

Dictamen n°: **568/18**  
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **27.12.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 27 de diciembre de 2018, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del viceconsejero, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. ....., en su condición de socia y administradora de la sociedad civil COTOMARTE, S.C., dedicada a la explotación del local y negocio destinado al ejercicio de la actividad de bar-restaurante en la calle Álvarez Gato, nº 9, sobre indemnización de los daños y perjuicios derivados de la resolución municipal de 13 de julio de 2011 -que imponía una multa de 1.601 € y la clausura de la actividad por tres meses-, que fue anulada en vía judicial.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 27 de junio de 2013 se presentó en el registro de la de la entonces Consejería de Economía y Hacienda una solicitud indemnizatoria, presentada en nombre de la entidad reclamante por su socia administradora, por los daños y perjuicios que le había ocasionado la resolución de 13 de julio de 2011 de un expediente sancionador, que imponía una sanción de 1.601 € y la clausura de la actividad por tres meses. Esta resolución fue anulada posteriormente por la sentencia del

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid (PA núm. 142/2011) de 22 de junio de 2012, que declaró la caducidad del expediente sancionador, con la consiguiente nulidad de la resolución que ponía fin al procedimiento.

Alegaba que, aunque se había solicitado la suspensión de la sanción, el local estuvo cerrado desde el 15 de julio hasta el 15 de octubre de 2011 y solicitaba una indemnización que ascendía a 36.533,34 € por los daños económicos sufridos al haber incurrido en diversos gastos (entre otros, el abono del alquiler, los seguros sociales, salarios, cuota de la comunidad de propietarios, luz, agua, pagos a la Sociedad General de Autores) y por lucro cesante (calculado en función de los módulos del IRPF correspondientes al ejercicio de 2010 por la actividad de restaurante y por la actividad de café y bares, y en función de la pérdida de clientela calculada).

Acompañaba diversa documentación, entre otra, el contrato de 1 de julio de 2002, de constitución de la sociedad civil; la resolución sancionadora de 13 de julio de 2011 de la Dirección General de Control Ambiental, Transportes y Aparcamientos; la sentencia que la anuló; varias facturas acreditativas de los gastos durante los meses en que la actividad del local estuvo suspendida; y los módulos del IRPF.

También aportó la licencia de instalación, apertura y funcionamiento de 22 de agosto de 1978 para la actividad de bar-restaurante. El 16 de junio de 2003 se adaptó la denominación de la actividad: bar-restaurante. La categoría asignada al establecimiento fue tipo I (para consumo de bebidas y comidas).

**SEGUNDO.-** En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

1.- A la entidad reclamante se le instruyeron dos expedientes para la adopción de medidas correctoras desde el año 2008 (expedientes 131/2008/34731 y 131/2009/32170).

En relación con el expediente de 2009 varios informes técnicos de la Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental (Servicio de Inspección) constataron que no se habían adoptado las medidas correctoras necesarias:

- Informe técnico de 23 de junio de 2009: las medidas de corrección habían sido parcialmente adoptadas.

- Informe técnico de 6 de septiembre de 2010: las medidas de corrección propuestas para el aislamiento acústico habían sido insuficientes e incumplían las normas del artículo 22.2 de la Ordenanza de Protección de la Atmósfera contra la Contaminación por Formas de Energía (en lo sucesivo, OPACCFE). Proponía aumentar la protección acústica de los elementos constructivos para que los ruidos transmitidos a la vivienda más afectada no superasen los límites permitidos y que el vestíbulo acústico al exterior no superase determinados decibelios.

- Informe de 24 de septiembre de 2010: proponía sancionar a la sociedad por infracción del artículo 60.f) de la OPACCFE.

Tras estos informes, el 14 de diciembre de 2010 se incoó a la sociedad reclamante un expediente sancionador (nº 131/2010/31663).

En trámite de alegaciones la reclamante señaló que no era necesario aumentar la protección acústica de los elementos constructivos ni un vestíbulo acústico al exterior porque ejercía una actividad del tipo III y no del tipo I.

Consta incorporado un informe pericial, realizado por un ingeniero técnico en Telecomunicaciones y aportado por la reclamante en un

expediente anterior, con mediciones realizadas el 24 de marzo de 2009, en el que se señalaba que los niveles de inmisión a vivienda (20 dBA), y de emisión al exterior (44 dBA), no superaban los valores máximos establecidos en la OPACCFE (30 dBA y 45 dBA, respectivamente).

El 1 de abril de 2011, la Policía Municipal, en visita de inspección, denunció que en el local perteneciente a la reclamante se estaba ejerciendo la actividad de tipo III.2 cuando estaba autorizado solo a realizar la actividad de tipo I según su licencia. Señalaba que la puerta del local estaba abierta y con volumen considerable proveniente de un aparato conectado a un televisor estéreo, amenizando a los clientes que se encontraban consumiendo únicamente bebidas y aperitivos.

El Servicio de Inspección levantó acta de la visita efectuada el 6 de junio de 2011 en la que se realizaron mediciones de ruido emitido por la televisión –que los inspectores pusieron en funcionamiento- y constataron que no había equipo de música.

Con las mediciones realizadas, el informe 13 de junio de 2011 puso en evidencia que el nivel sonoro transmitido a la vía pública producido por la emisión de música generada por el televisor excedía en 9 dBA el límite fijado el artículo 15 de la Ordenanza de Protección Acústica y Térmica de 25 de febrero de 2011 (en adelante, OPCAT) y que no se habían adoptado las medidas correctoras propuestas en el informe técnico de 6 de septiembre de 2010. Por ello, se volvían a proponer medidas correctoras.

El 24 de junio de 2011 la empresa comunicó que iba a proceder a solicitar la modificación de la licencia para adecuar la actividad a la normativa municipal.

La propuesta de resolución señalaba que no cabía considerar plenamente adoptadas las medidas correctoras propuestas y que, si no se utilizaba un equipo musical cuando su licencia le autorizaba para ello,

debía adaptarse la licencia de actividad a las nuevas condiciones de ejercicio de actividad, que no constaba que se hubiese solicitado.

El 13 de julio de 2011 concluyó el expediente sancionador con la imposición de una multa de 1.601 € y la clausura temporal del establecimiento por un periodo de 3 meses de acuerdo con el artículo 66.1.2,b) de la OPACCFE por la infracción grave del artículo 60.f de la misma Ordenanza al no haberse adoptado medidas correctoras en el plazo ordenado tras haber sido requerida para ello, según lo dispuesto en los artículos 36 y 37 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (en adelante, RAMINP).

El 8 de agosto de 2011 la reclamante solicitó la suspensión de la resolución sancionadora de acuerdo con el artículo 11.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que se había procedido a interponer un recurso contencioso-administrativo, lo que fue denegado dada la ejecutividad del acto impugnado (*ex* artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, -en adelante, LRJ-PAC-).

En fechas posteriores a la resolución sancionadora (21 de julio y 9 de agosto de 2011) se comprobó por la Policía Municipal que la actividad no se encontraba en funcionamiento, aunque en la inspección del 1 de septiembre el local estaba abierto y con clientes consumiendo bebidas. El empleado informó que se había presentado un recurso administrativo y que se había abierto el local por silencio administrativo. Tras requerimiento de clausura, el 12 y el 17 de septiembre se comprobó que el local estaba cerrado.

2.- Contra la resolución sancionadora la reclamante procedió a interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid y solicitó su suspensión, que fue denegada por Auto de 10 de noviembre de 2011.

Mediante sentencia de 22 de junio de 2102 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid, sin entrar en el fondo del asunto, estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la resolución sancionadora por caducidad del procedimiento.

**TERCERO.-** A causa de la reclamación planteada se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la LRJ-PAC, y en 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 (en lo sucesivo, RPRP).

Los aspectos a destacar en su tramitación son los siguientes:

Recibida la reclamación y tras dar traslado a la compañía aseguradora del Ayuntamiento, por Acuerdo de 9 de julio de 2013 de la jefa del departamento de Responsabilidad Patrimonial se requirió a la reclamante para que declarara si por los mismos hechos había sido indemnizada o iba a serlo y si se seguían otras reclamaciones, que acreditara la representación en la que actuaba -citando los medios por los que podía hacerlo-, y que aportara cualquier otro medio de prueba del que pretendiera valerse, lo que vino a efectuar la reclamante, que reiteró la documentación presentada en relación con la constitución de la sociedad civil en la que constaba como socia y administradora, declaraba que no había sido indemnizada ni iba a serlo y que no se seguían otras reclamaciones por los mismos hechos.

Solicitado informe de la Dirección General de Control Ambiental, Transportes y Aparcamientos, el 9 de abril de 2014 la subdirectora general de Disciplina Ambiental mencionó el expediente sancionador 131/2010/31663 y la Resolución por la que se impuso a la sociedad

reclamante una sanción de multa de 1.601 € y la clausura temporal del local durante tres meses, clausura que había sido cumplida. Señalaba que la resolución fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid, que estimó el recurso y anuló la resolución sancionadora por caducidad del procedimiento. El informe discutía el tenor de la sentencia, apuntaba a la falta de colaboración de la reclamante (que había provocado la notificación edictal y que después había comunicado dos domicilios de notificación diferentes) y afirmaba que no había habido un funcionamiento anormal del servicio público y puesto que entre el acuerdo de incoación del procedimiento y la notificación de la resolución sancionadora habían transcurrido 6 meses y 29 días -de los que había que descontar 45 días en los que el procedimiento había estado suspendido, de acuerdo con el artículo 42.5,c) de la LRJ-PAC para que emitiese informe preceptivo y determinante el Servicio de Inspección, y no solo 15 días como había descontado la sentencia al considerar el informe de la Inspección como una “*actuación complementaria*”-. Concluía, por tanto, que no concurría la caducidad procedimental al existir una causa válida de interrupción del plazo máximo de tramitación del procedimiento y citaba varias sentencias de distintos juzgados al respecto en apoyo de sus argumentos.

Requerida la reclamante para que aportara acreditación de los ingresos diarios de 2011, los gastos soportados ese año, los extractos bancarios de la sociedad durante los años 2010 a 2012, la declaración de la renta de los socios y la declaración de impuestos de la sociedad civil, se presentó la declaración de la renta de los socios partícipes, la declaración de IVA de la sociedad, la declaración informativa anual y la declaración de la renta retención a los propietarios. En su escrito se afirmaba que la sociedad tributaba por el sistema de estimación objetiva por módulos por lo que no estaba obligada a llevar una contabilidad por ingresos y gastos, y por ello “*llevaba una contabilidad casera (no oficial)*”, aportándose los ingresos y gastos de los ejercicios 2010, 2011 y 2012. El beneficio

económico que la sociedad había dejado de tener por no ejercer su actividad se había calculado en función de la tributación por módulos del ejercicio 2010 ya que los dos ejercicios posteriores estaban mermados por la pérdida de clientela y cierre de la actividad. De dicha documentación se podía comprobar que en 2012 se tuvo una pérdida de 22.000 €, que obligó al cierre de la actividad por la pérdida de la clientela que no se pudo recuperar.

De la documentación se dio traslado a la compañía aseguradora del Ayuntamiento para que emitiera informe pericial. En el informe que se emitió por un economista se admitía que lo reclamable eran los gastos fijos y el beneficio neto de esos tres meses pero discrepaba del procedimiento de cálculo, que debería tener en cuenta que si una empresa se paralizaba y no vendía, no obtenía ingresos pero tampoco costes variables, por lo que, en caso de paralización, solamente perdería sus gastos fijos más el beneficio neto y concluía que por estos conceptos la reclamación debía ajustarse a la cantidad de 21.776,34 € a los que no deberían añadirse los 10.800 € que reclamaba por pérdida de clientela puesto que no se había acreditado que el bar se reabriese a los 90 días y perdiese la clientela a consecuencia de dicho cierre.

Incorporados los informes al procedimiento, en el trámite de audiencia la reclamante presentó alegaciones en las que discutía la valoración del informe pericial. La compañía aseguradora, por su parte, no presentó alegaciones.

Por último, se formuló propuesta de resolución el 21 de noviembre de 2017 en la que, con cita de las distintas resoluciones recaídas en distintos procedimientos pero relacionados con el expediente sancionador 131/2010/31663, recordaba el *“principio de veracidad y fuerza probatoria iuris tantum”* de los informes de los funcionarios públicos, traía a colación la doctrina del margen de tolerancia y desestimaba la reclamación por no

existir ninguna lesión antijurídica por la que la reclamante hubiera de ser indemnizada.

**CUARTO.-** La alcaldesa de Madrid (actuando por su delegación el coordinador general de la Alcaldía), a través del viceconsejero, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, de conformidad con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, formuló consulta preceptiva por trámite ordinario que tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora el 17 de enero de 2018. Al expediente remitido se le asignó el nº 27/18 y se requirió al Ayuntamiento que aportase tanto el expediente sancionador del que el procedimiento de responsabilidad patrimonial traía causa, como las resoluciones que se citaban en la propuesta de resolución pero que no se acompañaban.

Transcurridos 6 meses sin que se aportara dicha documentación, se procedió a la devolución del expediente al entenderse que se había declinado la solicitud de dictamen.

El 14 de noviembre de 2018 tuvo entrada en esta Comisión una nueva consulta preceptiva por trámite ordinario, a la que se le asignó el nº 506/2018. Su estudio, por reparto de asuntos, correspondió a la letrada vocal Dña. M<sup>a</sup> Dolores Sánchez Delgado, que firmó la oportuna propuesta de dictamen y fue deliberada y aprobada por unanimidad en la sesión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de 27 de diciembre de 2018.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se había solicitado, que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La entidad reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, al ser el sujeto al que se le impuso la sanción que fue posteriormente anulada en vía judicial. En su nombre presentó la reclamación uno de los socios que, según el contrato de constitución de la sociedad y el artículo 1692 del Código civil, es administradora de la sociedad y, por tanto, tiene capacidad para ello.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, que es la Administración Pública que ha dictado la resolución sancionadora cuya anulación judicial ha dado pie al escrito de reclamación patrimonial y que ostenta las competencias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, según lo dispuesto en el artículo 25.2,d) de la Ley 7/1985, de

2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción que tenía en el momento de los hechos.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial motivadas por la anulación de actos o disposiciones administrativas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *“el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”*, conforme establece el artículo 142.4 LRJ-PAC que excluye la aplicación, en estos casos, del apartado 5 de dicho precepto.

De acuerdo con la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de enero de 2000, debe fijarse el día inicial del plazo en la notificación de la sentencia al reclamante o cuando este conoce su contenido si no ha sido parte en el proceso. Según la documentación aportada, la notificación de la sentencia se produjo el 29 de junio de 2012, por lo que la reclamación formulada el 27 de junio de 2013 se encuentra presentada dentro del plazo legalmente establecido.

En materia de procedimiento se han observado los trámites legales y reglamentarios, marcados en la LRJ-PAC y en el RPRP. En concreto, y tal como previene el artículo 10.1 de la norma reglamentaria, se ha recabado informe del servicio a cuyo funcionamiento se atribuye el daño causado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y el artículo 11.1 del RPRP se confirió el oportuno trámite de audiencia a la mercantil reclamante a la que incluso se le dio traslado y trámite de alegaciones sobre la propuesta de resolución. Y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución tal y como preceptúa el artículo 12.1 del RPRP en relación con el artículo 13.2 del mismo Reglamento, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

No obstante, hay que hacer notar que, después de la propuesta y a requerimiento de esta Comisión, se ha aportado nueva documentación al procedimiento una vez evacuado el trámite de audiencia a la entidad interesada, sin que se le haya dado traslado de la misma.

Sobre tal aspecto ha declarado esta Comisión Jurídica Asesora en diversos Dictámenes (como el 294/17, de 13 de julio, 315/17, el 27 de julio, 399/17, de 5 de octubre, el 457/17, de 8 de noviembre, o el 479/18 de 8 de noviembre, entre otros), que el trámite de audiencia debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al interesado y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción.

En este caso, no consideramos que se haya producido indefensión a la entidad interesada porque la nueva documentación requerida y aportada al procedimiento ha consistido en la incorporación del expediente sancionador que ha motivado la presente reclamación y los informes técnicos que obraban en el mismo. De estos informes técnicos tuvo conocimiento la reclamante no solo porque se mencionaban en la propuesta de resolución de la que se le dio traslado, sino también porque la reclamante ya los conocía al constar en el expediente sancionador en el que había sido parte.

Por otra parte, debemos llamar la atención sobre el excesivo plazo de tramitación del procedimiento, pues presentada la reclamación en junio de 2013 se ha tardado más de cuatro años en dictar la propuesta de resolución, lo que excede en mucho el plazo de seis meses establecido en

la ley. Y no solo eso sino que, remitido el expediente a esta Comisión, no se atendió la solicitud de aportar nueva documentación para completar el expediente, por lo que, transcurridos 6 meses sin que se enviara, se procedió a su devolución. Tras esta medida, se envió nuevamente la petición de consulta con toda la documentación requerida, que era necesaria para la emisión del presente dictamen, máxime en este procedimiento en el que el informe del servicio causante del daño se limitó a discutir la sentencia que anuló la sanción impuesta sin hacer mención, sin embargo, a las circunstancias relativas al expediente sancionador del que la reclamación de responsabilidad patrimonial traía causa, y al que solo se hacía referencia en la propuesta de resolución, con alusión a informes técnicos que no se incorporaban.

No obstante, el transcurso del plazo de resolución y notificación no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido (artículos 42.1 y 43.3 b) de la LRJ-PAC), ni en consecuencia a esta Comisión Jurídica Asesora de dictaminar la consulta como hemos mantenido en anteriores dictámenes.

**TERCERA.-** Debemos partir de la consideración de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC. Según estos preceptos, se reconoce el derecho de los particulares 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.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“El art. 139 de la LRJAP-PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En este caso, el presupuesto determinante de la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste en la anulación en sede judicial de la sanción impuesta a la entidad reclamante en el expediente sancionador que se siguió por no adoptar las medidas de protección acústica en el local donde desarrollaba su actividad, sanción que consistió, como ya hemos señalado, en una multa y la clausura del local por tres meses.

Dicha exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento, pues, en el ya citado artículo 142.4 de la LRJ-PAC, el cual, y en lo que aquí interesa, se expresa así:

*“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización (...)”.*

Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, *“el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”.*

Más recientemente, la Sentencia de 21 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo (recurso 5006/2016), ha declarado que *“en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJPAC, su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo”*.

En efecto, en doctrina reiterada en relación con asuntos análogos al que se estudia, el Consejo de Estado ha señalado que el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, debe ser entendido en el sentido de que el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización. Como ha señalado el Alto Cuerpo Consultivo, el citado precepto no da por supuesto el derecho a la indemnización, ni establece una presunción *iuris tantum* en el sentido de que la anulación de un acto administrativo suponga *per se* la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración autora del acto.

En tal sentido se indicó por el Consejo de Estado, con ocasión del dictamen número 88/2014, de 8 de mayo, lo siguiente:

*«En relación con el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 en su primer inciso (“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, si bien no la excluye conforme a los requisitos legales), tiene sentado el Tribunal Supremo que la concurrencia de tales requisitos “ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que*

*estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción del resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto” (sentencia de 31 de enero de 2008)».*

**CUARTA.-** Del análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, lo primero que hay que determinar es si existe un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, pero ha de partirse de la consideración de que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria recae sobre quien la reclama. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015), *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”*.

La entidad reclamante alega que la sanción de clausura temporal del local por tres meses le causó daños económicos al haber incurrido en diversos gastos (entre otros, el abono del alquiler, los seguros sociales, salarios, cuota de la comunidad de propietarios, luz, agua, pagos a la Sociedad General de Autores) y por lucro cesante (calculado en función de los módulos del IRPF correspondientes al ejercicio de 2010 por la actividad de restaurante y café y bares, y en función de la pérdida de clientela calculada). Solicitaba por ello 36.533,34 €.

Para acreditar los gastos soportados acompañó diversos documentos (facturas, recibos, extractos bancarios de transferencias, nóminas de trabajadores) por lo que esta partida, que ascendía a 20.986,25 € puede considerarse acreditada.

No así la pérdida de clientela, que la calcula conforme a una estimación a razón de 120 € diarios por noventa días de cierre (10.800 €), sin que valga a efectos de acreditación de tal concepto una estimación sin apoyo probatorio alguno.

Tampoco puede darse por acreditado el lucro cesante. Ciertamente es que el cierre del local durante tres meses constituye un daño efectivo en cuanto a la evidente pérdida de ingresos que ello debió suponer para la entidad reclamante, sin embargo, ese daño se pretende acreditar por una simulación del sistema de módulos del IRPF tanto por la actividad de restaurante como por la de “*otros cafés bares*”, lo que no permite acreditar la realidad de una pérdida de ganancias ya que el régimen de estimación objetiva del IRPF se trata de un sistema presuntivo o indiciario que no permite tener por acreditada la realidad de tales beneficios más allá del ámbito tributario, como ya se señaló en nuestro Dictamen 523/18 de 29 de noviembre.

**QUINTA.-** Acreditado el daño en estos términos, ha de examinarse si concurren los demás requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal y, concretamente, si concurre la antijuridicidad del daño ya que el artículo 141.1 de la LRJ-PAC dispone claramente que “*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”. Es decir, para que concurriese el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sería preciso que no existiesen causas de justificación que legitimasen como tal el perjuicio de que se tratara, como sucede cuando concurre un título

jurídico que determina o impone inexcusablemente ese perjuicio. Así, resulta que la lesión no sería antijurídica cuando el particular estuviese obligado a soportar las consecuencias perjudiciales de la actuación administrativa.

La reclamante deriva los daños alegados de la sanción de cierre temporal del local durante tres meses, sanción que fue anulada mediante sentencia judicial firme. No obstante, esa sentencia no entró a conocer en cuanto al fondo del asunto sino que anuló la sanción impuesta por caducidad del procedimiento, al haberse adoptado la sanción en un expediente cuya tramitación se había prolongado más allá de los seis meses previstos legalmente.

En relación a actos administrativos anulados por sentencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) con cita de la Sentencia de 28 de marzo de 2014 de la misma sala, señala que *“tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”*.

Surge así la conocida doctrina llamada del margen de tolerancia en la actuación de la Administración, de tal modo que para valorar la antijuridicidad del daño causado no bastaría con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que sería precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables.

En este caso la sentencia de 22 de junio de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid anuló la sanción impuesta al declarar la caducidad del procedimiento sancionador pero no se entró a enjuiciar el fondo del asunto.

Sin entrar a valorar y discutir ni la sentencia ni la razonada interpretación del servicio causante del daño en relación a la suspensión del plazo del procedimiento, lo cierto es que del expediente sancionador resulta que la entidad reclamante fue requerida en varias ocasiones para que adoptase medidas correctoras del nivel acústico para ajustarse a los niveles exigidos por la ordenanza aplicable y que la insuficiencia de las medidas correctoras adoptadas por la entidad reclamante fue la que provocó el cierre temporal del local.

La reclamante aportó al expediente de medidas correctoras un informe pericial realizado por un ingeniero técnico en Telecomunicaciones en el que se reflejaban las mediciones acústicas realizadas un día concreto (24 de marzo de 2009) y que concluyó que los niveles de inmisión a vivienda (20 dBA), y de emisión al exterior (44 dBA), no superaban los valores máximos establecidos (30 dBA y 45 dBA, respectivamente) en la OPACCFE.

Por el contrario, en el expediente consta la intervención de la Policía Municipal en varias ocasiones. En la visita de inspección del 1 de abril de 2011, denunció que en el local perteneciente a la reclamante se estaba ejerciendo la actividad de tipo III.2 cuando estaba autorizado solo a realizar la actividad de tipo I según su licencia. Señalaba que la puerta del local estaba abierta y con volumen considerable proveniente de un aparato conectado a un televisor estéreo, amenizando a los clientes que se encontraban consumiendo únicamente bebidas y aperitivos.

Existen varias mediciones acústicas realizadas en distintos días (no solo uno concreto, como el reflejado en el informe pericial de parte) y los informes técnicos emitidos en el seno del expediente sancionador -que se

relacionan en los antecedentes de hecho- dieron cuenta de las medidas correctoras que se propusieron y de la insuficiencia de las medidas adoptadas. Así, por ejemplo, el informe 13 de junio de 2011 puso en evidencia que el nivel sonoro transmitido a la vía pública producido por la emisión de música generada por el televisor excedía en 9 dBA el límite fijado el artículo 15 de la OPCAT y que no se habían adoptado las medidas correctoras propuestas en el informe técnico de 6 de septiembre de 2010.

Partiendo de estas premisas, cabe traer a colación nuestros Dictámenes núm. 215/16 de 16 de junio, y 268/17, de 29 de junio, que se hicieron eco del Dictamen núm. 216/08, de 10 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En dichos dictámenes se citaba una sentencia cuya fundamentación puede extrapolarse al supuesto que nos ocupa: *“(...) la jurisprudencia niega responsabilidad patrimonial de la Administración por el mero hecho de la incoación de un expediente disciplinario, aun cuando la sanción fuera posteriormente anulada, a no ser que se acredite que el expediente adolece de una mínima base fáctica que le sirva de sustento (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 732/2004, de 31 de mayo, recurso 379/2003), pues en tal caso se estaría ante un daño que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar. Por el contrario, si el expediente se apoya en hechos que a priori son indiciarios de la comisión de alguna falta disciplinaria, los perjuicios que pudieran derivarse del expediente sancionador no son antijurídicos, por lo que no pueden dar lugar al nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria de la Administración”*. En la misma línea, se pronuncia la sentencia núm.1879/2011, de 29 de julio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que cita jurisprudencia al respecto.

En este caso, la base fáctica que sirve de sustento al expediente sancionador no solo son los informes técnicos y mediciones acústicas realizadas, sino que hay que añadir también que la actuación

administrativa fue avalada por el propio Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20, ya que antes de anular la sanción por motivos procedimentales, denegó la suspensión del acto impugnado y permitió que el cierre del local se mantuviese durante la sustanciación del recurso contencioso-administrativo.

Así, el Auto de 10 de noviembre de 2010 de dicho Juzgado señaló concretamente: *«se constata el ruido excesivo de la actividad en sí con respecto a una vivienda concreta, por lo que se debe aumentar la protección acústica de los elementos constructivos que delimitan el local, y a tal efecto no se puede desconocer en este momento cautelar y sin perjuicio de los que se resuelva sobre el fondo, la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, de 8-10-11, que declaró la existencia de violación del art. 8 del Convenio Europeo al entender que España incumplió sus obligaciones positivas en el asunto Martínez Martínez contra España, de garantizar el derecho del demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, teniendo en cuenta “la intensidad de los ruidos nocturnos y que ampliamente exceden los niveles autorizados y el hecho de que se repitieron durante años”»*.

Puede afirmarse, por tanto, que en el caso concreto, no fue irrazonable que el Ayuntamiento de Madrid reaccionara frente a la pasividad de la entidad reclamante en la adopción de medidas de protección acústica aunque el procedimiento sancionador se prolongara por más tiempo del legalmente exigido (también en parte debido a la interesada), puesto que la actuación de la entidad reclamante no estaba amparada por la ordenanza de aplicación, que sancionaba esa conducta.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada al no concurrir el necesario presupuesto de la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 27 de diciembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 568/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid