



**DICTAMEN: 165/2017, de 8 de juny**

MATÈRIA: Responsabilitat patrimonial

DEPARTAMENT: Governació, Administracions Públiques i Habitatge - Ajuntament de Calafell

PONENT: Marta Franch i Saguer

**DICTAMEN 165/2017, de 8 de juny. Reclamació de responsabilitat patrimonial instada per Alcázar Cillán, SCP, davant l'Ajuntament de Calafell, pels danys i perjudicis causats per les obres del nou mercat municipal de Calafell**

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 8 de juny de 2017, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Francesca Mas i Casanovas, amb la participació de les Sres. i els Srs. Ferran Badosa i Coll, Alfredo Galán Galán, Margarida Gil i Domènech, Marc Marsal i Ferret, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Isabel Pont i Castejón, Sonia Ramos i González, Lluís Saura i Lluvià, Joan Manuel Trayter i Jiménez, i Antoni Vaquer Aloy, i essent-ne ponent la Sra. Marta Franch i Saguer, ha aprovat el Dictamen següent:

**ANTECEDENTS DE FET**

1. El 20 de febrer de 2014, la Sra. A, en nom propi i en representació de la societat Alcázar Cillán, SCP, va presentar un escrit d'al·legacions a l'Acord de la Junta de Govern Local de 30 de desembre de 2013, que, en el marc de l'expedient de rescat de les concessions administratives de les parades del Mercat Vell de Calafell, a extingir, traslladava als titulars de les concessions la proposta d'indemnització del rescat anticipat.

2. Entre les al·legacions formulades, la interessada s'oposava a la valoració de la indemnització efectuada en l'informe dels serveis d'Intervenció i de la Secretaria municipal i sol·licitava que se la indemnitzés en un total de 152.771,84 euros pels conceptes següents: per les millores de les instal·lacions efectuades a la parada (8.000 euros), pel dany derivat del cessament de l'activitat econòmica (127.941,53 euros) i pels danys i perjudicis derivats de les obres del nou mercat municipal, des del mes d'octubre de 2011 fins al novembre de 2013, que havien causat inconvenients en el funcionament ordinari del mercat i obstaculitzat l'accés, amb un descens considerable de les vendes (16.830,31 euros).

3. Per Resolució d'una regidora municipal de 20 d'octubre de 2014, es va requerir la instant per tal que en el termini de 10 dies hàbils esmenés les deficiències de l'escrit de reclamació, amb l'aportació de la documentació acreditativa del dany al·legat i d'aquells altres documents, al·legacions i informacions que es consideressin escaients, així com de la proposició de prova que es volgués practicar.

4. Mitjançant un escrit de 31 d'octubre de 2014, la instant va manifestar que la quantificació dels danys i perjudicis sol·licitats derivats de l'activitat econòmica s'efectuava sobre la base de la documentació que aportava, consistent en les declaracions d'IRPF dels exercicis 2008

a 2012, el detall del càlcul dels mòduls empresarials corresponents a l'any 2013 i les dades de transferències i ingressos corresponents als anys 2008 a 2013. D'altra banda, en relació amb les obres i millores que havia efectuat a la parada, aportava diverses fotografies de l'estat original de la parada i de l'estat que presentava al mes de novembre de l'any 2013. Finalment, quant al dany reclamat derivat de les obres de construcció del nou mercat municipal, indicava que es basava en les declaracions de l'IRPF corresponent als exercicis 2011-2012 i al detall del càlcul dels mòduls empresarials corresponent al 2013.

5. Mitjançant Decret de 29 d'abril de 2015 de la mateixa regidora municipal, es va admetre a tràmit la reclamació de responsabilitat patrimonial presentada per la instant pel dany derivat de les obres de construcció del nou mercat municipal, es va nomenar l'instructor del procediment i es va comunicar a la interessada el termini per a resoldre i el sentit del silenci.

6. Consta en l'expedient que es va donar trasllat de la reclamació a l'entitat asseguradora de l'Administració i que, per escrit de 4 d'octubre de 2016, va presentar un escrit d'al·legacions en què manifestava que, un cop analitzats els antecedents, es conclouia la inexistència de responsabilitat patrimonial pels fets al·legats.

7. El 20 d'octubre de 2016, la secretària de l'Ajuntament va emetre un informe sobre la reclamació formulada, en què, en primer terme, assenyalava que, atès que l'expedient de responsabilitat patrimonial es tramitava únicament pels danys materials al·legats per la instant derivats de les obres de construcció del nou mercat municipal, tal com havia especificat el decret d'admissió a tràmit de la reclamació, només s'entrava a analitzar aquest aspecte. En l'apartat de conclusions posava de manifest que era procedent desestimar la reclamació per tal com la instant no havia acreditat que la pèrdua econòmica al·legada pel descens de les vendes portés causa en les obres del nou mercat municipal de Calafell.

8. Mitjançant un ofici de la instructora de l'expedient de 20 d'octubre de 2016, es va atorgar a la instant el tràmit de vista i d'audiència de l'expedient per un termini de deu dies.

9. Per escrit de 3 de novembre de 2016, la instant va sol·licitar que se li trametés una còpia de diversos documents integrats a l'expedient i que s'ampliés el termini del tràmit d'audiència.

10. Per escrit de 9 de novembre de 2016, l'òrgan instructor va trametre a la instant una còpia de la documentació sol·licitada i li va indicar que, d'acord amb la seva petició, el termini per a presentar al·legacions es prorrogava en cinc dies, a comptar a partir de la recepció. Aquest escrit es va notificar a la instant en data de 14 de novembre de 2016, sense que consti que hi formulés al·legacions.

11. El 10 de febrer de 2017, la instructora del procediment va emetre l'informe proposta de resolució en el sentit de desestimar la reclamació formulada pels danys i perjudicis causats per les obres del nou mercat municipal per manca de relació causal i d'acreditació del dany al·legat.

12. Mitjançant Decret del regidor de l'Àrea de Serveis Econòmics i Urbanístics de 13 de febrer de 2017, es va acordar sol·licitar a la Comissió Jurídica Assessora que emetés el dictamen preceptiu i suspendre el termini de resolució de l'expedient fins que no s'emetés el dictamen preceptiu o fins que no transcorregués el termini per a emetre'l.

13. Per escrit de 14 de febrer de 2017, la instructora de l'expedient va trametre, mitjançant EACAT, l'expedient al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge per tal de sol·licitar el dictamen preceptiu a la Comissió Jurídica Assessora.

14. Mitjançant oficis de 6 i 23 de març de 2017, la cap del Servei de Règim Local va requerir l'Ajuntament que completés l'expedient tramès amb la petició de dictamen degudament signada per l'alcalde i un certificat acreditatiu que la documentació tramesa coincidís íntegrament amb l'expedient administratiu original. Altrament, es va requerir que s'incorporés a l'expedient la valoració que l'Ajuntament efectuava del dany al·legat.

15. Aquests requeriments van ser atesos per l'Ajuntament amb la documentació tramesa a través d'EACAT els dies 13 i 24 de març de 2017. Consta en l'expedient un informe de l'òrgan instructor de data 13 de març de 2017 complementari a la proposta de resolució en què s'efectua la valoració econòmica del dany al·legat.

16. El 7 d'abril de 2017, la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals, amb el vistiplau de la cap del Servei de Règim Local, va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

17. El 19 d'abril de 2017, va tenir entrada a la Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen cursada a través de la consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge.

18. En la sessió de 20 d'abril de 2017, el Ple de la Comissió Jurídica Assessora va admetre a tràmit la petició referida i en va designar ponent.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

### **I. Objecte del Dictamen**

Constitueix l'objecte d'aquest Dictamen l'expedient corresponent a la reclamació per danys efectuada per la Sra. A, en nom propi i en representació de la societat Alcázar Cillán, SCP, en el marc d'un procediment de rescat anticipat de les concessions dels punts de venda del Mercat Vell de Calafell que l'Ajuntament ha tramitat mitjançant un procediment de responsabilitat patrimonial.

## **II. Competència**

L'expedient s'ha tramès a aquesta Comissió a l'empara de l'article 8.3.a) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora, que estableix la preceptivitat del dictamen d'aquest òrgan consultiu en relació amb les "Reclamacions de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques la quantia de les quals sigui igual o superior a 50.000 euros". La intervenció d'aquesta Comissió en aquest tipus de procediments també s'estableix en l'article 86 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

La reclamació es quantifica en un total de 152.771,84 euros; per tant, superior al mínim exigit per a la intervenció preceptiva de la Comissió Jurídica Assessora.

## **III. Legitimació activa i competència per a resoldre el procediment**

Pel que fa als aspectes formals, la reclamació és formulada per la Sra. A en nom propi i en representació de la Societat Alcázar Cillán, SCP, com a titular de la concessió de la parada X del Mercat Vell de Calafell. La condició d'interessada de la instant s'ajusta a la normativa procedimental, en la mesura que és la persona directament afectada pel dany reclamat. No consta, però, en l'expedient cap documentació que acrediti la representació que la instant addueix en relació amb la societat esmentada ni tampoc cap documentació que acrediti que és titular de la concessió, si bé aquesta condició no ha estat discutida per l'Ajuntament, probablement perquè ha quedat acreditada en l'expedient de rescat de les concessions.

D'altra banda, la reclamació es dirigeix contra l'Ajuntament de Calafell com a titular del servei públic del mercat municipal d'abastament, infraestructura municipal que gestiona directament en el marc de les competències que li atribueix l'article 66.3.g) del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

## **IV. Temporalitat de l'acció de responsabilitat patrimonial**

La proposta de resolució no es pronuncia sobre la temporalitat de l'exercici de l'acció. En la mesura que la instant al·lega que els danys derivats de les obres de construcció del nou mercat municipal es van produir quan aquestes obres es van portar a terme, des del mes d'octubre de 2011 fins al mes de novembre de 2013, i que aquesta afirmació no ha estat contradita en cap moment per l'Ajuntament, sembla que necessàriament s'ha de concloure que la reclamació, presentada el 20 de febrer de 2014, s'ha interposat en el termini previst legalment, és a dir, abans del transcurs de l'any des de la manifestació de l'efecte lesiu.

## V. Aspectes procedimentals

Pel que fa a la conformació de l'expedient, està degudament indexat, si bé no consta degudament paginat, com hauria estat convenient a fi i efecte de preservar-ne la integritat, tal com aquest òrgan consultiu ha assenyalat, entre d'altres, en els dictàmens 200/2016, 277/2016 i 162/2012.

D'altra banda, l'Ajuntament no ha incorporat a l'expedient cap documentació relativa al procediment de rescat de les concessions dels punts de venda del Mercat Vell de Calafell, com hauria estat adient d'acord amb allò que estableix l'article 27.3 del Decret 69/2006, d'11 d'abril, d'aprovació del Reglament d'organització i funcionament de la Comissió Jurídica Assessora, ja que es tracta d'un expedient anterior en què porta causa la reclamació.

El procediment que s'ha seguit per a determinar l'eventual responsabilitat de l'Administració s'ha ajustat, tret d'una mancança a la qual posteriorment s'al·ludirà, a allò establert en la Llei 26/2010 i també en l'LRJPAC i el Reial decret 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial (RPRP), ambdues normes vigents en el moment d'iniciar-se el procediment, i que resulten aplicables segons determina la disposició transitòria tercera de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Consta en l'expedient que la reclamació es va admetre a tràmit per Resolució de 29 d'abril de 2015 i que aquesta resolució es va notificar a la interessada amb la indicació del termini per a resoldre i el sentit del silenci. La interposició de la reclamació es va comunicar, així mateix, a l'entitat asseguradora de l'Ajuntament, que va presentar un escrit d'al·legacions. D'altra banda, la Secretaria municipal va informar sobre la reclamació formulada i, posteriorment, es va atorgar el tràmit d'audiència a la interessada, a qui, d'acord amb la petició formulada, li van concedir una pròrroga del termini inicialment concedit per a formular-hi al·legacions. Segons consta en la proposta de resolució, un cop expirat aquest termini, la instant no hi ha presentat al·legacions.

L'expedient es clou amb la proposta de resolució de l'òrgan instructor, que, d'acord amb el contingut de l'informe jurídic de la Secretaria municipal, proposa desestimar la reclamació per manca de relació causal i d'acreditació suficient del dany al·legat.

La proposta de resolució, de data 10 de febrer de 2017, s'amplia mitjançant un informe complementari de 13 de març de 2017, que, en compliment del requeriment efectuat per la Direcció General d'Administració Local de completar l'expedient, conté una valoració dels danys reclamats, d'acord amb el que ha assenyalat la Comissió Jurídica Assessora, atès que facilita la intervenció d'aquest òrgan consultiu davant d'hipotètics pronunciaments estimatoris, ja que, d'acord amb l'article 12.2 de l'RPRP, s'ha de pronunciar no solament sobre l'existència de responsabilitat, sinó també sobre la quantia (dictàmens 235/2013, 85/2014, 115/2015, 10/2016, 46/2016 i 286/2016, entre d'altres).

Tanmateix, escau assenyalar que, malgrat que la reclamació s'admet únicament a tràmit en relació amb els danys al·legats per la instant, a conseqüència de les obres de construcció del nou mercat municipal, en el decurs de la instrucció no s'hi ha incorporat, com hauria estat adient, cap informe emès pel servei municipal en el marc del qual s'hauria causat la presumpta lesió indemnitzable, d'acord amb allò previst en l'article 10.1 de l'RPRP, que es pronunciï sobre l'actuació municipal en l'execució de les obres de construcció del nou mercat municipal i les al·legacions formulades per la instant amb l'explicitació d'aspectes com la durada temporal de l'obra o de les mesures adoptades.

## **V. Context en què s'emmarca el procediment de responsabilitat patrimonial instruït per l'Ajuntament de Calafell**

1. La reclamació que ha donat lloc a la instrucció del procediment de responsabilitat patrimonial, sotmès a dictamen, es va presentar en el marc d'un expedient de rescat anticipat dels punts de venda del Mercat Vell de Calafell, del qual no s'ha tramès, com ja s'ha posat de manifest, cap documentació a aquest òrgan consultiu. La instant, titular de la concessió de la parada X del Mercat Vell de Calafell, mitjançant un escrit que va tenir entrada al Registre de l'Ajuntament el 20 de febrer de 2014, va formular al·legacions a l'Acord de la Junta de Govern Local de Calafell de 30 de desembre de 2013, en què s'aprovava la proposta d'indemnització a atorgar per al rescat anticipat als titulars de les concessions del Mercat Vell de Calafell, a extingir, explicitada en un informe emès pels serveis econòmics municipals, d'Intervenció i Secretaria, el qual tampoc no figura en l'expedient tramès, i s'acordava donar-ne trasllat als interessats.

Segons manifesta la interessada en l'escrit d'al·legacions a l'Acord de la Junta de Govern Local de 30 de desembre de 2013, des del dia 29 de novembre de 2013, coincidint amb l'obertura del nou mercat municipal, no se l'ha deixat seguir amb l'activitat econòmica que duia a terme al Mercat Vell de Calafell. Al·lega que el 15 de novembre de 2013 va rebre una primera notificació de l'acord de tancament del Mercat Vell adoptat en la sessió del Ple municipal de 31 d'octubre de 2013, sobre la base que aquest mercat no disposava de les condicions mínimes estructurals per a prestar el servei, i que el 27 de novembre de 2013 va rebre una notificació que ordenava el tancament de la parada amb efectes del 28 de novembre de 2013.

També al·lega que no ha estat degudament escoltada en la seva condició d'interessada en el procediment d'aprovació del reglament de funcionament del nou mercat, ni de les obres de construcció del nou mercat ni del plec de clàusules per a la licitació de les autoritzacions d'ús de les parades del nou mercat. Així, segons afirma, les obres de construcció del nou mercat de Calafell van començar al mes d'octubre de 2011; el Reglament de funcionament del nou mercat municipal es va aprovar definitivament en la sessió plenària de 13 de juny de 2013 (BOP de 22 de juny de 2013); el Plec de clàusules per a la licitació de les autoritzacions d'ús de les parades del nou mercat es va aprovar definitivament en la sessió del Ple de 13 de juny

de 2013, i, finalment, per Acord de la Junta de Govern Local de 9 d'agost de 2013, es va acordar l'adjudicació de les parades del nou mercat.

En l'escrit d'al·legacions, la interessada, entre altres qüestions, discuteix determinats aspectes de la proposta d'indemnització continguda en l'informe esmentat i sol·licita que la indemnitzin pels danys i perjudicis soferts, que quantifica en un total de 152.771,84 euros, sobre la base dels conceptes següents:

– En la lletra c) de l'escrit indicava que en el rescat de la concessió s'havien d'incloure tant les instal·lacions com les millores efectuades a la parada pel concessionari des de l'inici de l'activitat comercial, que quantifica en 8.000 euros. Per tal d'acreditar aquest concepte, la instant aporta fotografies de l'estat original de la parada, en què es visualitza una peixateria, i altres fotografies de l'aspecte que la parada presentava al mes de novembre de 2013, i assenyalava que en aquestes darreres fotografies es pot apreciar la millora de les instal·lacions, amb la compra de balances, congeladors, etc.

– En la lletra d) d'aquest escrit sol·licita una indemnització per danys i perjudicis derivats de l'extinció de la concessió, setze mesos abans que expirés el termini de vigència. La instant, sobre la base dels darrers cinc anys de l'activitat econòmica, sol·licita una indemnització per danys i perjudicis per la quantia de 127.941,53 euros i manifesta que s'hi ha addicionat un percentatge d'un 25 % per la via de fet i un 5 % d'acord amb el previst en l'article 43 de la LEF. Aquesta valoració, segons indica la instant, l'ha efectuat sobre la base de les declaracions de l'IRPF corresponents als exercicis del 2008 al 2012, de les quals aporta una còpia; els mòduls empresarials corresponents a l'any 2013, i els extractes bancaris, que adjunta, que contenen un detall de les transferències bancàries corresponents a les anualitats des del 2008 fins al 2013 i dels ingressos de les anualitats del 2009 al 2013.

– En la lletra e) de l'escrit, la instant sol·licita una indemnització de 16.830,31 euros pels danys i perjudicis soferts arran de les obres del nou mercat municipal de Calafell, des del mes d'octubre de 2011 fins al mes de novembre de 2013, coincidint amb el tancament de l'activitat, que, segons afirma, van causar nombrosos inconvenients en el funcionament ordinari del mercat, en obstaculitzar i dificultar l'accés al mercat i a l'aparcament. Concreta el perjudici sofert en un descens considerable de les vendes, que, segons indica, acredita amb les declaracions d'IRPF corresponents als exercicis 2011-2012 i al detall del càlcul dels mòduls empresarials de l'any 2013.

2. Mitjançant Resolució de 20 d'octubre de 2014, signada per una regidora municipal i la secretària municipal, es requereix a la instant per tal que, en el termini de deu dies hàbils, esmeni els defectes de l'escrit de reclamació amb l'aportació de l'acreditació de la quantia reclamada i de les al·legacions i la proposició de prova que estimi convenientes.

Cal destacar que en la part expositiva d'aquesta resolució s'assenyalava el següent: "El Departament de Secretaria ha comprovat que malgrat que aquesta petició es presenta dins

d'un expedient aliè a la responsabilitat patrimonial, l'apartat e) de l'al·legació quarta ha de seguir els tràmits de la responsabilitat patrimonial. Per tant, atès que la sol·licitud està incompleta, cal requerir la reclamant per tal que acompanyi tota la documentació necessària, amb caràcter previ a l'admissió de la seva reclamació de responsabilitat patrimonial." En l'apartat e) de l'al·legació quarta, la instant, com s'ha assenyalat, reclamava els danys i perjudicis que li havien causat les obres de construcció del nou mercat de Calafell.

3. En resposta al requeriment que l'Ajuntament va formular a la interessada per Resolució de 20 d'octubre de 2014, la instant va presentar un escrit de 31 d'octubre de 2014 en què reiterava la reclamació per danys per un import de 152.771,84 euros per tots els conceptes continguts en l'escrit de 20 de febrer de 2014, i aporta diversa documentació per a fonamentar la valoració del dany, a la qual s'ha fet esment amb anterioritat (declaracions d'IRPF, mòduls empresarials corresponents a l'any 2013 i fotografies).

4. Mitjançant Resolució de 29 d'abril de 2015, signada per una regidora i la secretària municipal, la reclamació de responsabilitat patrimonial s'admet a tràmit, segons s'assenyala, "pels danys materials derivats de les obres realitzades des del mes d'octubre de 2011 fins al mes de novembre de 2013". No consta en aquesta resolució cap motivació de les causes que porten a excloure del procediment de responsabilitat patrimonial la resta de danys reclamats per la instant.

## **VI. La posició de l'Ajuntament**

L'Ajuntament proposa desestimar la reclamació formulada pels danys i perjudicis presumptament causats per les obres del nou mercat municipal de Calafell per manca d'acreditació suficient del dany al·legat i per manca de relació causal.

Pel que fa al dany, l'Ajuntament assenyala que "De la documentació aportada per la part reclamant no se'n dedueix que les possibles pèrdues econòmiques siguin conseqüència de les obres que s'estaven realitzant en el nou mercat municipal de Calafell. La reducció d'ingressos pot ser deguda a múltiples causes com per exemple la situació econòmica del país o el tancament de l'antic mercat de Calafell abans de finalitzar l'any ja que les declaracions dels exercicis anteriors abasten 12 mesos i el mercat es va tancar a finals de novembre".

Quant a la relació causal, es constata que en la justificació de la seva inexistència, la proposta de resolució incorpora amb descurança una valoració que no té res a veure amb l'expedient que s'analiza, sotmès a dictamen, en la mesura que en el punt 4 de les consideracions s'assenyala el següent: "En el present supòsit hi ha un funcionament correcte dels mecanismes de les pilones i no consta mal funcionament. Els sistemes d'accionat estan vinculats a un senyal vertical semafòric que indica la possibilitat de pas. Per tant, si la part



reclamant hagués complert amb els senyals verticals lluminosos no hauria tingut lloc el sinistre, sent per tant culpa exclusiva del reclamant.”

## VII. Consideracions sobre el fons de l'assumpte

D'acord amb la legislació aplicable, la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora i la jurisprudència, els requisits que han de concórrer perquè la reclamació prosperi i el perjudicat tingui dret a ser indemnitzat són els següents: a) Hi ha d'haver un dany o una lesió efectius, que siguin avaluables econòmicament i individualitzats, i amb caràcter antijurídic, en el sentit que no s'han de suportar; b) És necessària una relació de causalitat entre el dany o la lesió soferts pel reclamant i el funcionament normal o anormal dels serveis públics, sempre que no hi hagi dol, culpa o negligència greu imputables al reclamant, i c) No ha d'existir cap força major en la producció del dany.

Per a generar la responsabilitat de l'Administració han de concórrer tots aquests requisits, i cal examinar-los separatament.

### A) Danys exclosos del procediment de responsabilitat patrimonial

Tal com s'ha assenyalat, la reclamació de responsabilitat patrimonial s'ha admès a tràmit i s'ha instruït únicament en relació amb els danys al·legats per la instant que atribueix a les obres de construcció del nou mercat municipal.

L'Ajuntament, tot i que no ha incorporat a l'expedient tramès cap explicació sobre aquesta qüestió, sembla que ha considerat que la reclamació formulada per la instant pels danys derivats de les millores efectuades a la parada des de l'inici de l'activitat comercial i els perjudicis derivats de l'extinció de l'activitat econòmica, setze mesos abans que expirés el termini de vigència de la concessió, no es pot tramitar per la via de la responsabilitat patrimonial. Aquesta posició sembla que s'ha de considerar ajustada, en la mesura que es tracta de danys que s'han de situar en l'àmbit de l'execució contractual i de les responsabilitats que es poden generar en aquest camp.

La Comissió Jurídica Assessora s'ha pronunciat sobre el diferent àmbit de la responsabilitat contractual i de la responsabilitat extracontractual en diverses ocasions (*vid.* dictàmens 168/2013, 338/2014, 233/2016 i 69/2017, entre d'altres).

El punt de partida és la constatació, reiteradament feta per aquesta Comissió, de la diferència existent en l'ordenament jurídic entre la responsabilitat contractual i l'extracontractual o patrimonial de l'Administració: «El Tribunal Suprem (Sentència de 25 juliol de 2000, Recurs 368/1996) s'ha referit a la delimitació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració respecte de la derivada de relacions obligacionals i posa de manifest que *“siendo en realidad ambos tipos de responsabilidad claramente diferenciables en su naturaleza y régimen jurídico,*

*pues como dice la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1999, 'la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de suportar', mientras que la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento –por una de las partes contratantes– de un deber estipulado en el contrato» (Dictamen 338/2014).*

La distinció entre ambdós tipus de responsabilitat administrativa obliga a determinar el criteri que cal emprar per a apreciar-ne la concurrència: «Per tal d'apreciar un o altre tipus de responsabilitat i els mecanismes per a fer-la efectiva, segons indica la STS de 29 de juny de 1999 (Recurs 3233/1995), “[...] lo decisivo no es el título de imputación de la responsabilidad y el nomen iuris de la acción ejercitada, sino si de dicha relación realmente surgen obligaciones para una u otra parte excluyentes en los hechos concretamente considerados de la disciplina genérica de la responsabilidad patrimonial que a las Administraciones públicas en aquellos supuestos compete. En el caso examinado lo decisivo no es [...] sino si entre la Administración que incurrió en el error al determinar la cuenta a la que se dirigió la transferencia y la entidad de crédito que sufrió los perjuicios consta la existencia de una vinculación obligacional que pudiera enervar los mecanismos generales de la responsabilidad patrimonial [...]”. En el mateix sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2007 (Rec. 539/2003) posa de manifest que “la existencia de una relación contractual, aducida como fundamento de la pretensión indemnizatoria, según la doctrina que el propio recurrente recoge de esta Sala, impedía que prosperara la reclamación por responsabilidad extracontractual [...]”» (Dictamen 338/2014).

Com ja ha manifestat aquesta Comissió, no sempre és senzilla la delimitació, en el cas concret, entre responsabilitat patrimonial i responsabilitat contractual de l'Administració: “Aquesta disjuntiva s'ha plantejat en diverses ocasions, ja que no sempre és fàcil diferenciar quan una sol·licitud o reclamació queda situada en el terreny de la responsabilitat patrimonial contractual i quan, per contra, domina la perspectiva del funcionament normal o anormal dels serveis públics que ha generat un dret al rescabament pels danys generats per aquests serveis. A més, aquesta qüestió es projecta tant respecte de la competència d'aquesta Comissió per a informar sobre l'expedient, com respecte de la idoneïtat de la reclamació com a responsabilitat patrimonial de l'Administració” (Dictamen 168/2013).

En el Dictamen 82/2013, aquesta Comissió ha sintetitzat la seva posició en relació amb aquesta qüestió. La regla general és que les pretensions relacionades amb l'execució o compliment de relacions contractuals no es poden articular per la via de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. Aquesta possibilitat només es pot admetre, amb caràcter excepcional, analitzant les circumstàncies del cas concret, en “supòsits especials o extraordinaris”, en els casos d'enriquiment injust o sense causa de l'Administració i en els supòsits d'inexistència o no disposició d'altres vies per a resoldre la pretensió:

“En ocasions s’ha canalitzat per la via de la responsabilitat patrimonial pretensions relacionades amb l’execució o compliment de relacions contractuals, però aquests són supòsits especials o extraordinaris i, en conseqüència, s’ha de verificar quines són les circumstàncies peculiars que van portar a aquestes solucions.

Un repàs dels pronunciaments dels òrgans consultius permet observar que, en general, s’admet la utilització de la via de la responsabilitat patrimonial, malgrat tractar-se d’una reclamació relativa al compliment de prestacions contractuals, quan s’ha produït, o es produirà, un enriquiment injust o sense causa de l’Administració (dictàmens 34/1995, 61/1995, 178/2009 i 235/2012 d’aquesta Comissió i dictàmens 3617/2000, 88/2004, 1204/2006 i 1008/2008 del Consell d’Estat). Amb la mateixa orientació es poden citar alguns pronunciaments del Tribunal Suprem (de 21 de març de 1991, de 13 de febrer o de 23 d’abril de 2008).

Una altra circumstància que es constata en l’examen dels parers i resolucions en aquests supòsits és que l’admissió del procediment de responsabilitat patrimonial es produeix davant la inexistència, o no disposició, d’altres vies per a resoldre la pretensió. Quan aquesta existeix, s’ha d’optar per ella (Dictamen 175/98)” (Dictamen 82/2013, reproduït pels posteriors dictàmens 168/2013, 338/2014 i 69/2017).

En definitiva, en el cas examinat, no concorren les circumstàncies excepcionals abans indicades, de manera que els danys reclamats derivats de les instal·lacions i millores efectuades a la parada des de l’inici de l’activitat comercial i els derivats de l’extinció de l’activitat econòmica, setze mesos abans de l’expiració del termini de vigència de la concessió, s’han de vehicular en el marc del procediment de rescat de la concessió, posició que és la que sembla que ha adoptat l’Ajuntament.

#### B) Danys derivats de les obres de construcció del nou mercat municipal

La instant exposa que les obres de construcció del nou mercat municipal que ha hagut de suportar des de l’octubre de 2011 fins al novembre de 2013 han comportat innumerables inconvenients en el funcionament ordinari del mercat, han obstaculitzat l’accés a aquest i a l’aparcament principalment els dies de mercat ambulant i han dificultat el trànsit i la circulació. Considera que aquestes obres han estat la causa principal d’un descens considerable de les vendes i de menys ingressos econòmics pel difícil accés al mercat, i quantifica els danys en 16.830,31 euros.

Per a determinar si es pot apreciar o no l’existència de responsabilitat administrativa pels danys al·legats derivats de les obres de construcció del nou mercat municipal, caldrà, en primer terme, analitzar si s’han produït els danys al·legats i, en aquest cas, si la instant estava o no obligada a suportar-los.

La Comissió ha tingut ocasió de referir-se en diverses ocasions (dictàmens 296/1996, 355/1996, 368/1996, 44/2012, 418/2012 i 375/2012 i 150/2013, entre d'altres) a reclamacions basades en la tipologia de danys esmentada derivats de la construcció d'obra pública i ha assenyalat que el concepte de lesió indemnitzable "s'ha d'acotar en relació amb el deure jurídic que tenen tots els ciutadans de contribuir al sosteniment de les càrregues públiques en condicions d'igualtat, que troba el seu fonament en l'article 31.1 de la Constitució. El principi de proporcionalitat desplega aquí una funció rellevant, en el sentit que caldrà considerar com a lesió indemnitzable aquells danys o sacrificis que s'individualitzin en un subjecte determinat amb uns efectes clarament desproporcionats de la resta dels ciutadans que es trobin en identitat de situació. El límit del deure jurídic de suportar les molèsties, els inconvenients i fins i tot els danys que es deriven de l'execució correcta de les obres públiques s'ha de situar allí on es buida de contingut el dret afectat. Així, la doctrina utilitza el concepte de danys quasi expropiatoris per a referir-se a aquells danys que excedeixen de forma desproporcionada de les càrregues ordinàries i el nivell de tolerabilitat admissible. Tot tenint en compte, d'altra banda, que la finalització de l'obra pública en qüestió [...] ha de redundar en benefici [...]". Entre els nombrosos dictàmens sobre reclamacions similars, es poden indicar els següents: 74/2007, 201/2007, 202/2007, 110/2008, 259/2008, 285/2008, 294/2009, 323/2009, 347/2009 i 74/2011.

El criteri de la Comissió i del Consell d'Estat, així com de la jurisprudència, ha estat considerar normalment com a lesió indemnitzable només la que deriva d'una privació total de l'accés al negoci fronterer amb la via pública, o quan la dificultat d'accés resulta extrema. En canvi, quan l'acció pública produeix d'una manera temporal més dificultat o incomoditat per a l'accés a la propietat o al negoci, es considera, en principi, que la càrrega es mou dins els límits de la tolerabilitat, i que, en conseqüència, el dany que s'hagi pogut patir no és indemnitzable en no ser antijurídic.

Així, la doctrina jurisprudencial ha adoptat un criteri estricte a l'hora de determinar els perjudicis derivats de la realització d'obres públiques. En aquest sentit, són significatives, entre d'altres, les sentències del Tribunal Suprem de 18 d'abril de 1995, de 14 d'abril de 1998 i de 13 d'octubre de 2001 (Sala Tercera, Secció Sisena), o d'altres en què el titular ho era d'una instal·lació de restauració, com s'exposa en les sentències de 3 de juny de 2003 i de 19 de setembre de 2008 (Sala Tercera, Secció Sisena). En totes elles només s'admet la indemnització de la lesió en aquells casos en els quals aquesta consisteix en una pèrdua total dels accessos a l'establiment. Fora d'aquests casos, la lesió no s'ha considerat antijurídica, llevat d'aquells en què la situació ha estat tan evident i manifesta i el perjudici tan clar i singular sobre un determinat subjecte, i en relació amb les característiques específiques de la seva activitat, que s'ha declarat el dany antijurídic i, per tant, indemnitzable. Aquest és el cas recollit en la Sentència de 23 de març de 2009, de la Sala Tercera, Secció Sisena, del Tribunal Suprem. Això no obstant, l'aplicació d'aquests criteris requereix la modulació corresponent en funció de les circumstàncies del cas, com poden ser la intensitat material, l'extensió superficial o la durada temporal de l'obra; paràmetres que han d'ajudar a valorar l'abast de la pertorbació i, en conseqüència, determinar l'antijuridicitat del dany.

En el supòsit concret objecte de dictamen, per tal d'acreditar l'efectivitat del dany al·legat, que, com s'ha assenyalat, es concreta en una pèrdua d'ingressos derivada del descens de les vendes que es quantifica en 16.830,31 euros, la instant afirma, sense més raonament ni argumentació, que es basa en les declaracions d'IRPF que aporta corresponents als exercicis 2011 i 2012 i al detall del càlcul dels mòduls empresarials de l'any 2013.

La declaració d'IRPF corresponent a l'any 2011 consigna un rendiment net computable derivat d'activitat econòmica de 7.439,44 euros, superior al rendiment que figura en la declaració d'IRPF corresponent a l'any 2010 (7.214,20 euros), que també s'annexa, i una mica inferior al rendiment que consta en l'IRPF de l'anualitat del 2012 (6.743 euros). Aquests rendiments són, tanmateix, clarament inferiors als que es consignen en les declaracions d'IRPF corresponents als anys 2008 (14.727,09 euros) i 2009 (14.335,23 euros). En el detall del càlcul dels mòduls corresponents a l'exercici 2013, que s'aporta, es consigna un rendiment net de 5.794,27 euros, si bé, tal com indica l'Ajuntament, aquest detall no abasta els dotze mesos anuals, per tal com el Mercat Vell de Calafell va tancar al final de novembre de 2013, de manera que aquest document no sembla que es pugui considerar acreditatiu del rendiment de l'activitat econòmica, en termes comparatius amb altres anualitats.

Un cop analitzades les dades aportades per la instant, no sembla que es pugui considerar que tinguin força probatòria suficient per a establir que el decrement d'activitat i d'ingressos porti causa en les obres de construcció del mercat i no en altres causes, com podria ser la situació econòmica general. En aquest sentit, cal parar atenció només en el fet que la forta davallada d'ingressos de l'activitat en comparació amb les anualitats dels anys 2008 i 2009 es produeix, d'acord amb les declaracions d'IRPF aportades, a partir de l'exercici 2010, quan les obres encara no s'havien iniciat.

La Comissió en diverses ocasions ha assenyalat que la pretensió de la indemnització de lucre cessant ha d'estar perfectament acreditada i no es poden realitzar invocacions genèriques (Dictamen 44/2012). En aquest mateix dictamen va assenyalar que "Les dades aportades – singularment en el dictamen pericial–, per als elements considerats, no tenen força probatòria suficient per a establir la realitat del perjudici (*vid.*, per exemple, els dictàmens 216/2008 i 285/2008). Les mateixes característiques dels documents tributaris i la seva funcionalitat i el caràcter incomplet de l'anàlisi i/o documentació de proveïdors impedeixen donar a les conclusions el caràcter definitiu necessari per a afirmar l'efectivitat dels danys al·legats".

Altrament, aquest òrgan consultiu ha assenyalat (*vid.* dictàmens 216/2008, 285/2008, 44/2012 i 375/2012) que «el tipus de dany al·legat pel reclamant no accepta meres expectatives de guanys dubtosos o hipotètics i exigeix la prova corresponent. Tal com afirma la Sala Tercera (Secció Tercera) del Tribunal Suprem en la Sentència de 24 de març de 2004, "*en todo caso, la indemnización por el lucro cesante requiere demostrar que se ha producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes [...] quedan excluidas de*

*aquel concepto las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no computa las dejadas de percibir que sean posibles pero derivadas de resultados inseguros, pues difícilmente puede entenderse probado, en este caso, la existencia de un lucro cesante indemnizable” o la Sentència de la Sala Tercera, Secció Tercera del Tribunal Suprem de 12 de juliol de 2004, entre d’altres» (Dictamen 375/2012).*

La manca d’acreditació de l’existència d’un dany efectiu determinaria desestimar la reclamació formulada sense entrar a examinar altres elements.

## **CONCLUSIÓ**

És procedent desestimar la reclamació de responsabilitat patrimonial instada per Alcázar Cillán, SCP, davant l’Ajuntament de Calafell, pels danys i perjudicis causats per les obres del nou mercat municipal de Calafell.