procedimiento (23 de febrero de 2024) sin que haya recaído resolución expresa puede entenderse como contraria a la indemnización solicitada (artículo 91.3º de la LPACAP [Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas]).

A la fecha de emisión del presente dictamen, dicho plazo ha expirado, sin perjuicio

de lo cual, la Administración no viene vinculada por el sentido desestimatorio por silencio, de suerte que la resolución final del procedimiento puede ser estimatoria, total o parcial, o desestimatoria (art. 24.3 LPACAP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

En el presente caso, se reclama una indemnización superior a 50.000 euros (en concreto, 151.593,81 euros), por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR; y, ii) el art. 81.2 de la LPACAP; preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPACAP, el mismo ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la LPACAP, así como en el art. 34.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

Segundo

Requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 32.1 y 32.2 de la LRJSP), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable

económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración; así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

2. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de seguro a todo riesgo para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa.

3. Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar.

El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente, no ya como el efecto de una sola causa sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados, sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para reducir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar.

Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero.

Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la

verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.

4. Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la Ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la Ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

5. Como consideración adicional, ha de recordarse que, según un principio general (consignado, por ejemplo, en el art. 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), es carga del reclamante la acreditación de la concurrencia de los presupuestos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en nuestro ordenamiento jurídico (por todas, STS, 3ª, de 2 julio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:4119).

6. Dados los términos en los que la mercantil interesada articula su reclamación, y a la vista de la forma en la que calcula el importe de la indemnización pretendida, este Consejo Consultivo considera oportuno analizar el principio de reparación integral del daño, que, en aplicación de la regla jurídica que inspira el art. 1.106 Cc, exige el resarcimiento, tanto del daño emergente (*damnum emergens*), como del lucro cesante (*lucrum cessans*).

Como hemos recordado, entre otros, en el D.42/19, el concepto de lucro cesante (las ganancias que el interesado deja de percibir) encuentra, como envés o límite negativo, la prohibición de indemnizar los denominados “*sueños de ganancia*”.

En efecto, como indica la STS 3ª, de 24 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4815): “... *el deber de reparación debe integrar el llamado daño emergente, integrado por el valor de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del perjudicado; así como el llamado lucro cesante, integrado por la ganancia dejada de percibir. Ahora bien, esas dos modalidades del daño patrimonial en sentido estricto, comportan, de una parte, que han de quedar acreditados de tal forma que tanto unos como otros sean reales o manifiestamente potenciales conforme a las condiciones que generarían esa pretendidas ganancias que no responden, como se viene puntualizando por la jurisprudencia, a un sueño de ganancias, carente de toda conexión lógica con las condiciones del perjudicado, sino a meras expectativas, dudosas o contingentes, que no encuentran fundamento en esas condiciones fácilmente constatables*”.

En particular, las peticiones indemnizatorias en concepto de lucro cesante o ganancias dejadas de obtener, obligan al reclamante a probar la existencia de una relación causal directa entre la actuación administrativa que se reputa dañosa, por una parte, y la falta de obtención de unos u otros beneficios económicos, por otra.

Expuesto en otros términos: el reconocimiento del derecho a una indemnización por lucro cesante exige acreditar que la actuación administrativa ha privado al interesado de obtener unas ganancias que, de no haber sido por esa actuación administrativa, hubiera percibido de modo seguro o altamente probable.

Como recuerda la STS 3ª, de 25 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1621) con cita de muchas otras: *“...la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros sueños de ganancias como se denominaron en la S. de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que, a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente, se produzca un enriquecimiento injusto”*.

Por lo tanto, la prueba del lucro cesante requiere acreditar la *“razonable verosimilitud”* de su producción, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso.

7. Es a la luz de las consideraciones anteriores como habremos de analizar la reclamación formulada por el interesado.

Tercero

Particularidades de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de actos anulados en sede jurisdiccional

Habida cuenta de que la reclamante atribuye a la Administración Autonómica haberle denegado indebidamente la autorización que solicitó para abrir un salón de juego e invoca, como evidencia de ello, la sentencia que obtuvo en el procedimiento promovido ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la que, efectivamente, se anuló aquella resolución denegatoria, resulta conveniente aclarar que el mero hecho de que, en este caso, la Administración dictara una Resolución incurra en un vicio de anulabilidad, no presupone, por sí mismo, el derecho a la indemnización.

