



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en León el día 19 de febrero de 2009, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 12 de enero de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la venta ambulante de pan en el municipio*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 15 de enero de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 31/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- El día 31 de julio de 2008, tiene entrada en el registro de la Subdelegación de Gobierno de León, un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por D. xxxxx, en el que expone "Que soy titular, de un negocio de fabricación y venta de pan y similares en la localidad de xxxx1, perteneciente al Ayuntamiento de xxxx2.



»Desde hace años se viene realizando en la localidad referida una actividad de venta ambulante de pan por parte de panaderos de otros municipios, en contra de la prohibición expresa de la normativa vigente.

»Los referidos hechos han sido denunciados ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y ante el Servicio Territorial de Sanidad de la Junta de Castilla y León, éste último comunicó al dicente que se daría traslado de los hechos denunciados a este Ayuntamiento. Sin embargo, a pesar de las numerosas quejas que se han venido efectuando al referido Ayuntamiento, el mismo no ha adoptado ninguna medida para evitar y sancionar el incumplimiento de la normativa, tolerando la venta ambulante de pan (...).

»El incumplimiento de la conducta que se puede esperar razonablemente de esta Administración Pública, evidenciada por la manifiesta omisión de sus obligaciones dentro del marco de sus competencias administrativas, ha supuesto para el dicente un daño moral como consecuencia del impacto y sufrimiento psíquico derivado de una situación de angustia y ansiedad, así como de una constante sensación anímica de inquietud y pesadumbre que se ha visto agravada por la falta de atención por parte de la Administración a los sucesivos requerimientos efectuados ello unido obviamente al evidente perjuicio económico al ver reducidas las ventas a consecuencia de tan anómala situación y que deberá ser evaluado pericialmente en su momento”.

Solicita una indemnización de 30.000 euros por los daños morales causados, así como los daños materiales por lucro cesante que serán objeto de evaluación posterior, conminando al Ayuntamiento a la adopción de las medidas oportunas a fin de terminar con la venta ambulante de pan en la localidad de xxxx1.

Segundo.- Mediante Providencia de la Alcaldía, de fecha 12 de agosto de 2008, se requiere informe de Secretaría en relación con el procedimiento y la legislación aplicable para la tramitación del correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial, que es emitido con fecha 4 de septiembre de 2008.



Tercero.- Por Resolución de la Alcaldía, de fecha 11 de septiembre de 2008, se acuerda admitir a trámite la reclamación presentada y se nombra instructor del procedimiento.

Cuarto.- Por Acuerdo del instructor de 10 de octubre de 2008, se acuerda unir al expediente el informe técnico emitido por el Servicio Territorial de Sanidad, Servicios Veterinarios Oficiales de Salud Pública de la Zona de Salud de xxxx3, de 13 de marzo de 2007, en relación con la venta ambulante de pan en xxxx1 que expone : “En aplicación del Real Decreto 1.137/1984, de 28 de marzo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico Sanitaria para la fabricación, circulación y comercio de pan y panes especiales, en su artículo 21 dice que queda prohibida totalmente la venta ambulante y la venta domiciliaria de pan y panes especiales y que excepcionalmente se permitirá la venta de pan desde el vehículo transportador en aquellos núcleos urbanos donde no exista despacho alguno de venta.

»No obstante y dado que la venta ambulante está regulada por el Real Decreto 1.010/1985, de 5 de junio, se considera que los Ayuntamientos deben aplicar y tomar las medidas pertinentes.

»En todas estas pequeñas poblaciones de esta Z.B.S. de xxxx3, por regla general, casi todos los panaderos efectúan venta ambulante en todas localidades próximas, aun cuando en las mismas exista un despacho de panadería.

»Se han comunicado al Ayuntamiento los hechos denunciados, para que tome las medidas correspondientes”.

En el mismo Acuerdo se requiere a los servicios municipales que emitan informe sobre el funcionamiento de la venta de pan en la localidad de xxxx4, lo que se efectúa con fecha 28 de octubre de 2008 en los siguientes términos: “Que en la localidad de xxxx4, existe en funcionamiento un establecimiento dedicado a la elaboración y venta de pan, concretamente en la C/ xxxx, nº 81.

»Que de acuerdo con las observaciones efectuadas, relativas al funcionamiento de dicho establecimiento, el despacho de pan no tiene un horario de atención al público normal, ya que, habitualmente, permanece cerrado, aproximadamente entre las 10:00 y las 14:00 horas, mientras su



dueño está haciendo reparto, mediante la venta ambulante, en la misma localidad y en poblaciones cercanas”.

Quinto.- Mediante escrito de 31 de octubre de 2008, notificado el 7 de noviembre, se da trámite de audiencia al interesado a efectos de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos. No se presentan alegaciones por el interesado.

Sexto.- Con fecha 28 de noviembre de 2008, se formula informe-propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, al no quedar acreditada la relación de causalidad entre los daños producidos y el funcionamiento del servicio público.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla C), por analogía con la regla B), apartado a), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados 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.

3ª.- Concurren en la parte interesada los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de marzo. La



competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Alcalde de la Corporación local, o a la Junta de Gobierno Local en el caso de la existencia de la delegación de competencias efectuada por el Alcalde del Ayuntamiento a favor de aquélla, de acuerdo con lo establecido en los artículos 21.1.s) y 23.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que se remite, de forma genérica, el artículo 54 de la también citada Ley 7/1985, de 2 de abril.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

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

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.



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

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

5ª.- En la esfera de las Administraciones Locales, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que "Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa"; este precepto es reproducido, prácticamente de manera literal, por el artículo 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre. La regulación a la que se hace referencia viene constituida por los ya mencionados artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de modo que resulta igualmente exigible la concurrencia de los requisitos anteriormente señalados.

El artículo 25.2.g) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, dispone como competencias del municipio "abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores".

En el expediente objeto de análisis, se denuncia a la Administración Local por permitir la venta ambulante de pan en el municipio de xxxx1, suponiendo un perjuicio para el titular del despacho de pan existente en la citada localidad.



Al respecto hay que tener en cuenta la legislación aplicable a la materia; en concreto, el artículo 21 de la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la Fabricación, Circulación y Comercio del Pan y Panes Especiales, aprobada por el Real Decreto 1.137/1984, de 28 de marzo, dispone que: "Queda prohibida totalmente la venta ambulante y la venta domiciliaria de pan y panes especiales, así como en instalaciones callejeras, puestos de mercadillos, tenderetes y cobertizos o directamente del vehículo transportador de estos productos. Excepcionalmente se permitirá la venta de pan desde el vehículo transportador en aquellos núcleos urbanos donde no exista despacho alguno de venta.

»La entrega a domicilio, previo encargo a establecimiento de venta autorizado, será obligatoriamente realizada con las piezas de cada encargo, totalmente cubiertas por una envoltura de las definidas en el título V, punto 1. Para realizar este tipo de venta, a cada pedido, necesariamente le debe acompañar una factura que indique el nombre y dirección del peticionario, contenido del embalaje, precios unitarios correspondientes, cantidad que se cobre por el servicio, en su caso, y el importe total".

En aplicación del citado precepto no cabe permitir la venta ambulante de pan en la citada localidad, al existir un despacho de venta que pertenece al reclamante y así se indica en el informe de los servicios municipales, de fecha 28 de octubre de 2008, "(...) en la localidad de xxxx4, existe en funcionamiento un establecimiento dedicado a la elaboración y venta de pan, concretamente en la C/ xxxx, nº 81".

Conforme al artículo 24 de la referida Reglamentación Técnico-Sanitaria para la Fabricación, Circulación y Comercio del Pan y Panes Especiales, "Los Departamentos responsables velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Reglamentación, en el ámbito de sus respectivas competencias y a través de los Organismos administrativos encargados, que coordinarán sus actuaciones, y en todo caso sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales".

Por lo expuesto, el Ayuntamiento no debe permitir la venta ambulante de pan en la citada localidad; y más aún cuando los hechos denunciados le han sido comunicados por parte de los servicios veterinarios oficiales de la



provincia, como así se indica en el informe de fecha 13 de marzo de 2007 emitido por el mencionado servicio.

La venta ambulante se regula en el Real Decreto 1.010/1985, de 5 de junio, por el que se regula el ejercicio de determinadas modalidades de venta fuera de un establecimiento comercial permanente, que señala, en su artículo 3 que "Los Ayuntamientos podrán autorizar en sus respectivos Municipios la venta ambulante, que es la realizada fuera de un establecimiento comercial permanente en solares o en la vía pública, en lugares y fechas variables (...)".

En su artículo 12 dispone que "Los Ayuntamientos que autoricen cualquiera de las modalidades de comercialización reguladas por el presente Real Decreto deberán vigilar y garantizar el debido cumplimiento por los titulares de las autorizaciones de lo preceptuado en el mismo y, especialmente, de las exigencias y condiciones higiénico sanitarias".

En el presente caso no consta ninguna autorización por parte del Ayuntamiento para que se efectúe la venta ambulante de pan, pero es más si existiese la misma, se contravendría la prohibición del artículo 21 del Real Decreto 1.137/1984, de 28 de marzo, aludido anteriormente.

Existe por ello una actuación omisiva por parte de la Administración municipal, puesto que no ha tomado las medidas pertinentes que le corresponden una vez requerido para ello, si bien en el presente supuesto no se ha logrado probar por el reclamante el perjuicio sufrido.

La jurisprudencia establece (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1996 y de 17 de diciembre de 1998, entre otras) que, "la prueba de las obligaciones incumbe a quien reclama su cumplimiento, en consecuencia es a la recurrente a quien correspondía probar la existencia del nexo causal indispensable para que surja la obligación de indemnizar, y al no hacerlo así es claro que la sentencia recurrida no comete la infracción que se le imputa, criterio éste sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal, por todas sentencias de 10 de febrero de 1996" y que, "la existencia de un daño, o lesión patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada constituye el núcleo esencial de tal responsabilidad patrimonial; daño que ha de ser real y efectivo no traducible en meras especulaciones o simples expectativas y pesando sobre el interesado la carga de la prueba del mismo, sin que en el



caso aquí enjuiciado haya existido probanza efectiva y concreta sobre la realidad material del daño sino una simple alegación de su existencia”.

Así pues, la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo que, más específicamente para el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración, dispone el artículo 6.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. La Administración, por su parte, deberá probar los hechos que, en su caso, desvirtúen los alegados.

En el informe emitido por los servicios municipales de fecha 28 de octubre de 2008 se señala, en relación con el establecimiento de pan del reclamante, que “el despacho de pan no tiene un horario de atención al público normal, ya que, habitualmente, permanece cerrado, aproximadamente entre las 10:00 y las 14:00 horas, mientras su dueño está haciendo reparto, mediante la venta ambulante, en la misma localidad y en poblaciones cercanas”.

Por parte del reclamante no se han presentado alegaciones al respecto, por lo que no queda acreditado el perjuicio sufrido; más aún cuando el despacho de pan permanece cerrado al público en horas de apertura de comercio, dedicándose a la venta ambulante, cuestión denunciada por él, en la misma localidad y en poblaciones cercanas. Su actuación supone la infracción del artículo 21 de la ya mencionada Reglamentación Técnico-Sanitaria para la Fabricación, Circulación y Comercio del Pan y Panes Especiales, es decir, la misma intromisión que denuncia del Ayuntamiento.

En conclusión, correspondiendo -como ya se ha señalado anteriormente- la carga de la prueba a la parte reclamante, no se ha acreditado la relación de causalidad entre el servicio público y el daño, razón por la que procede desestimar la reclamación, al no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, debe recordarse al Ayuntamiento su obligación de ejercitar las competencias que tiene atribuidas sobre la materia y que se han reseñado en el cuerpo del presente dictamen, más aún cuando del informe del Servicio Territorial de Sanidad (en concreto de los servicios veterinarios oficiales de salud pública de fecha 13 de marzo de 2007) se constata que en esa zona, por regla general, casi todos los panaderos



efectúan venta ambulante en todas las localidades próximas aun cuando en las mismas exista un despacho de panadería, debiendo adoptar el Ayuntamiento las medidas necesarias al respecto.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la venta ambulante de pan en el municipio.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.