Año:	2017
Nº Dictamen:	0731/2017
Fecha:	12-12-2017
Nº Marginal:	II.686
Ponencia:	Álvarez Civantos, Begoña Roldán Martín, Ana Isabel. Letrada
Órgano solicitante:	Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática
Nombre:	Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de anulación judicial de licencias. Inexistencia de antijuridicidad. Inexistencia de daño efectivo.
Voces:	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: Antijuridicidad: Inexistencia. Daño efectivo: Inexistencia. Objeto: Anulación judicial de licencia.

Número marginal: **II.686**

DICTAMEN Núm.: 731/2017, de 12 de diciembre

Ponencia: Álvarez Civantos, Begoña

Roldán Martín, Ana Isabel. Letrada

Órgano solicitante: Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de anulación judicial de licencias.

Inexistencia de antijuridicidad.

Inexistencia de daño efectivo.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por la Consejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática, en respuesta a la reclamación interpuesta por la representación de la mercantil M.Q., S.L.

Teniendo en cuenta que la indemnización solicitada asciende a 196.108,33 euros, el dictamen resulta preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; norma concordante con lo dispone el artículo 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), según interpretación reiterada de este Consejo Consultivo.

El procedimiento examinado está regido por la Ley 39/2015, y por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

La responsabilidad patrimonial de la Administración, garantizada como principio general en el artículo 9.3 de nuestra Constitución, se configura básicamente en el artículo 106.2 del mismo texto constitucional como el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, *"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".*

La previsión constitucional está actualmente regulada en el capítulo IV del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en los artículos 65, 67, 81, 91, 92, 96.4 y 114.1.e) de la Ley 39/2015, antes citada. No obstante, dado la fecha en que sucedieron los hechos y el momento de inicio del procedimiento, por un lado, y la fecha en que entraron en vigor ambas leyes a estos efectos (disposición final decimoctava, apartado 1, y disposición final séptima, párrafo primero, respectivamente), por otro lado, el régimen aplicable al fondo del asunto es el previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, si bien, como se ha advertido, al procedimiento sí resulta aplicable la Ley 39/2015.

En todo caso, el legislador ha optado, dentro de las posibilidades de configuración legal que ofrece el citado artículo 106.2 de la Constitución, por hacer responder a la Administración de los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin que la fórmula, en la opinión generalizada de la doctrina y de la jurisprudencia, deba conducir a una mera responsabilidad por resultado, ni a que la Administración, por la vía del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual, resulte aseguradora de todos los daños producidos en el ámbito público. Tal razonamiento debe completarse con el deber genérico que vincula a todos los ciudadanos de prestar la colaboración debida para el buen funcionamiento de los servicios, coadyuvando así a la evitación o atenuación de los eventuales daños derivados de su funcionamiento.

La referida normativa estatal sobre responsabilidad patrimonial de la Administración resulta de aplicación a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los términos de los artículos 149.1.18ª de la Constitución y 1 y 2.1 de la Ley 30/1992. En este orden de cosas, debe hacerse notar, por un lado, que el artículo 47.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, dispone que *"corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ella, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas"*, y, por otro, que el artículo 123.2 del mismo texto estatutario, recogiendo el contenido del artículo 106.2 de la Constitución, citado, dispone que *"La Comunidad Autónoma indemnizará a los particulares por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de la misma"*.

Las consideraciones precedentes permiten afirmar que la responsabilidad patrimonial de la Administración, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia emanada sobre la materia, exige la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1º) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley (art. 141.1 de la Ley 30/1992).

3º) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad causante del daño, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del bien, del servicio o de la actividad en cuyo ámbito aquél se produce.

4º) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado del daño, que no se apreciaría en el caso de que éste estuviese determinado por hechos indiferentes, inadecuados o inidóneos, o por los notoriamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor. Por otra parte, se ha de considerar que la injerencia de un tercero o el comportamiento de la propia víctima son posibles circunstancias productoras de la ruptura del nexo causal, si han sido determinantes del daño, o susceptibles de modular el alcance de la responsabilidad de la Administración, graduando el importe de la indemnización si, en concurrencia con el funcionamiento del servicio, han contribuido también a su producción.

5º) Ausencia de fuerza mayor.

Junto a los presupuestos referidos debe tenerse en cuenta, además, que la reclamación se ha de formular en el plazo de un año, tal y como prevé el artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

Debe también subrayarse que la prueba de los hechos constitutivos de la reclamación es carga del interesado, aunque la Administración tiene la obligación de facilitar al ciudadano todos los medios a su alcance para cumplir con dicha carga, señaladamente en los casos en que los datos estén sólo en poder de aquélla. De la misma manera los hechos impeditivos, extintivos o moderadores de la responsabilidad son carga exigible a la Administración (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por remisión del art. 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Finalmente, el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el citado Real Decreto 429/1993, aplicable a todas las Administraciones Públicas, de

acuerdo con su artículo 1.2, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que las Comunidades Autónomas puedan establecer en virtud de las competencias estatutariamente asumidas en materia de responsabilidad patrimonial, señala en su artículo 12.2 que se solicitará que el dictamen del Órgano Consultivo competente se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

Eso no obsta a que este Consejo Consultivo entre a valorar el resto de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que los términos del precepto únicamente implican que, necesariamente, el pronunciamiento debe abarcar aquellos extremos, sin excluir los demás, como, por otra parte, resulta lógico admitir ante la estrecha relación existente entre los distintos presupuestos de la responsabilidad, de forma que para su correcto pronunciamiento sobre los mencionados en el reseñado artículo 12.2 será precisa la apreciación de los restantes. Incluso cabe reconocer, a la luz del principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa, la legitimidad de este Consejo Consultivo para examinar la corrección del procedimiento seguido en orden a determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa.

III

En primer lugar, ha de estimarse la legitimación activa de la entidad M.Q., S.L.", en los términos de los artículos 4.1.a) de la Ley 39/2015 y 32.1 de la Ley 40/2015, al quedar acreditada en el expediente su condición de afectada por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Dichas sentencias estiman parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de 29 de julio de 2008 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por el que se resuelve "el concurso para el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares". En concreto, la sociedad A.R.T., S.L. resultó adjudicataria de varias licencias en distintas demarcaciones (Almuñécar -TL01GR- y Granada -TL063GR-), habiendo sido transmitida posteriormente la titularidad de las mencionadas licencias a la reclamante, en virtud de contrato entre las partes y autorización para la modificación de la titularidad acordada por la Administración competente mediante resolución de 27 de marzo de 2014. Dicha entidad actúa mediante representante, habiendo quedado igualmente acreditada su postulación.

Del mismo modo, resulta obvia la legitimación pasiva de la Administración de la Junta de Andalucía, en cuanto que su Consejo de Gobierno dictó el Acuerdo de 29 de julio de 2008 anulado por las precitadas sentencias.

En cuanto a la temporaneidad de la acción, en el supuesto examinado no resulta de aplicación el artículo 67.1, párrafo segundo de la Ley 39/2015, pensado para los supuestos en que es el propio perjudicado el que impugna un acto que le perjudicaba y que los Tribunales anulan, de modo que tras esa anulación entiende que el daño fue ilegítimo y solo entonces se encuentra habilitado para reclamar, ya que en el presente caso el reclamante no fue parte en el procedimiento. Por ello, el *dies a quo* debe fijarse en el momento en que tuvo conocimiento de la anulación de las licencias que le fueron transmitidas, lo que tuvo lugar los días 6 de mayo y 8 de junio de 2016, lo que además le fue notificado por correo postal el 19 de mayo y 13 de junio de 2016, por lo que la reclamación interpuesta el 27 de abril de 2017 ha de reputarse temporánea.

En cuanto al procedimiento, debe notarse que se ha comunicado a la parte reclamante el plazo para dictar la resolución y para su notificación, así como los efectos del silencio, pero tal comunicación no se ha realizado en el plazo de diez días (hábiles) siguientes a la recepción de la solicitud, como exige el artículo 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015. No obstante, esta irregularidad no tiene en el presente caso efectos invalidantes (arts. 47.1 y 48 de la Ley 39/2015, referida).

IV

Entrando en el fondo del asunto, debe determinarse si el daño sufrido por la reclamante resulta efectivo, individualizado, económicamente evaluable y antijurídico.

Como ya pusiera de manifiesto este Consejo Consultivo en supuestos similares (dictamen 545/2017), y como se explica en el informe emitido por el Director General de Comunicación Social de la Consejería de la Presidencia y Administración Local, la presente reclamación "se enmarca dentro del contencioso suscitado por numerosos pronunciamientos judiciales que vinieron finalmente a decretar la anulación, en más de una treintena de las sesenta y dos demarcaciones territoriales en las que se divide la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las licencias -concepto que define ahora la nueva calificación jurídica a la que responden las concesiones tras la transformación operada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA)- otorgadas para la explotación de programas privados del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local, que fue efectuada por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de julio de 2008, que resolvió el concurso para el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares (BOJA n° 209, de 21 de octubre de 2008)".

"M.Q., S.L." alega que la anulación del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 29 de julio de 2008 le ha provocado una serie de perjuicios económicos, al haber privado a la sociedad beneficiaria de las licencias del desarrollo efectivo de su negocio de comunicación del que depende la economía de la mercantil, calculando el

perjuicio sufrido atendiendo al lucro cesante considerando el precio de mercado estimado para el arrendamiento de licencias en la provincia de Granada y Almuñécar, que era la finalidad pretendida por la mercantil.

Sin embargo, de la documentación aportada por la reclamante no puede constarse que la anulación de la licencia le haya producido daño real y efectivo alguno, ya que para ello debería haberse acreditado un quebranto efectivo en su patrimonio que no se advierte. En concreto, reclama un daño emergente que, evidentemente, es una mera expectativa, que, como tal, no resulta indemnizable.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la reciente aprobación y entrada en vigor el pasado 24 de septiembre de la Ley 7/2016, de 20 de septiembre, por la que se articula un periodo transitorio para garantizar la prestación del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía gestionado por particulares, cuyo artículo 2 dispone que *"al objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local en las demarcaciones territoriales cuyas adjudicaciones hayan sido anuladas por sentencia judicial con carácter firme, las personas físicas y jurídicas que, con carácter previo al pronunciamiento judicial anulatorio, se encontraren en disposición de título administrativo reconocido por la Junta de Andalucía para prestar dicho servicio en una determinada demarcación estarán habilitadas para la explotación del servicio de televisión digital terrestre en la misma, con carácter transitorio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la presente Ley"*.

En relación con esto último, consta en el expediente administrativo que la reclamante se ha acogido a dicha posibilidad de explotar la licencia, ya que así lo solicitó "mediante escrito presentado ante la Dirección General de Comunicación Social el 25 de octubre de 2016, a la Ley 7/2016, de 20 de septiembre, por la que se articula un periodo transitorio para garantizar la prestación del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía gestionado por particulares a la misma", según se indica en el informe emitido por el Director General de Comunicación Social.

Como resultado de las consideraciones anteriores procede la desestimación de la reclamación pero es que, además, tampoco concurre el requisito de la antijuridicidad del daño.

Es doctrina de este Consejo Consultivo (ej. dictámenes 31/2011, 578/2015, 545/2017, entre otros muchos) que es necesario huir de una confusión que a menudo se produce al considerar que ningún daño puede manifestarse cuando se trata del cumplimiento de una sentencia sobre la base del citado artículo 118 de la Constitución. En este punto, el Tribunal Supremo hace notar que se incurre en error craso y patente al confundir el deber jurídico de soportar las consecuencias de la anulación (derivado de la ejecución de la sentencia que la pronunció y del deber general de acatamiento de las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales de conformidad con los arts. 118 de la CE y 17.2 de la LOPJ) con un supuesto deber de soportar los daños que pudieran proceder de una actuación administrativa jurisdiccionalmente declarada contraria a Derecho y anulada (STS de 13 de octubre de 2001). Naturalmente, como hace notar el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, el título de imputación no será en estos casos la anulación jurisdiccional del acto administrativo, que los recurrentes tienen obligación jurídica de soportar como derivada de un pronunciamiento firme, sino la actuación administrativa irregular que nunca puede serles imputada y en la que no tuvieron parte eficiente.

En el caso analizado, no existe para la reclamante ningún daño derivado del proceder administrativo, ya que el Acuerdo de 2008 anulado, en lugar de perjudicarle le beneficiaba, pues es precisamente el que daba cobertura jurídica a las licencias adquirida con posterioridad mediante negocio jurídico. En este sentido, carece de fundamento la pretendida responsabilidad de la Administración, cuando ha sido la ejecución de una sentencia la que le ha privado de la licencia que ostentaba hasta entonces por la vía del negocio jurídico, como ya ha sido expuesto.

En segundo lugar, la actuación de la Administración en este caso se realizó dentro de los márgenes de la razonabilidad, dirigida a satisfacer los fines para los que se le ha atribuido la potestad que ejercita.

Este Consejo ha manifestado reiteradamente que no concurre el requisito de la antijuridicidad cuando los actos administrativos a los que se atribuye el daño han sido adoptados en el ejercicio de una potestad administrativa dentro del margen de apreciación que se da en toda potestad (pues no hay potestades absolutamente regladas como no las hay absolutamente discrecionales) y que le permitía el ordenamiento jurídico, de una forma razonable (entre otros, dictámenes 10/2002; 117/2006, 197/2008, 103/2010, 208/2012, 481/2014), esto es, cuando no se trate del ejercicio torticero, contumaz, o claramente contrario al ordenamiento jurídico de una potestad administrativa, o simplemente si la decisión judicial o administrativa de anulación no consideran la infracción en que incurrió el acto como patente.

En el supuesto sometido a consideración, el Acuerdo de 29 de julio de 2008, anulado, resolvía el concurso público "para el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía, para su gestión privada", aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de abril de 2006. Esta convocatoria traía causa en el Decreto 1/2006, de 10 de enero, que regula el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía, en cuyo capítulo IV se regula las concesiones y los procedimientos para su otorgamiento. Como manifiesta la Dirección General en su informe la finalidad era *"ordenar y regular la situación del sector audiovisual andaluz de ámbito local, en un momento de transición del modelo analógico al digital"*, estando amparada en consecuencia la Administración, tanto por la legalidad vigente en su momento como por razones de oportunidad, para convocar el concurso para otorgar concesiones para la explotación del servicio de televisión digital

terrestre de ámbito local.

Además, a la anterior conclusión conduce igualmente la fundamentación jurídica de las sentencias que han determinado la anulación de la concesión. Como se expone en el informe emitido por la Dirección General de Comunicación Social, "la anulación de las concesiones otorgadas tiene su origen en la anulación parcial de las bases de la convocatoria, aprobadas por el precitado Acuerdo de 18 de abril de 2006, que se llevó a cabo en primera instancia por Sentencia de 16 de julio de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sin que en dicha sentencia se adoptase ninguna medida de suspensión-, anulación que fue confirmada posteriormente por Auto del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2010. Esta anulación fue consecuencia, a su vez, de la operada en una serie de artículos del Decreto 1/2006, que fue impugnado por la Administración General del Estado por entender que invadía competencias de carácter estatal, y que fue declarada con carácter firme por Sentencia de 16 de junio de 2010".

Lo anterior significa que, tanto la anulación parcial del Decreto 1/2006, como la del Acuerdo de 18 de abril de 2006, fueron declaradas firmes con posterioridad a la aprobación del Acuerdo de 29 de julio de 2008. De este modo, la actuación de la Administración en el procedimiento que culminó con el citado Acuerdo de 29 de julio de 2008 estaba amparada por la legalidad vigente en el momento, y en palabras, entre otras, de la STS de 14 de julio de 2008, *"refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se le ha atribuido la potestad que ejercita", no pudiéndosele atribuir, por ello, irregularidad alguna a la Administración autonómica".*

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos, este Consejo Consultivo considera que procede desestimar la reclamación interpuesta al no haber resultado acreditada la existencia de un daño efectivo ni, en su caso, resultar éste antijurídico.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de acuerdo desestimatorio en el procedimiento tramitado por la Consejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática, a instancia de la representación de la entidad "M.Q., S.L."