Este principio jurídico se infiere inequívocamente del art. 32.1, inciso segundo, LRJSP, conforme al cual:

“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”.

De hecho, para que surja el derecho a la indemnización en estos casos es preciso, en primer lugar, que se cumplan los requisitos generales que, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, establece el precepto citado, a los que antes hemos aludido.

Así ha tenido ocasión de expresarlo la jurisprudencia relativa al art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cuya dicción era idéntica al del precitado art. 32.1 LRJSP, de la que es exponente, entre otras, la STS de 21 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1082), citada por los Servicios Jurídicos en su informe, en la que se razona lo siguiente: *“en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el art. 142.4 LRJPA, su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo”*, señalando a continuación *“no caben ni resultan procedentes interpretaciones maximalistas del citado precepto de uno u otro sentido; esto es, que no procede afirmar que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad”*.

De cuanto acaba de exponerse, se desprende ya una primera conclusión: el solo hecho de que la Resolución denegatoria dictada por la Dirección General de Tributos fuera anulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, no obliga automáticamente a reconocer a la mercantil interesada el derecho a ser indemnizada; sino que, al igual que sucede en cualesquiera otras reclamaciones de responsabilidad patrimonial, es preciso analizar:

-Si la mercantil interesada ha sufrido realmente los daños que afirma.

-Si esos daños están, causalmente, vinculados al actuar de la Administración, en una relación, directa e inmediata y exclusiva, de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

-Si, en la producción del daño, ha intervenido la propia mercantil interesada, pues, en tal caso, la Administración puede quedar parcialmente exonerada de responsabilidad, o incluso totalmente, si es la propia conducta de la mercantil interesada la que ha generado, en exclusiva, el daño.

-Si el acto posteriormente anulado se dictó por la Administración dentro de los límites de la razonabilidad, pues en tal caso el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que, para su patrimonio, se derivaron de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (STS de 19 de junio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2316-, entre otras).

-Si la cuantificación de los daños es correcta, de modo que el perjuicio sufrido sólo puede ser resarcido mediante el reconocimiento y abono al reclamante de la cantidad de dinero (indemnización) que solicita.

Cuarto

Sobre si la Administración Autonómica ha de responder de los daños cuya indemnización se pretende por la reclamante

A. Extremos fácticos que se derivan de la documentación obrante en el expediente.

1. Con fecha 14 de febrero de 2019, la reclamante formuló solicitud de autorización para el funcionamiento y explotación de un salón de en la Calle Huesca núm. 82 B5 de Logroño (folio 254 del expediente), a la que acompañó, entre otra documentación, copia del contrato de arrendamiento concertado con el propietario del local, de fecha 1 de febrero de 2019; y del Proyecto de remodelación de tal local al objeto de servirse del mismo a dicho fin.

2. Mediante escrito de 29 de marzo de 2019, al DG de Tributos requirió a la hoy reclamante, en relación a la solicitud formulada, al objeto de que aportara, en el plazo de tres meses, la licencia de apertura para desarrollar la actividad y certificado emitido por técnico competente, acreditativo de la correspondencia entre el proyecto y la ejecución de las obras que éste contemplaba.

Antes de que expirara dicho plazo, en concreto con fecha 13 de junio de 2019, la reclamante presentó un plano de distancias a centros docentes y un modificado el proyecto de salón de juego (folio 271 y ss. del expediente), del que se desprendía su voluntad de ampliarlo, anexionando al efecto los locales núm. B4 y B5 del inmueble núm. 82 de la calle Huesca.

No consta en la documentación, pero debió formular una consulta previa junto con esa documentación.

De hecho, el día 21 de agosto de 2019, desde el Área administrativa de juego se emitió informe sobre la consulta previa en los siguientes términos:

“en contestación a su escrito acerca de la posibilidad de obtener la correspondiente autorización de funcionamiento de salón de juego y examinada la documentación ... no se desprende ningún reparo. No obstante, en relación con el requisito que establece el artículo 12.5 de la Ley 5/1999, de 13 de abril reguladora del juego y apuestas, le participo que, actualmente se está procediendo a su análisis y tramitación tanto en esta dirección general como en los servicios jurídicos...” (pág. 368 del expediente).

3. El día 2 de octubre de 2019, la hoy reclamante formuló una nueva solicitud de autorización para el funcionamiento y explotación de salones de juego en la Calle Huesca 82, (folio 370 y ss. del expediente).

4. Tras la tramitación y comprobaciones correspondientes se denegó a Fuertes Ortiz, S.L. la autorización solicitada, mediante Resolución de 12 de diciembre de 2019 del Director General de Tributos (folio 386 y ss. del expediente). La razón de la denegación fue el incumplimiento de distancias a centro docente y de otros requisitos esenciales, como lo eran la licencia municipal de apertura y certificación acreditativa de la ejecución de las obras de acondicionamiento previstas en el Proyecto acompañado a su solicitud.

5. Frente a dicha resolución, se interpuso recurso de alzada, con fecha 9 de enero de 2020, que fue desestimado por Resolución del Sr. Consejero de Hacienda de fecha de 18 de febrero de 2020 (folio 452 del expediente).

Y, frente a esta última, se interpuso recurso contencioso administrativo, el 6 de mayo de 2020, ante la Sala del TSJ de La Rioja, que admitió el mismo y lo tramitó, por los cauces del procedimiento ordinario, con el número 176/2020.

6. El día 12 de abril de 2022, hallándose en curso el antedicho procedimiento judicial, la hoy reclamante presentó ante la DG de Tributos nueva solicitud de funcionamiento y explotación de un salón de juego, en idéntica localización (calle Huesca, núm. 82, bajos 4-5).

En este caso, Fuertes Ortiz, S.L. adjuntó, entre otra documentación, el Proyecto de acondicionamiento de ambos locales y la certificación acreditativa de la ejecución de las obras previstas en éste; la licencia municipal de apertura; y el informe de inspección del local realizada por el Servicio de Control de Juegos de Azar de la Jefatura Superior de Policía de La Rioja.

7. Mediante Resolución de la DG de Tributos de 11 de octubre de 2022, se concedió a la hoy reclamante autorización de instalación objeto de solicitud (págs. 1023 y ss. y 1047 y ss. del expediente).

8. A pesar de que dicha Resolución entrañó la satisfacción extraprocesal de las

pretensiones deducidas por la hoy reclamante en el procedimiento ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja al que hemos referencia en el apartado 5 anterior, todavía entonces en trámite, ninguna de las partes interesó su archivo.

Y, de hecho, más de dos meses después de la concesión a la reclamante de la autorización para la instalación de un salón de juegos en la calle Huesca, núm. 82 (bajos 4 y 5), dicha Sala dictó sentencia, resolviendo el recurso interpuesto por la primera frente a la denegación de la primera solicitud formulada a igual efecto, la que anuló, condenando a la Administración a conceder tal autorización.

9. Con fecha 31 de marzo de 2023, se dictó Decreto declarando la firmeza de la citada sentencia, el cual fue notificado a la representación de la mercantil reclamante el día 14 de abril de 2023.

B. Prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial.

De los extremos fácticos que resultan del expediente, relacionados en el apartado anterior, se desprende sin ninguna duda que Fuertes Ortiz, S.L. interpuso su reclamación por responsabilidad patrimonial dentro del plazo de un año contado desde la declaración de firmeza de la sentencia que anuló la Resolución de la Consejería consultante de fecha de 18 de febrero de 2020, confirmatoria de la Resolución denegatoria de la autorización para instalar un salón de juegos en un local ubicado en la calle Huesca, núm. 82, dictada por la DG de Tributos el 12 de diciembre de 2019.

Sin embargo, de iguales antecedentes se desprende que los efectos lesivos que se pudieron derivar para la reclamante de la denegación de la autorización objeto de aquel procedimiento judicial cesaron, de forma definitiva, coincidiendo con el dictado (y subsiguiente notificación a tal mercantil) de la Resolución de la DG de Tributos de 11 de octubre de 2022, por la que, en relación a idéntico local, se concedió a la reclamante la autorización inicialmente denegada.

De hecho, a través de tal Resolución se vino a acoger y dar satisfacción, de forma extraprocesal, a la única pretensión que la hoy reclamante dedujo a través de la demanda formulada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ, según se desprende de la propia Sentencia dictada por ésta, que no era otra que obtener un pronunciamiento que anulara y dejara sin efecto la resolución denegatoria de la autorización; y condenara a la Administración a conceder tal autorización.

Ignoramos el motivo por el cual, ni la Consejería demandada ni la propia recurrente pusieron en conocimiento de la Sala tal Resolución.

Pero resulta obvio que, si una u otra lo hubieran hecho, la Sala no habría entrado a

examinar y enjuiciar el fondo del asunto. Se habría limitado, de hecho, en estricta aplicación de lo previsto en el art. 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a confirmar la realidad de la satisfacción extraprocesal de las pretensiones de la demandante y dar por finalizado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos.

Así las cosas, no podemos compartir la tesis de la reclamante, admitida pacíficamente por la Consejería consultante, según la cual el plazo para formular una eventual reclamación por responsabilidad patrimonial se inició el día en que se notificó, a su representación procesal el Decreto por el que se declaraba la firmeza de la Sentencia de la Sala del TSJ, es decir, el día 14 de abril de 2023.

De hecho, consideramos que el plazo para interponer su reclamación se inició coincidiendo con la notificación de la Resolución, de 11 de octubre de 2022, por la que se autorizó la apertura y funcionamiento del salón de juego, lo que, según consta en el expediente, tuvo lugar el día 14 de octubre de 2022 (folio 1048).

En apoyo de nuestra tesis al respecto, debemos hacer constar, en primer lugar, que conocemos la Jurisprudencia de la Sala 3ª del TS en torno al inicio del cómputo del plazo para formular reclamaciones administrativas sustentadas en la anulación, en sede jurisdiccional, de actos administrativos de los que se deriven efectos lesivos para el administrado, la que, en términos generales, sitúa el mismo en la fecha de declaración de firmeza de la propia sentencia anulatoria.

Sin embargo, conviene precisar que tal doctrina deriva del examen de supuestos en los que la actuación administrativa queda sin efecto en virtud de una sentencia anulatoria y no resulta extensiva, por tanto, a otros supuestos en que la actuación administrativa queda sin efecto antes del pronunciamiento judicial, por otros motivos, como acontece en el caso que nos ocupa.

En efecto, la denegación de la autorización solicitada por la reclamante de la que, según esta afirma, se derivaron los efectos lesivos cuya indemnización pretende, quedó sin efecto, aunque lo fuera de forma implícita, dos meses antes de que la Sala del TSJ dictara su sentencia anulatoria.

De hecho, con la notificación de la Resolución por la que se concedía a Fuertes Ortiz, S.L. la autorización que ésta solicitó, por segunda vez, durante la pendencia del procedimiento judicial, a la que, en este caso, adjuntó la documentación exigida en la normativa vigente, tal mercantil quedó facultada, de hecho, para abrir y explotar el salón de juego objeto de autorización y, a su vez, para determinar los concretos daños que el retraso que entrañó la denegación inicial de la misma pudo ocasionarle.

En este punto hemos de precisar que la concesión de la autorización, en esta segunda ocasión, no se debió a que se hubiera producido una modificación en la legislación vigente, como apunta el autor del informe pericial que se acompaña al escrito de reclamación.

De hecho, la regulación en materia de distancias entre establecimientos de juego y centros docentes que se hallaba vigente al tiempo en que la reclamante solicitó, por vez primera, en 2019, la autorización finalmente denegada, contenida en el Decreto 3/2001 de 26 de enero, por el que se planifican los juegos y apuestas de la Comunidad Autónoma de La Rioja, era prácticamente idéntica a la que se hallaba vigente al tiempo en que formuló su segunda solicitud, en 2022, contenida en la Ley 3/2022, de 29 marzo, reguladora del Juego y las Apuestas de La Rioja.

Así, el artículo 5.2 del Decreto 3/2001 establecía:

“La distancia mínima entre salones de juego o de tipo “B”, así como entre éstos y las salas periféricas de bingo será de 200 metros en línea recta, a contar desde las respectivas fachadas principales por su lado más próximo.”

Y, por su parte, el art. 34 de la Ley 3/2022, establece:

“1. No se pueden otorgar autorizaciones de apertura de establecimientos de juego en el área de influencia de los centros docentes que impartan enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato, Formación Profesional Básica y enseñanzas artísticas profesionales.

2. Esta área se establece en una longitud de doscientos metros lineales, calculada radialmente entre los dos puntos. Uno de ellos será el punto del perímetro del centro docente más cercano al establecimiento de juego. El otro será el punto del perímetro del local donde radique el establecimiento de juego menos distante con respecto al centro docente”.

Así las cosas, los efectos prácticos de la Sentencia dictada por el TSJ fueron inexistentes, a excepción del pronunciamiento en materia de costas, pues la recurrente había obtenido la total satisfacción extraprocesal de sus pretensiones antes de su dictado.

Es más, si alguna de las partes en el procedimiento, hubiera puesto en conocimiento de la Sala la obtención, por parte de la demandante, de la autorización frente a cuya inicial denegación interpuso el recurso, tal Sentencia no hubiera sido siquiera dictada, como ya hemos expuesto.

Es por ello que, en el presente caso, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, acorde a la teoría de la *actio nata*, que establece que el plazo de prescripción del derecho a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad patrimonial de la Administración, se inicia desde que se conocen los efectos lesivos de la actuación administrativa a la que se imputan los daños y perjuicios,

no cabe sino concluir que la reclamación de responsabilidad formulada por Fuertes Ortiz, S.L. se interpuso una vez prescrito el plazo de ejercicio de tal acción.

Consideramos, como ya hemos anticipado, que tal plazo se inició el día 14 de octubre de 2002, fecha en que la DG de Tributos notificó a la reclamante la Resolución concediéndole autorización de funcionamiento y explotación del salón de juego en la calle Huesca, nº 82; y finalizó, por tanto, el día 14 de octubre de 2023.

Procede, en consecuencia, a juicio de este Consejo, desestimar su reclamación por haberse interpuesto de forma extemporánea, una vez prescrita la acción.

C. Daños cuya indemnización se pretende. Análisis sobre su realidad, cuantía, antijuridicidad y nexo causal con la actuación administrativa.

Al respecto de la cuestión y una vez examinada la documentación obrante en el expediente, especialmente el informe pericial aportado por la reclamante y sus anexos, no podemos sino compartir las conclusiones que el Instructor refleja en la propuesta de Resolución.

Así:

1. En relación a la partida que la mercantil interesada reclama por concepto de **daño emergente**, es decir, el coste de los servicios profesionales del Abogado y Procurador que le defendieron y representaron, respectivamente, en el procedimiento seguido ante el TSJ, no consideramos que constituya un daño al que quepa extender la responsabilidad patrimonial de la Administración y así se desprende de la Jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, la que ha venido declarando de forma pacífica y unánime que *“los costes procesales generados por la impugnación de los actos administrativos en vía jurisdiccional, no se integran en la responsabilidad patrimonial, sino que han de ser resarcidos, en su caso, por la vía de régimen de las costas procesales en las normas que la regulan”*, como se recuerda en la Sentencia de 24 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1189).

2. En relación a la a partida que se reclama por concepto de **lucro cesante**, cuantificada, por el Perito autor del informe que se acompaña al escrito de reclamación, en base a la información facilitada por la propia reclamante, sobre los gastos e ingresos derivados de la explotación de otro salón de juego de que es titular en la calle Madre de Dios, en esta ciudad, consideramos, al igual que el Instructor, que los datos de explotación de este salón de juegos en la calle Madre de Dios no constituyen una base objetiva y/o fiable para calcular el lucro cesante que se derivó de la imposibilidad de explotar el salón de juegos en la calle Huesca, básicamente porque los resultados económicos de uno y otro pueden diferir sustancialmente por diversos motivos (entorno, consolidación, número de máquinas, número de empleados, etc.).

También coincidimos con el Instructor al considerar que el informe pericial en que se sustenta la reclamante adolece de una evidente falta de rigor, al no tener en cuenta, al cifrar el lucro cesante, las pérdidas que se registraron en dicho salón de juego en el periodo comprendido entre el 12/12/2019 y el 14/03/2020.

Y, por último, consideramos incorrecta la capitalización de la ganancia dejada de obtener que propone el Perito, consistente en actualizar su importe de acuerdo al IPC.

Por otra parte, no puede soslayarse que, a la fecha de dictado de la Resolución denegatoria de la autorización, los locales en que la reclamante proyectaba instalar el salón de juegos en la calle Huesca de esta ciudad no se hallaban anexionados físicamente ni debidamente acondicionados al objeto de albergarlo.

Ciertamente, a tal fecha, la reclamante disponía del oportuno proyecto de acondicionamiento, debidamente visado.

Sin embargo, las obras proyectadas no fueron amparadas por la correspondiente licencia municipal hasta el 28 de julio de 2021 y finalizaron el 19 de agosto de 2021.

Así se desprende de la licencia de primera ocupación y apertura de dicho Salón, concedida por el Ayuntamiento de Logroño mediante Resolución de Alcaldía de 10 de septiembre de 2021, obrante en el expediente al folio 911.

Quiere decir esto que, en el cálculo de un hipotético lucro cesante, el periodo a tener en cuenta no podría ser, en ningún caso, el que pretende la reclamante, sino el comprendido entre la fecha de concesión de la licencia de apertura municipal (10 de septiembre de 2021), que le habilitó, en el ámbito urbanístico, para abrir el establecimiento, y la de concesión de la autorización para explotar el salón de juego, por parte de la Administración Autonómica competente (11 de octubre de 2022).

Y, dicho cálculo, ha de realizarse a partir de los datos reales de explotación del propio salón de juegos situado en la calle Huesca, operativo y en funcionamiento desde la obtención de la autorización para explotarlo, el día 11 de octubre de 2022.

Partiendo de tal premisa y no obrando en el expediente documentación alguna al respecto de la explotación, en términos económicos, del salón de juegos de la calle Huesca, este Consejo no puede pronunciarse en torno a si la reclamante es realmente acreedora de una indemnización por concepto de lucro cesante, derivado de la imposibilidad de abrir tal establecimiento durante el repetido periodo de 13 meses, no obstante lo cual y habida cuenta de que su pretensión, en lo que a esta partida se refiere, se sustenta sobre unas premisas temporales y cuantitativas absolutamente erróneas, no

consideramos que la misma pueda ser acogida, ya que, prácticamente con total seguridad, entrañaría un enriquecimiento injusto para el reclamante, conforme a la doctrina de la STS de 25 de abril de 2017 precitada.

3. Al respecto de la indemnización que la reclamante interesa le sea abonada por concepto de **coste de oportunidad**, consideramos, como el Instructor, que tal partida indemnizatoria es incompatible con la que la pretende por concepto de lucro cesante, por idénticos argumentos a los que el mismo hace constar en su propuesta de resolución, los que hacemos nuestros y damos por reproducidos.

La interesada pudo y debió interesar, de hecho, el pago de una u otra de tales partidas indemnizatorias de forma subsidiaria, pero no el de ambas simultánea y cumulativamente.

Sin perjuicio de ello, tampoco apreciamos que, en el presente caso, concurran los presupuestos que habilitarían y justificarían el reconocimiento y pago a la reclamante de la indemnización que pretende por dicho concepto de “*coste de oportunidad*”, es decir, por la improductividad de las inversiones que realizó al objeto de abrir el salón de juego en la calle Huesca, en primer lugar por cuanto la mayor parte de tales inversiones (el 87%, salvo error, partiendo de las cifras que consigna el perito en su informe) se realizaron una vez conocida la resolución denegatoria de la preceptiva autorización para explotar tal establecimiento, lo que impide apreciar el preceptivo nexo causal entre la actuación administrativa y el daño; y, en segundo lugar, porque el hecho de que la resolución denegatoria fuera finalmente anulada no entraña, *per se*, que el daño que tal denegación pudo ocasionar a la reclamante fuera antijurídico, en el sentido de no tener obligación de soportarlo.

La Jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, recopilada y ratificada en su reciente Sentencia de 25 de enero de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:818), establece al respecto que *"para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita"*.

Y, en el presente caso, una detenida lectura de la Sentencia de 22 de diciembre de 2022, por la que se anuló la resolución denegatoria de la autorización solicitada por la reclamante, no nos permite concluir que la misma no respondiera a los parámetros de racionalidad exigibles.

CONCLUSIONES

Primera

Fuertes Ortiz, S.L. presentó su escrito de reclamación por responsabilidad patrimonial una vez prescrito el plazo previsto al efecto en el art. 67.1 de la LPACAP, por lo que procede así declararlo, con archivo del expediente.

Segunda

La reclamación formulada por tal mercantil no puede ser estimada, en cualquier caso, por los motivos expuestos en el apartado C del Fundamento de Derecho Cuarto.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO