

Dictamen n^o: **330/12**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.05.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de mayo de 2012, emitido ante la consulta formulada por el vicealcalde de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 26 de enero de 2012), a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.N.G., en nombre y representación de la entidad A, en adelante “*la reclamante*”, sobre los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la clausura del local que explota, derivado de una sanción por exceso de ruido, anulada por los órganos jurisdiccionales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el Registro de la Oficina de Personal (Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública), el 25 de junio de 2010, se reclama indemnización por los daños y perjuicios consecuencia de la clausura del local de negocio, sito en la calle B, n^o aaa, en virtud de resolución administrativa sancionadora anulada posteriormente por sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n^o 213 de Madrid, de 24 de junio de 2009.

Solicita en concepto de indemnización la cantidad de doscientos quince mil setecientos sesenta y cinco euros y veintiséis céntimos (215.765,26), de

los que 175.118,5 € lo son por el daño emergente y 40.646,76 € por lucro cesante. El daño emergente se desglosa en los siguientes conceptos: por el alquiler del local durante el cierre del establecimiento, 100.599,24 €; salarios, cotizaciones a la Seguridad Social e indemnización por despido de los trabajadores, 37.680,41 €; y coste de la reforma del local para la obtención de licencia de funcionamiento, 36.838,85 €.

A su escrito acompaña la siguiente documentación:

- Notificaciones de los expedientes sancionadores incoados por transmisión, a las viviendas colindantes, de niveles sonoros superiores a los permitidos.
- Recurso de reposición interpuesto contra Resolución del Director General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental, de 4 de marzo de 2008.
- Notificación de la resolución del Director General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto.
- Escrito presentado en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Madrid, anunciando la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la indicada resolución administrativa.
- Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 28 de Madrid, de 10 de septiembre de 2008, por el que se resuelve no haber lugar a la medida cautelar solicitada por la representación procesal de la recurrente, relativa a la suspensión de la ejecución de la actuación administrativa impugnada.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de abril de 2009, que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 28 de

Madrid, acordando la adopción de la medida cautelar interesada por el recurrente en lo referente a la clausura del establecimiento por un periodo de dos años.

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 28 de Madrid, de 24 de junio de 2009, por la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra Resolución del Director General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental, de 4 de marzo de 2008.

- Escrito solicitando la ejecución de la sentencia anterior, presentado el 31 de julio de 2009.

- Informe pericial de valoración del daño causado por el cierre del local de negocio.

- Copia de licencia de funcionamiento concedida para la actividad de bar-restaurante.

SEGUNDO.- De la documentación obrante en el expediente se derivan los siguientes hechos:

En la Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental se inició, el 11 de octubre de 2007, procedimiento sancionador nº bbb, como consecuencia de diversas actas de medición de ruidos cumplimentadas por agentes de Policía municipal, en fechas 25 de noviembre, 3 y 9 de diciembre de 2006, y 4 de octubre de 2007, en las que consta una medición de ruidos.

Por otra parte, el 17 de septiembre de 2007, se realizó visita de inspección al local de negocio comprobando que era necesario subsanar deficiencias en el aislamiento acústico del local al ruido aéreo y de impacto, que se consideró insuficiente para el tipo de actividad ejercida.

La Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental inició expediente de medidas correctoras ccc, requiriendo la adopción de aquellas que se consideraron pertinentes en orden a reforzar el aislamiento e insonorización del local.

Previa denuncia vecinal, los agentes de Policía municipal levantaron acta de medición de ruidos el 4 de octubre de 2007, en la que figura una medición, que dio lugar a la iniciación del expediente sancionador ddd con fecha 19 de octubre de 2007, al que se acumuló el expediente sancionador bbb.

El 19 de octubre de 2007, por Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente, se acuerda la medida cautelar de suspensión de funcionamiento de la actividad.

Con fecha 20 de diciembre de 2007 se realiza nueva visita de inspección, en la que se comprueba la adopción de algunas medidas de insonorización, pero se hace constar que para que la actividad cumpla con lo establecido con la ordenanza municipal es necesario aumentar la protección acústica de los elementos constructivos que delimitan el local con un aislamiento mínimo de D_{125} : 55 dB y D_{ntw} = 70dB, por lo que se propone aplicar la medida cautelar únicamente al equipo musical o dispositivos audiovisuales de la actividad, y levantar la medida cautelar en lo relativo a su funcionamiento como bar-restaurante; lo que se realiza por Resolución de 21 de diciembre de 2007.

El 28 de diciembre de 2007, los agentes de la Policía municipal levantan acta de medición de ruidos por voces y música, con una medición. Al haberse incumplido la medida cautelar de suspensión del funcionamiento del equipo de música se acuerda, mediante Resolución de 28 de diciembre de 2007, el precinto del establecimiento, que se llevó a cabo el 31 de diciembre siguiente.

Por Resolución de 4 de marzo de 2008 del Director General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental se resolvieron los expedientes sancionadores con la imposición de dos sanciones de multa: una por infracción grave, por importe de 10.000 euros; y otra muy grave, por un importe de 20.000 euros, y la clausura temporal total del establecimiento por un periodo de dos años.

Contra dicha resolución, la entidad sancionada interpuso recurso de reposición, alegando, entre otros motivos, que el acta de Policía municipal de medición de ruidos, de 28 de diciembre de 2007, que dio lugar al precinto de la actividad, habría vulnerado lo establecido en el Anexo I de la Ordenanza de Protección de la Atmósfera contra la Contaminación por Formas de Energía, el cual dispone que deben realizarse cinco mediciones del nivel sonoro equivalente a fin de garantizar una correcta y fidedigna valoración de los ruidos, procedimiento que no aparece recogido en el acta de medición de la citada fecha, por lo que, a juicio de la entidad reclamante no queda acreditado que los niveles de ruidos superen los permitidos por la normativa, siendo nula de pleno derecho la medida cautelar de precinto del establecimiento, por haber sido adoptada tras la instrucción de un expediente sancionador igualmente nulo.

Contra la desestimación del recurso de reposición, la empresa reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando además la suspensión del acto recurrido.

Mediante Auto de 10 de septiembre de 2008, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 28 de Madrid acordó no haber lugar a la medida cautelar solicitada, denegando, en consecuencia, la suspensión de la ejecución de la actuación administrativa impugnada en vía contencioso-administrativa.

Recurrió en apelación el citado auto, recurso que resolvió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de abril de 2009, que no fue notificada al recurrente hasta el 18 de septiembre de 2009. Dicha sentencia procedía a revocar la medida cautelar adoptada por la Administración, solo en lo referente a la clausura del establecimiento por un periodo de dos años, por entender que su mantenimiento conllevaría la existencia de daños y perjuicios de difícil reparación, haciendo ineficaz una futura sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente.

Asimismo, por Sentencia de 24 de junio de 2009, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 28 de Madrid resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto, estimando que la forma en que se consignaron en el acta las mediciones realizadas por los agentes de Policía municipal no fue la prevista en la normativa, pues solo se recoge una única medición.

Notificada dicha sentencia, la interesada puso en conocimiento de la Administración municipal el fallo de la misma mediante escrito de fecha 31 de julio de 2009, alzándose definitivamente el precinto con esa misma fecha.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Mediante escrito notificado el 26 de octubre de 2010, se practica requerimiento para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) complete la solicitud y, en los términos del artículo 6 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, se aportase acreditación de la legitimación para reclamar; acreditación de la

representación del letrado, mediante poder notarial, o declaración en comparecencia personal del interesado; poder notarial, que acredite la representación del firmante de la reclamación a favor de la empresa en cuyo nombre dice actuar; y declaración sucinta por el afectado en la que se manifieste expresamente que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por otra entidad pública o privada como consecuencia de los mismos hechos. Dicho requerimiento fue atendido mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2010.

Con fecha 1 de marzo de 2011 se practica nuevo requerimiento a la reclamante para que aportase resumen anual de cuentas de los ejercicios 2005 a 2008, ambos inclusive; actas de conciliación laboral promovidas por dos empleados de la empresa, mencionadas en el escrito de reclamación; justificante del pago de rentas por el alquiler del local; justificante del pago de salarios, cotizaciones a la Seguridad Social e indemnizaciones correspondientes a los contratos laborales que se mantuvieron en vigor durante la clausura de la actividad; y copia de facturas emitidas por la empresa que realizó obras de acondicionamiento del local.

El requerimiento es atendido mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2011, en Correos, con entrada en la Oficina del Área de Gobierno, Obras y Espacios Públicos el día 15 de marzo siguiente, complementado posteriormente, mediante escrito presentado en el anterior registro citado, el 28 de abril de 2011.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 10.1 del Reglamento, el órgano de instrucción ha solicitado informe de la Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental, de fecha 16 de julio de 2010, en el que manifiesta, tras exponer los antecedentes de hecho y los motivos invocados por el reclamante, que “(...)

El local fue precintado el 30/12/2007 como consecuencia del incumplimiento por el interesado de la medida cautelar que se adoptó sobre el funcionamiento del equipo de música, que beneficiaba a aquel en cuanto permitía el normal desarrollo de la actividad sin que pudiera emplearse dicho elemento.

Por otro lado, consta en el expediente sancionador número ddd, comunicaciones a Policía Municipal y a Junta de Distrito de Salamanca que el local podía reanudar su actividad desde el 18 de julio de 2009, es decir, desde el día siguiente a aquel en que devino firme la Sentencia de 24/06/2009, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 28 de Madrid. El interesado compareció ante la Subdirección General de Disciplina Ambiental el 31/07/2009, y se le informó que desde el 18 de julio de 2009 la actividad podía realizarse con normalidad. El Ayuntamiento de Madrid no puede asumir el retraso en la notificación al interesado de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto ello nos sitúa ante la posible responsabilidad derivada por el funcionamiento de la Administración de Justicia en lo que esta Dirección, por no ser materia de su competencia, no puede ni informar ni decidir. A esta Dirección, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia también le fue notificada con posterioridad a que deviniera firme la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 28.

Por tanto, el período de clausura se extendió desde el 30/12/2007 al 17/07/2009, esto es, 18 meses y 17 días, ó 557 días.

En ningún caso 581. [...]

Como conclusión, a juicio de esta Dirección el comportamiento del interesado, negligente en unos supuestos, constitutivo de vulneraciones de la disciplina urbanística y de infracciones a lo dispuesto en materia de espectáculos públicos en otros es, como mínimo, susceptible de ser calificado

de culposo y rompe, por tanto el posible nexo causal entre el daño sufrido y el actuar administrativo, con lo que la reclamación no debe ser atendida en ninguno de sus extremos”.

Por escrito presentado el 28 de abril de 2011 la reclamante incorpora al expediente resumen de las cuentas anuales de la empresa, correspondiente a los años 2005 a 2008.

Por el Departamento de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales, por escrito notificado el 12 de mayo de 2011, se procede a dar trámite de audiencia al reclamante, que presenta escrito de alegaciones el 24 de mayo siguiente, en el que reitera lo expuesto en su escrito inicial de reclamación, y confirma la cuantía de la indemnización solicitada en la suma de doscientos quince mil setecientos sesenta y cinco euros y veintiséis céntimos (215.765,26).

Finalmente, el 31 de enero de 2012, el órgano de instrucción dictó propuesta de resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el Vicealcalde de Madrid, a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 17 de febrero de 2012, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de mayo de 2012.

Por entender que era necesario para la emisión de dictamen, con fecha 15 de marzo de 2012 el Consejo Consultivo solicitó al órgano consultante que complementara el expediente de responsabilidad patrimonial, con el

expediente sancionador en el que recayó la sanción posteriormente anulada en vía judicial. El complemento de expediente tuvo entrada en este Consejo el 11 de mayo de 2012.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el Vicealcalde de Madrid, por delegación efectuada por la Alcaldesa, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de LRJ-PAC, desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ostenta la entidad reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto que es la persona jurídica que sufre el daño causado supuestamente por el cierre del local de negocio, consecuencia de una sanción por decisión municipal anulada posteriormente por los órganos judiciales.

Por otra parte, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto que titular de la competencia en materia de licencias de establecimientos públicos y protección del medio ambiente *ex* artículo 25.2.d) y f), respectivamente, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

En cuanto al plazo para reclamar la responsabilidad hay que estar a lo dispuesto en el artículo 142.4 LRJ-PAC, que establece para los supuestos de anulación de actos en vía contencioso-administrativa, como es el que se examina, que *“el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”*.

La determinación de la fecha de inicio del cómputo del plazo requiere tener en cuenta el principio de la *actio nata* recogido entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (recurso 1545/04) que, citando la de 23 de enero de 2001, afirma que: *“el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello es posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (Sentencias de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona*

cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad”.

Este Consejo Consultivo ha sostenido en Dictámenes anteriores (*vid.* Dictamen 14/08), acogiendo el meritado principio, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (TEDH 2000/11) en el asunto Miragall Escolano y otros contra España, en la que se establecía que *“el derecho de acción o de recurso debe ejercerse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos. Si no fuera así, los Tribunales podrán, retrasando la notificación de sus sentencias, acortar sustancialmente los plazos de recurso, incluso hacer imposible cualquier recurso. La notificación, en cuanto acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sirve para dar a conocer la decisión del Tribunal así como los fundamentos que la motivan, para, dado el caso, permitir a las partes recurrir”*, que el inicio del cómputo del plazo lo constituye la fecha de notificación de la Sentencia.

En el caso que nos ocupa, la reclamación se presentó el 25 de junio de 2010 y la Sentencia que estimó el recurso contencioso-administrativo fue dictada el 24 de junio de 2009, si bien consta que fue notificada el 31 de julio siguiente, por lo que aquélla ha sido presentada en plazo.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia, exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o

grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. 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 aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicando lo anterior al caso objeto del presente dictamen, procede analizar la concurrencia de los requisitos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Al respecto, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima, que corresponde probar a la Administración, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

En el presente caso, y sin perjuicio de las matizaciones que se efectuarán en la consideración jurídica sexta, queda acreditado en el expediente que el local permaneció cerrado desde el 31 de diciembre de 2007 hasta el 31 de julio de 2009.

El fundamento de la responsabilidad reclamada se encuentra en que el cese de la actividad de bar-restaurante fue anulado en vía judicial, habiendo ocasionado, dicho cese un daño económico a la empresa reclamante.

Sin embargo, como establece el artículo 142.4 LRJ-PAC, la anulación de un acto no presupone derecho a indemnización. En este sentido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de febrero de 2008 (recurso 315/2006) ha señalado que *“las consecuencias lesivas derivadas de la anulación de un acto administrativo, según el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pueden dar derecho a una indemnización, siempre y cuando -según ha declarado esta Sala y Sección en sentencias de cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, treinta y uno de mayo y cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y siete, veintiocho de junio de mil novecientos noventa y nueve y uno de octubre de dos mil uno- concurren los presupuestos o requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración: daño efectivo que por ser antijurídico el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, económicamente valuable, y conectado causalmente con la actividad administrativa, ya que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma”*.

Lo determinante para que la lesión sea indemnizable es que debe ser antijurídica, lo que supone que la Administración se desenvuelva en su

ámbito de actuación fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico. En palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 27 mayo 2004 (6/556/2000), 24 enero 2006 (6/536/2002), 14 febrero 2006 (6/256/2002) y 31 enero 2008 (4065/2003) *“siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”*. O como señala la Sentencia de 14 julio 2008 (6/289/07) *“si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica enderezada a satisfacer los fines para los que le ha atribuido la potestad que ejercita”* no hay lugar a indemnización.

Retornando al objeto del presente dictamen, la sanción impuesta por la Administración municipal fue anulada por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 28 de Madrid, de 24 de junio de 2009, atendiendo a que las diversas actas de medición de ruidos y en los informes de inspección solo consta una única medición, en contravención de lo dispuesto en la Ordenanza de Protección de la Atmósfera contra la Contaminación por Formas de Energía, de 31 de mayo de 2004, en concreto por no haber seguido el protocolo que la meritada Ordenanza prevé, en su anexo I, para la toma de mediciones.

Dicho anexo, establece las circunstancias de tiempo, lugar, distancia y otras condiciones en que deben realizarse las mediciones. En concreto y por lo que a nosotros nos interesa dispone, en su apartado 1.1.1.3., el siguiente protocolo de mediciones:

“-Se practicarán cinco mediciones del Nivel Sonoro Equivalente (LAeq 5s), distanciadas cada una de ellas tres minutos.

-Las medidas se considerarán válidas, cuando la diferencia entre los valores extremos obtenidos es menor o igual a 6 dBA.

-Si la diferencia fuese mayor, se deberá proceder a la obtención de una nueva serie de cinco mediciones. De reproducirse un valor muy diferenciado del resto, investigar su origen. Si se localiza, se deberá repetir hasta cinco veces las mediciones de forma que el foco origen de dicho valor entre en funcionamiento durante los cinco segundos de duración de cada medida. En caso contrario, se aceptará la serie.

-Se tomará como resultado de la medición el segundo valor más alto de los obtenidos.

-Para la determinación de los niveles de fondo, se procederá de igual manera”.

Las actas de inspección en las que se realizaron las mediciones, que sirvieron de base a los informes técnicos, y éstos, a su vez, constituyeron el fundamento de la decisión administrativa adoptada, recogen, efectivamente, una sola medición, lo que ha llevado al Juzgado de lo Contencioso-administrativo, a anular el acto administrativo que ordena el cese de la actividad.

La Sentencia menciona hasta cinco actas de medición de ruidos –las de 25 de noviembre, 3 y 9 de diciembre de 2006, 4 de octubre y 28 de diciembre de 2007- así como las actas de inspección de 17 de septiembre y 20 de diciembre de 2007 en las que solo se indica una medición. Se podría pensar que en las actas solo se recogió el que se considera resultado de la medición, después de haberlas efectuado conforme al protocolo establecido en la meritada Ordenanza, si bien tal interpretación queda descartada por el propio Juzgado al señalar que “*en tales actas ni siquiera se afirma haber realizado las cinco mediciones reglamentarias, recogándose tan sólo el*

segundo valor medio de las mismas, sino que sólo se hace constar en cada caso una única medición”.

Además, debe hacerse notar que en alguno de los múltiples escritos de alegaciones presentados en el curso del procedimiento sancionador por la entidad sancionada se advertía de esta deficiencia, en concreto en el escrito presentado el 16 de noviembre de 2007, ya se indicaba que se había realizado una única medición el 4 de octubre de 2007 y en el recurso de reposición contra la Resolución de 4 de marzo de 2008 por la que se imponía las sanciones posteriormente anuladas también se alegaba la necesidad de realizar cinco mediciones a fin de garantizar una correcta y fidedigna valoración de los ruidos, procedimiento que no fue recogido en el acta de medición, a pesar de lo cual se desestimó el recurso presentado por la mercantil sancionada. En este punto la desestimación del recurso se basa en que en el acta se recoge únicamente el resultado final de la medición, y en apoyo de su argumentación cita la sentencia 116/2008, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 10 de Madrid, de 11 de marzo de 2008.

Sin embargo la interpretación que efectúa la Administración municipal desconoce la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En la Sentencia de este Tribunal número 1686/2006, de 10 de octubre de 2006, en la que fue parte el Ayuntamiento de Madrid, se anuló una sanción impuesta por el citado Ayuntamiento a un karaoke al entender que las actas de medición de ruidos no respetaban el protocolo establecido en la ordenanza municipal para tal medición porque en aquéllas solo se hacía constar una medición. *Ad litteram* señalaba el Tribunal: “*el Anexo II de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano en su apartado 1.1.3 dispone que "La valoración de los niveles sonoros que establece esta Ordenanza en sus artículos 89 y 90, se adecuarán a las siguientes normas: Las mediciones se realizarán conforme al siguiente protocolo de medidas: Se practicarán cinco mediciones del Nivel Sonoro*

Equivalente distanciadas cada una de ellas en tres minutos", por tanto las tres Actas de Inspección levantadas por la Policía Municipal no tiene valor a efectos de determinar la existencia de ruidos, pues en todas ellas se efectuó una única medición de ruidos. Esto determina que deba estimarse el recurso de apelación y anularse la resolución administrativa recurrida".

Igualmente, la Sentencia 328/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de febrero de 2008 (recurso de apelación 1094/2007), en el que asimismo fue parte el Ayuntamiento de Madrid, anuló la sanción impuesta a un bar por exceso de ruido, al entender que se habían efectuado las cinco mediciones estipuladas en la normativa municipal, pues no constaba en el acta las cinco mediciones. Expresamente señala la Sentencia que *"el Anexo I, punto 1.1.3 de la Ordenanza de Protección de la Atmósfera contra la Contaminación por Formas de Energía, es el que recoge la forma en que han de efectuarse las actas de medición de ruidos, establece que deberá procederse a efectuar cinco mediciones de nivel sonoro, distanciadas cada una de ellas tres minutos.*

[...]

El Acta recoge que solo se efectuaron dos mediciones, y a tal literalidad ha de estarse, sin que quepa entender que se efectuaron cinco mediciones y se recogió el segundo valor medio; y, al no haberse efectuado la medición de ruidos conforme a lo establecido legalmente, no se ha destruido la presunción de inocencia, por lo que procedía anular la sanción impuesta". Pronunciamientos similares se han mantenido con posterioridad.

Ello evidencia que la interpretación sostenida por la Administración sancionadora no puede, razonablemente, seguir manteniéndose, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, jurisprudencia que ha recaído con anterioridad a la imposición de la sanción

que nos ocupa y en casos en los que la propia Administración municipal ha sido parte, por lo que es perfectamente conocedora de su existencia.

En consecuencia, en este caso no puede sostenerse que la actuación de la Administración sancionadora se ha ajustado a criterios de razonabilidad en la imposición de la sanción después anulada por los órganos judiciales, pues a pesar de la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene realizando de la ordenanza municipal en la que se establece el protocolo para la medición de ruidos, la Administración municipal no ha corregido su interpretación, por lo que deviene en irrazonable su actuación, al seguir manteniendo de forma obstinada una interpretación que ha sido enmendada por los tribunales.

La irracionalidad del actuar municipal en el procedimiento sancionador conduce a considerar, en aplicación de la jurisprudencia mencionada al inicio de este mismo fundamento jurídico, que el daño ocasionado a la empresa reclamante reviste el carácter de antijurídico.

SEXTA.- Llegados a este punto queda, al amparo del artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, valorar los daños a efectos de su cuantificación, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJ-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

Reclama la interesada el daño emergente, por importe de 175.118,5 €, que desglosa en los siguientes conceptos: por el alquiler del local durante el cierre del establecimiento, 100.599,24 €; salarios, cotizaciones a la Seguridad Social e indemnización por despido de los trabajadores, 37.680,41 €; y coste de la reforma del local para la obtención de licencia de funcionamiento, 36.838,85 €. Asimismo, se reclama el lucro cesante, que cifra en 40.646,76 €.

Con carácter previo debe matizarse que, a pesar de que la reclamante considera que el cierre del local se produjo el 28 de diciembre de 2007 y

en razón de ello cuantifica la indemnización, según queda acreditado en el expediente, el precinto no se materializó hasta el 31 de ese mes, por lo que el negocio fue explotado, o al menos pudo serlo, hasta esa fecha.

Por otra parte, no se comparte el criterio de la propuesta de resolución en cuanto a la fecha a partir de la cual pudo reiniciar su actividad el negocio. Se indica en la propuesta que la fecha a tomar en consideración es la de 18 de julio de 2009, es decir, el día siguiente a la firmeza de la resolución judicial, de modo que si el local permaneció cerrado lo fue por decisión de la reclamante. Sin embargo, en esta consideración parece pasarse por alto lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la redacción vigente al tiempo de dictarse la sentencia, con arreglo al cual: *“luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél.”*

En el presente caso no consta en la documentación remitida que se hubiera levantado el precinto del local ni que se hubiera comunicado a la interesada la posibilidad de reanudar su actividad con anterioridad al 31 de julio, por lo que no podía la reclamante, por decisión propia, proceder a la ejecución de la sentencia con anterioridad a esa fecha.

La interesada, sobre la base de un informe pericial que presenta, reclama, como hemos señalado, indemnización por el lucro cesante. Dicho informe toma en consideración las cuentas anuales del año 2005 y 2006 y efectúa un cálculo de beneficio medio diario de 69,96 € a tomar como referencia para la determinación de la ganancia dejada de obtener durante el periodo

que el negocio permaneció cerrado. El informe pericial desprecia las cuentas del año 2007 porque el local permaneció temporalmente cerrado para acondicionar el local con arreglo al requerimiento efectuado por el Ayuntamiento en el marco del expediente de medidas correctoras.

Ahora bien, este Consejo no comparte la valoración que de las cuentas anuales se efectúa en el informe pericial ni el criterio de excluir en la determinación del lucro cesante las cuentas correspondientes al año 2007. Para hacer la valoración del daño, según reiterada jurisprudencia (*v.g.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009) se debe tomar en consideración las cuentas anuales de los dos años anteriores. En este caso, del año 2007 solamente habría que considerar los 141 días que el negocio ha permanecido abierto. Atendiendo a este criterio, el daño emergente calculado atendiendo a las cuentas anuales del 2006 y los 141 días del año 2007, resulta un beneficio medio diario de 27,35 €, lo que multiplicado por los 578 días que permaneció cerrado el negocio a causa de la sanción administrativa impuesta, resulta un lucro cesante de 15.810,99 euros, que es el importe que debe ser indemnizado.

En relación al daño emergente reclamado, deben efectuarse algunas consideraciones. En primer lugar, se reclama el coste del alquiler del local - por importe de 100.599,24 €-, por el tiempo que el negocio no pudo ser explotado a consecuencia de la imposición de la sanción. A este respecto es preciso señalar que de la documentación presentada por la reclamante a requerimiento de la Administración tan solo resulta el pago de la renta de algunos meses de dicho periodo y de las cantidades consignadas judicialmente en el juicio de desahucio tramitado por impago de rentas no se puede determinar cuáles corresponden a este periodo. Asimismo, del contrato de arrendamiento presentado resulta que el contrato venció el 1 de mayo de 2009, por lo que no puede extenderse la indemnización a las mensualidades posteriores a esa fecha.

Pero lo que es más relevante es que no cabe indemnización por tal concepto, porque de no haberse impuesto la sanción de suspensión de la actividad la reclamante hubiera soportado tal gasto a deducir de los ingresos para obtener la ganancia del negocio. En consecuencia, si se indemniza el lucro cesante, es decir, la ganancia dejada de percibir, no puede indemnizarse también, pues en tal caso se produciría una duplicidad, este gasto consustancial al negocio de la interesada.

Otro tanto cabe decir en cuanto a los salarios de los trabajadores, que se hubieran igualmente satisfecho y detraído de los ingresos del negocio de no haberse impuesto la sanción. Además, no ha quedado acreditado en el expediente el abono ni de los salarios de los trabajadores ni de las indemnizaciones por despido de los mismos. En cuanto a las indemnizaciones por despido, los actos de conciliación en el que figuran los importes de cada una de ellas terminaron sin avenencia, según las papeletas presentadas, y en ellas se reconoce por el representante de la reclamante que no puede abonarlas. En relación a los salarios dejados de abonar a los trabajadores, el acta de conciliación fija las cuantías adeudadas a los trabajadores desde enero del 2007, es decir anterior a la imposición de la sanción anulada judicialmente, hasta noviembre del 2008. No obstante, en cualquier caso, el acta indica que las cuantías señaladas deberían abonarse en el plazo de 24 horas en el domicilio de la empresa, pago que no ha acreditado la reclamante haber efectuado.

Por último, por lo que se refiere a los gastos de reforma del local, dos de las facturas aportadas lo son por reforma en el sistema contraincendio y rehabilitación del local, por lo que entiende este Consejo que no guardan relación con la sanción anulada. En la tercera de las facturas, por importe de 8.536,38 € se alude a “*ampliación instalación según requerimientos del Ayuntamiento*”. Aún cuando se entendiera que este gasto responde a las obras de aislamiento acústico del local, que le fue requerido por el

Ayuntamiento de Madrid según se ha relatado en los antecedentes de hecho, no cabe tampoco su indemnización por cuanto que es un gasto que necesariamente debe soportar la reclamante para adecuar el local a la normativa municipal, y que se generó en el ámbito del expediente de medidas correctoras instruido por la Dirección General de Calidad, Control y Evaluación Ambiental, ajeno a los expedientes sancionadores cuya resolución final fue anulada por los órganos judiciales.

De lo anterior resulta que la reclamante debe ser indemnizada con la cantidad de 15.810,99 €, que deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en la cuantía establecida en la consideración jurídica sexta.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 30 de mayo de 2012