En Logroño, a 20 de julio de 2023, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz; y de los Consejeros D. Enrique de la Iglesia Palacios, de forma telemática, y presencialmente: Dª. Amelia Pascual Medrano, Dª. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y Dª. Mª. Belén Revilla Grande; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente Dª. Mª. Belén Revilla Grande, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

49/23

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Administración Pública, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial 1/2023 promovido por la mercantil *E.S.L,* por la imposibilidad de poner en funcionamiento y explotar un salón de juego en Calahorra "S." en el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2019 y el 31 de marzo de 2022, fecha de ejecución de la sentencia nº 24/2022 de 28 de enero de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (TSJR) por la que se declaró el derecho de la reclamante a la concesión de la autorización para el funcionamiento y explotación del salón de juego de la calle X nº X de Calahorra *(S.),* y, correlativamente, condenó a la Administración Autonómica a dictar la oportuna resolución concediendo dicha autorización con efectos desde el día 12 de noviembre de 2019 y con un plazo de vigencia de 5 años. La indemnización reclamada asciende a la suma de 466.377,29 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

Antecedentes del asunto

Mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2023, dirigido al Consejo de Gobierno, registrado con el nº 38043 en el Registro General del Gobierno de La Rioja, la representación legal de la mercantil *E.S.L,* formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración en la que se relatan los hechos en los que la mercantil sustenta su reclamación, de los que cabe destacar, a los efectos del presente dictamen, los siguientes:

-Que el día 26 de febrero de 2019 la reclamante solicitó a la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de La Rioja autorización para el funcionamiento y explotación de un salón de juego en la calle X nº X de Calahorra, denominado *S.*

-Tras la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, la Dirección General de Tributos declaró la caducidad del procedimiento por Resolución del director general de Tributos de 11 de noviembre de 2019.

-Contra dicha resolución, se interpuso recurso de alzada con fecha 25 de noviembre de 2019 que fue desestimado por Resolución del Sr. Consejero de Hacienda y Administración Pública con fecha de 10 de enero de 2020.

-Contra dicha resolución, se interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que fue tramitado como procedimiento ordinario con el número 14/2020, resuelto por sentencia nº 24/2022 de 28 de enero de 2022 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (TSJR), por la que se declaró el derecho de la reclamante a la concesión de la autorización para el funcionamiento y explotación del salón de juego de la calle X nº X de Calahorra (*S.*) y, correlativamente, condenó a la Administración Autonómica a dictar la oportuna resolución concediendo dicha autorización con efectos desde el día 12 de noviembre de 2019 y con un plazo de vigencia de 5 años.

-Respecto a la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, la sentencia mencionada, dice en el fundamento jurídico quinto:

> *"QUINTO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. La parte sostiene como fundamento de su pretensión que si la Administración Autonómica le hubiera concedido habría explotado esta actividad y obtenido los rendimientos correspondientes, y que en este momento no puede cuantificar los daños y perjuicios y que no podrá calcularlos hasta que pueda abrir el salón de juego. Los daños y perjuicios se han producido durante el periodo comprendido entre el momento en que la autorización debió ser concedida y el momento en que se pueda efectuar la apertura, y concluye que los daños y perjuicios habrán de cuantificarse en ejecución de sentencia. La pretensión de indemnización de daños y perjuicios no puede prosperar por las siguientes razones. a) la apertura de un negocio no determina per se la obtención de beneficios y b) la parte demandante no ha fijado las bases o criterios por los que han de fijarse los daños y perjuicios solicitados en ejecución de sentencia. Todo ello sin perjuicio de que la parte puede ejercitar de forma autónoma la pretensión de daños y perjuicios".*

-La sentencia fue declarada firme por Decreto de 24 de marzo de 2022.

-Por Resolución de la directora general de Tributos del Gobierno de La Rioja, de fecha 31/03/2022 se acordó conceder a *E.S.L.*. autorización de funcionamiento y explotación del salón de juego de referencia y proceder a su inscripción con el número LR-VI-N en la Sección de establecimientos de Registro General de Juego de La Rioja.

-La autorización, que se otorga en ejecución de la sentencia mencionada, se otorga por plazo de 5 años desde el 12 de noviembre de 2019.

Segundo

Tramitación del procedimiento administrativo

1. Con fecha 20 de febrero de 2023, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, remite comunicación de inicio del expediente de responsabilidad patrimonial, al que se le asigna el número de orden 1/2023, con designación de instructor del procedimiento.

2. El Sr. Instructor, con fecha 24 de febrero de 2023 solicita a la Dirección General de Tributos la emisión de informe preceptivo, al amparo de lo previsto en el artículo 81.1. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que se emite con fecha 13 de marzo de 2023. El informe, previo relato de los hechos ya enunciados, considera que la pretensión de indemnización fue desestimada por la sentencia del TSJR y que el propio Tribunal indicaba en la misma que "*el mero hecho de abrir un negocio no garantiza* per se *la obtención de beneficios"*, concluyendo que *"no se dan todos los supuestos para poder exigir responsabilidad en concreto, no existe daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, puesto que, como se ha dicho anteriormente, la mera apertura de un negocio no garantiza la obtención de beneficios y que hacen que no se pueda comparar con otra que no esté abierta en el mismo lugar y en el mismo momento"* y continua "*que en el espacio de tiempo que se considera que hay que indemnizar hubo muchos períodos que los negocios permanecieron cerrados obligatoriamente por el estado de alarma y otras normas sanitarias derivadas de la crisis sanitaria originada por el COVID 19. Además, una actividad nueva tarda en hacer una clientela habitual y, en el inicio, lo más habitual es obtener pérdidas, esta circunstancia se encuentra agravada por la situación vivida desde mediados de marzo de 2020 hasta inicios de 2022 en que los locales cerrados veían reticencias por parte del público por miedo a los contagios".*

3. Sin realizar más actuaciones, el instructor, con fecha 21 de marzo de 2023, concede trámite de audiencia a la reclamante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la LPACAP por plazo de diez días. Transcurrido el plazo otorgado, sin que la interesada presentara alegaciones, con fecha 19 de abril de 2023, el Sr. Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución de estimación íntegra de la reclamación presentada, proponiendo *"el pago de la cantidad reclamada de 466.377,29 euros, en concepto de indemnización, que se imputará al concepto presupuestario 12.049231.226.03 del vigente presupuesto de gastos, así como a reconocer la obligación y proponer el pago a su favor de dicha cantidad, en concepto de indemnización por todos los conceptos*", sobre la base de los siguientes fundamentos:

a) Respecto a la competencia considera que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1.2.1.e. del Decreto 43/2020, de 3 de septiembre por el que se establece la estructura

orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y sus funciones, corresponde a la SGT de la Consejería la tramitación de los expedientes de responsabilidad "*cuya resolución compete al titular de la Consejería".* En este caso concreto, la competencia para resolver el presente procedimiento según el artículo 65.2 de la Ley 4/2005 de 1 de Junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja corresponde al Consejo de Gobierno por exceder del límite que tiene atribuido el titular de la Consejería para contratar, ya que conforme queda determinado en el artículo 16 de la Ley 16/2022, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Rioja para el año 2023 el límite del presupuesto de gasto a aprobar en bienes corrientes y de servicios o en transferencias corrientes debe ser inferior a 250.000 euros, límite que es el que opera en este expediente por cuanto que la imputación del gasto se realiza a una partida presupuestaria del Capítulo 2 -gastos corrientes y de servicios-.

No existe, continúa el Sr. Instructor, norma específica que atribuya, en el caso de que la resolución del expediente sea competencia del Consejo de Gobierno, la competencia para su instrucción, si bien, considera aceptable la atribución de dicha competencia a la SGT de la Consejería a la que se le imputa el funcionamiento normal o anormal causante del daño, solución que permite la integración de una laguna normativa como así se ha fijado por la doctrina de este Consejo Consultivo en su Dictamen 88/2010, que expresamente invoca.

b) Seguidamente procede el Sr. Instructor a analizar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos previstos en el art. 32.2. de la LPACAP , así considera que se ha producido un daño efectivo ya que "*se ha obligado a la mercantil a mantener cerrado durante casi tres años un negocio sobre el que previamente la administración había informado de que cumplía los requisitos de apertura";* evaluable económicamente sobre la base del dictamen aportado por la recurrente que, a su juicio, "*hace el esfuerzo teórico, partiendo de los datos reales de explotación del salón de juego, de reconstruir de un modo bastante plausible como se hubiera desarrollado la contabilidad de la empresa si hubiera iniciado su actividad en el momento en el que la sentencia del TSJ le reconoció efectos a la licencia. Al usar como marco referencial el promedio del funcionamiento de los otros salones de juego durante ese tiempo, y, conociendo la proporción que guardan, el cálculo permite acreditar la* «razonable verosimilitud» *de su producción",* en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso "*en la terminología usada por el Tribunal Supremo";* igualmente aprecia que el daño es individualizado ya que se ha causado a un solo sujeto.

c) La relación de causalidad, la aprecia el instructor en el hecho de que *"la administración no concedió la autorización basándose en la caducidad del expediente. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, no solo declaró que tal*

caducidad no existía, sino que además se cumplían todos los requisitos esenciales para haberla concedido desde la fecha en la que el propio tribunal obliga a la administración a tenerla por concedida. La contundencia de la sentencia es tal que llega al punto de dictar su sentencia conociendo del asunto en plena jurisdicción, en lugar de limitarse a una mera función revisora de revocación de actos contrarios a derecho", sin que, además, aprecie ningún supuesto que haya podido producir la ruptura del nexo causal.

d) Respecto a la antijuricidad del daño, considera que en el presente caso *"no hay ninguna causa que obligue al particular a soportar el daño causado por la inactividad forzosa a la que se vio sometida por las resoluciones administrativas anuladas, como tampoco existe un derecho que ampare la actuación de la administración en este expediente".*

4. Con fecha 19 de abril de 2023, la SGT de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, solicita el preceptivo informe a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que lo emite con fecha 8 de mayo de 2023, mostrando su conformidad con la competencia del Consejo de Gobierno para la resolución del expediente, en los términos en los que había sido sustentada por el Sr. Instructor; la acción se ejercita en plazo; pero, respecto a la antijuridicidad del daño considera que "*los hechos constatados en el expediente llevan a considerar que la lesión cuya indemnización reclama, no es antijurídica, pues la administración actuó dentro de unos márgenes racionales a la vista de la interpretación de una norma reglamentaria que luego fue confirmada en alzada; este margen de razonabilidad en la decisión administrativa es el que se valor*a"; aun cuando el hecho de que se considere que el daño no es antijurídico, *ad cautelam,* considera recomendable estudiar el *quantum* de la indemnización cuya propuesta de estimación por el Sr. Instructor es íntegra sobre lo reclamado, y así indica que "*los tribunales de Justicia han rechazado indemnizaciones de daños y perjuicios por lucro cesante cuando carecen del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración"* y recomienda la revisión del informe pericial por el servicio contable, en razón a los conceptos que analiza, pero aun así, considera el informe, que no se han tomado en consideración los cierres derivados de las medidas sanitarias por razón del COVID-19; que el informe se basa en la comparativa de los salones de juego que se hallan en distinta ubicación, los tres abiertos están ubicados en Logroño y el que centra la reclamación está ubicado en Calahorra; los títulos de posesión de los salones también son distintos, arrendamiento para los de Logroño y propiedad para el de Calahorra; se desconoce la comparativa de las dimensiones de los salones lo que tiene relevancia a los efectos de considerar adecuada la comparativa de los gastos de suministros; se desconoce si todos los locales ofrecen los mismos servicios; las máquinas de juego no son las mismas en todos los locales sin que, por otra parte, deba perderse de vista que la petición se centra en reclamar un lucro cesante que, a tenor de la jurisprudencia, requiere demostrar que se ha "*producido de forma inmediata, exclusiva y*

directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica (Sentencia de 20 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo (RJ2015/934)".

5. En cumplimiento de la recomendación del informe de la DG de los Servicios Jurídicos se remitió el expediente al titular de la Intervención General y Evaluación de Políticas Públicas con fecha 25 de mayo de 2023 para la emisión de informe facultativo y transcurrido el plazo de 10 días sin que el mismo fuera emitido, tratándose de un dictamen no preceptivo, el Sr. Instructor consideró procedente continuar la tramitación del expediente, formulando nueva propuesta de resolución con fecha 15 de junio de 2023, en cuyo fundamento jurídico séptimo analiza y rebate los argumentos del informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, en cuanto a sus conclusiones sobre la antijuridicidad del daño por estimar que la doctrina de la actuación de la administración razonada y razonable o del *"margen de tolerancia"* no es aplicable en este caso, e igualmente discrepa el Sr. Instructor en su propuesta de las consideraciones vertidas sobre el informe pericial aportado, ya que, a su juicio, *"el dictamen pericial sí ofrece respuesta plena"* a los interrogantes planteados, ratificando su anterior propuesta de estimación integra de la reclamación, solicitando el preceptivo dictamen a este Consejo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 16 de junio de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el día 19 de junio de 2023, el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 21 de junio de 2023, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

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, 466.377,29 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 Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (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 la lesión producida 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 estatal 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

Sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

A. Consideraciones generales

1. Como este Consejo ha mantenido de forma reiterada (D.16/21), nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución, 32.1 LRJSP y 65,67,81, 91.2 LPACAP) 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, 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. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

3. Como señala una consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, STS, Sala 3ª, de 21 de marzo de 2007): *"...para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor; y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta".* En parecidos términos, la STS 3ª, de 21 de marzo de 2018 sintetiza los requisitos exigidos para la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los arts. 139 y 141.1 LRJPAC, Ley 30/1992 (actualmente, arts. 32.1 y 34.1 LRJSP), que son: *"...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".*

4. De cuanto acaba de exponerse, se desprende ya una primera conclusión: al igual que sucede en cualesquiera otras reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en este caso es preciso analizar:

-Si la reclamante 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"* (STS de 21 de marzo de 2007, antes citada).

-Si tales daños son constitutivos de una *"lesión antijurídica*", caracterizada por la *"ausencia de deber jurídico del interesado de soportar el resultado lesivo*" (STS de 21 de marzo de 2018).

-Si la cuantificación de los daños, en su caso, 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.

B. Análisis específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia del fallo de la Sentencia nº 24/2022 del TSJ de La Rioja

Los daños cuya indemnización se pretende por la reclamante se derivan del fallo de la Sentencia nº 24/2022 de fecha 28 de enero de 2022, que supuso la anulación de la Resolución de 10 de enero de 2020 del Consejero de Hacienda y Administración Pública que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Tributos de 11 de noviembre de 2019 que declara la caducidad del procedimiento de solicitud de autorización de funcionamiento y explotación del salón de juego denominado "S." que pretendía su apertura en la calle X nºX de Calahorra. El fallo de la sentencia estima la pretensión de la reclamante de plena jurisdicción (reconocimiento de una situación jurídica individualizada), y declara el derecho a la concesión de la autorización que solicitó para el funcionamiento y explotación de un salón de juego en la calle X nº X de Calahorra, condenando a la administración demandada a dictar resolución concediendo la autorización solicitada, con efectos desde el día 12 de noviembre de 2019 y con un plazo de vigencia de 5 años.

Ha de analizarse, como primera cuestión, si la anulación de dichas resoluciones es susceptible de generar responsabilidad patrimonial de la Administración que las dictó; y, en segundo lugar, cuál es el régimen jurídico de tal responsabilidad y el cauce procedimental para exigirla.

La primera cuestión se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento, en sentido afirmativo.

Así, el artículo 32. 1de la LRJSP dispone 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. 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"*.

Además, la exigencia de responsabilidad por el cauce del procedimiento administrativo establecido en la LPACAP, se funda en el propio fallo de la sentencia de la que trae causa, que, si bien no estima la pretensión indemnizatoria articulada en demanda, lo que supone la estimación parcial de la misma, se pronuncia sobre ella en el fundamento jurídico quinto en el siguiente sentido:

> *"QUINTO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.*
>
> *La parte sostiene como fundamento de su pretensión que si la Administración Autonómica le hubiera concedido habría explotado esta actividad y obtenido los rendimientos correspondientes, y que en este momento no puede cuantificar los daños y perjuicios y que no podrá calcularlos hasta que pueda abrir el salón de juego. Los daños y perjuicios se han producido durante el periodo comprendido entre el momento en que la autorización debió ser concedida y el momento en que se pueda efectuar la apertura, y concluye que los daños y perjuicios habrán de cuantificarse en ejecución de sentencia.*
>
> *La pretensión de indemnización de daños y perjuicios no puede prosperar por las siguientes razones. a) la apertura de un negocio no determina per se la obtención de beneficios y b) la parte demandante no ha fijado las bases o criterios por los que han de fijarse los daños y perjuicios solicitados en ejecución de sentencia.*
>
> *Todo ello sin perjuicio de que la parte puede ejercitar de forma autónoma la pretensión de daños y perjuicios".*

Queda acreditada la relación de causalidad entre la actuación de la administración y la posible lesión sufrida por la reclamante en sus bienes y derechos.

La segunda cuestión se deriva del propio pronunciamiento del Tribunal, *"Todo ello sin perjuicio de que la parte puede ejercitar de forma autónoma la pretensión de daños y perjuicios*" por lo que el procedimiento se ajustará al regulado en la LPACAP, y de acuerdo con los principios sobre la responsabilidad patrimonial que se contiene en la LRJSP.

Tercero

Análisis de la concurrencia de los requisitos legales para la resolución de la reclamación presentada y su cuantía

1. Como hemos destacado en los antecedentes, la promotora del procedimiento objeto de consulta señala en su escrito de reclamación inicial que no ha podido poner en funcionamiento, ni por ende explotar, su salón de juego sito en calle X nº X de Calahorra *(S.)* en el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2019 y el 31 de marzo de 2022, como consecuencia de las resoluciones dictadas por la administración autonómica el día 11 de noviembre de 2019 y 28 de enero de 2022, declaradas contrarias a derecho por la sentencia firme del TSJ de La Rioja, que, en consecuencia, las revoca.

2. A juicio de la mercantil, no estaba obligada jurídicamente a soportar los daños que presuntamente sufrió y que, en su opinión, aquellas resoluciones le ocasionaron de forma individualizada; e interesa, en consecuencia, que la Administración Autonómica responda de tales daños, reconociéndole el derecho a percibir una indemnización, por haber provocado un perjuicio económico a la entidad mercantil que cifra en 466.377,29 euros en concepto de *lucro cesante,* para cuya justificación aporta dictamen pericial elaborado por un economista.

Pues bien, partiendo de la argumentación de la reclamante y de los datos obrantes en el expediente, a continuación, analizaremos si, en el presente caso, concurren los presupuestos necesarios para considerar que la Administración Autonómica ha de responder patrimonialmente de los daños que la reclamante alega le fueron ocasionados por las resoluciones dictadas por la administración autonómica.

A. Legitimación activa

La entidad mercantil *E.S.L.*, está legitimada activamente por ser titular de la autorización de funcionamiento y explotación del salón de juego sito en C/ X núm. X de Calahorra, inscrita con el número LR-X-N en la Sección de establecimientos de Registro General de Juego de La Rioja, otorgada por plazo de 5 años desde el 12 de noviembre de 2019, conforme a la Resolución de la directora general de Tributos del Gobierno de La Rioja, de fecha 31/03/2022 dictada en ejecución de la sentencia del TSJ de La Rioja núm. 24/2022.

B. Legitimación pasiva de la CAR y órgano competente para la resolución del procedimiento

La legitimación pasiva de la CAR deviene clara en el presente procedimiento, y la competencia para la resolución del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial se atribuye a su Consejo de Gobierno por el artículo 65.2 de la Ley 4/2005 de 1 de Junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con el artículo 16 de la Ley 16/2022, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Rioja para el año 2023, cuya integración, permite interpretar que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuya cuantía sea superior a 250.000 euros, límite de la competencia del Consejero de Hacienda, se atribuye la facultad de su resolución al Consejo de Gobierno.

C. Sobre la Antijuridicidad del daño

1. De acuerdo con los arts. 32.1 y 34.1 LRJSP, para para la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se requiere la existencia de una

"*lesión antijurídica*", caracterizada por la "*ausencia de deber jurídico del interesado de soportar el resultado lesivo*" (STS de 21 de marzo de 2018, Rec. 5006/2016).

2. Considera este Consejo que el daño sufrido por la reclamante tiene el carácter de daño antijurídico que ésta no tenía el deber de soportar, y así se desprende, de forma indubitada del fundamento jurídico cuarto de la sentencia firme de la que dimana el presente procedimiento, de la que se deduce que, aun existiendo un informe de la Administración de 8 de octubre de 2019, que establece "*este servicio de control de juegos de azar estima que si cumple con las exigencias mínimas que indica el Anexo XVI (condiciones técnicas de los salones recreativos y de juego) del Reglamento de Máquinas de Juego de La Rioja, por lo que sí procede a fecha de la presente inspección la concesión de la autorización de explotación y funcionamiento del local como salón de juego*", esta autorización no se concedió y, por el contrario se declaró, indebidamente, la caducidad del procedimiento, de forma que, la sentencia acoge la pretensión de la actora de plena jurisdicción, con la siguiente motivación: *"El hecho de la existencia del informe favorable del servicio de control de juegos que concluye que la empresa demandante cumple con los requisitos exigidos, junto con haberse constituido la fianza legalmente exigida, son datos determinantes para acceder a la pretensión de plena jurisdicción, sin que pueda prevalecer la objeción de la Administración de que no se ha realizado todo el procedimiento administrativo y la falta de control porque ha quedado acreditado en el proceso jurisdiccional que se han cumplido todos los tramites esenciales para la autorización solicitada. Procede en consecuencia el reconocimiento a la parte actora del derecho a la autorización de funcionamiento".*

D. Realidad del daño y naturaleza individualizada del mismo

1. Es incuestionable que la reclamante no pudo desarrollar una actividad, para la que debía estar debidamente autorizada, por efecto de las resoluciones dictadas por la Administración autonómica, competente para su otorgamiento, que resultaron nulas por ser contrarias a derecho, por lo que el daño alegado, puede considerarse como un daño individualizado, entendido como aquel que afecta a un concreto particular de forma singular y específica, bien en solitario por sus propias circunstancias personales, bien por su pertenencia a un colectivo con determinadas características comunes al que, como tal, le resulta extensivo el daño precisamente por compartir éstas.

2. Respecto a la realidad del daño, dados los términos en los que el interesado articula su reclamación que se sustenta únicamente en la petición de "*lucro cesante*" este Consejo Consultivo considera oportuno recordar nuestra doctrina sobre el principio de reparación integral del daño (D.53/21), 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*). A su vez, 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 (Rec. núm. 956 /2014): "*… 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 las ganancias dejadas 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 esas 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".*

1. 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.

Por ello, como recuerda la STS 3ª, de 25 de abril de 2017 (Rec. núm. 606/2016) 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".*

Pues bien, como señalamos, en el lado negativo del lucro cesante real, cierto y efectivo, se hallarían los "*sueños de fortuna*". Es decir: "*ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas, o expectativas sin sustento real*" STS 1ª, de 29 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 3600/1995).

Esto es así porque "*el lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna"* (STS 1ª, de 5 de noviembre de 1998, RCas. núm. 1704/1994).

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*" (STS 1ª, de 21 de abril de 2008, Rec. núm. 442/2001).

2. Además, según el art. 217 LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil), es carga del demandante probar la concurrencia de los presupuestos a los que la Ley anuda el nacimiento del derecho a la indemnización. Por ello, pesa sobre él la carga de acreditar, no sólo los hechos en los que funda su reclamación de responsabilidad, sino, igualmente, la efectiva realidad de los perjuicios ocasionados y la procedencia de la indemnización solicitada.

Pues bien, consideramos que, en el presente caso, el dictamen pericial de parte en el que se funda y cuantifica la reclamación no cumple los requisitos exigidos por la doctrina anteriormente expuesta y contiene verdaderos *sueños de ganancia*.

Aplicada la doctrina expresada al caso concreto, podemos concluir que el reclamante ha probado 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, ya que, como hemos dicho, 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, lo que resulta indudable y probado por la resolución judicial firme de la que trae causa esta reclamación.

No obstante, consideramos que la prueba pericial carece del preciso rigor, incluso técnico, y se basa en meras especulaciones o valoraciones sobre datos que no acredita debidamente. Obviamente, este Consejo, no ignora que la prueba del lucro cesante, debe tener una parte importante de valoración o especulación técnica, pero el reclamante disponía de elementos suficientes para fundar de forma rigurosa el lucro cesante que reclama.

La obtención de la autorización de la Comunidad Autónoma, reconocida en sentencia, no otorga *"per se"* el derecho al inicio del ejercicio de una actividad económica, que requiere la obtención de otras licencias y autorizaciones, entre ellas, la licencia municipal de apertura, cuyo otorgamiento y fecha de su concesión no ha quedado acreditada y que puede ser determinante para la fijación del inicio del plazo en el que pudiera acreditarse un lucro cesante efectivo, ausencia de prueba imputable únicamente al reclamante que debió acreditar que en la fecha de 12 de noviembre de 2019, *"dies a quo"* para reclamar la indemnización, el salón de juegos cumplía las condiciones y requisitos para su apertura, además de que deberían haber quedado acreditadas las características de la actividad

autorizada, a saber, si se ejercía o no actividad de bar, las dimensiones del salón, los horarios de apertura de la actividad, etc.

Igualmente, en el momento de presentar la reclamación, la actividad de salón de juegos *"S."* debería haber estado en funcionamiento desde el día 31 de marzo de 2022 (*dies ad quem*), con todas las autorizaciones y licencias otorgadas, es decir, el reclamante debe disponer de datos reales como consecuencia del ejercicio de la actividad durante casi un año completo, datos, cuyo análisis y acreditación pudo permitir evaluar el lucro cesante sobre datos reales de la explotación del negocio en ese local concreto.

Por tal razón, pudo y debió acreditar, mediante pericial o documental, el número y tipo de máquinas efectivamente instaladas en el local de Calahorra, su identificación, el número de puestos, el número de personas contratadas para prestar el servicio, aportando sus contratos de trabajo, recibos de salarios y costes de seguridad social.

En suma, la prueba debió sustentarse en datos reales y no mediante la mera especulación comparativa con datos procedentes de otros locales, que, además, se encuentran situados en la localidad de Logroño y no en Calahorra.

El informe además contiene datos imprecisos, así por ejemplo no analiza el impacto de las medidas que sobre el sector del juego fueron adoptadas por las autoridades competentes durante la COVID-19, a pesar de que tales limitaciones han sido adoptadas legalmente, a modo de ejemplo, podemos citar que, en particular, en La Rioja, al sector del Juego, le han afectado las siguientes: i) por Acuerdo del CG de 20 de junio de 2020 se impuso una limitación en el aforo del 75%; llegando incluso a suspenderse totalmente su actividad durante concretos periodos (7 a 15 de enero de 2021 y 22 de enero a 21 de febrero de 2021); ii) por Acuerdo del CG de 15 de agosto de 2020 se impuso como hora de cierre las 01:00 h., posteriormente modificada a las 21:00 h. y 22:00 h., con diferente vigencia temporal, en todo con limitación de admisión de clientes desde una hora antes; y iii) por Acuerdo del CG de 1 de septiembre de 2021 se establecieron límites en el número de personas que podían ocupar mesas o agrupaciones de mesas a partir del 1 de septiembre de 2020 (que, en tal fecha, quedó fijado en 10 y más adelante se redujo a 6) y hasta el día 9 de mayo de 2021, entre otras.

Entre los ingresos positivos se incluye una estimación de las ayudas COVID-19 que le hubiesen correspondido por el Gobierno de Navarra, sin que se acredite su posible aplicación al establecimiento riojano de Calahorra.

La documentación unida al informe tampoco es suficientemente rigurosa y fehaciente como para incrementar la solvencia de los datos analizados, así no aporta declaraciones tributarias presentadas conforme a las obligaciones fiscales que le corresponda, sino únicamente un único modelo 048 con un listado de máquinas autorizadas que, en ningún

caso, puede deducirse la correlación con las que física y verdaderamente estuvieran instaladas y en funcionamiento en Calahorra.

Todo ello, permite concluir que, en este caso, la prueba de las ganancias dejadas de obtener no ha sido suficiente *rigurosa*, sino que, por el contrario, puede tildarse de *"dudosa y contingente",* de forma tal que este Consejo no ha obtenido pleno convencimiento de que la indemnización solicitada le es debida como reparación integral, por lo que su estimación integra, pudiera suponer un *enriquecimiento injusto* para el reclamante, conforme a la doctrina de la STS de 25 de abril de 2017 precitada.

Además, conviene recordar que es a la parte reclamante a la que le compete anudar la prueba.

Ciertamente, la presurosa instrucción no ha permitido contar con el análisis de un técnico cualificado como se había solicitado por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, pero es unánimemente aceptado que, en el ámbito del Derecho Administrativo, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, los dictámenes periciales deben valorarse tal como ordena el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, *"según las reglas de la sana crítica"* y en este caso, este Consejo no puede obtener el convencimiento de la acreditación de la efectividad y cuantía del daño reclamado, por lo que debe desestimarse la reclamación presentada.

CONCLUSIÓN

Única

En los términos en los que está planteada e instruida la presente reclamación no puede ser estimada. Por ello, se propone desestimar la reclamación planteada por *E.S.L.*. por no haber acreditado la efectividad y cuantía del lucro cesante reclamados.

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