

Dictamen n.º: **237/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.07.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de julio de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008). Hace llegar la consulta a este órgano consultivo el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por la sociedad A sobre responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación en vía jurisdiccional de la Resolución de la Gerente del Distrito de Latina que ordenó el cese de la actividad y la clausura del local B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de mayo de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con el referido expediente de responsabilidad patrimonial, procedente del Ayuntamiento de Madrid. Correspondió su estudio a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. Consejero D. Andrés de la Oliva Santos, defendiendo la oportuna propuesta de dictamen, por sustitución, el Excmo. Sr. Consejero D. Jesús Galera Sanz, siendo debatida y aprobada, por unanimidad, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de julio de 2010.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de diciembre de 2007, la mercantil anteriormente citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por el perjuicio ocasionado como consecuencia de la anulación de la ya citada Resolución por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2006, notificada el 15 de diciembre de ese mismo año. Dicha sentencia, que estima el recurso de apelación interpuesto por la mercantil reclamante contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid, anula el Decreto de 2 de febrero de 2005 dictado por la Gerencia del Distrito de Latina del Ayuntamiento de Madrid que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 10 de diciembre de 2004, por el que se ordenaba el cese de la actividad de discoteca que se venía realizando en el local situado en el número aaa del Paseo C de Madrid (folios 2 a 26 del expediente administrativo).

La reclamante cuantifica el importe de su reclamación en dos millones trescientos mil euros (2.300.000 €).

Con su escrito de reclamación acompaña copia del poder general para pleitos a favor de I.Y.V., como representante de la entidad, así como copia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2006.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo. Del expediente resultan los siguientes hechos probados:

Con fecha 3 de abril de 1992 se otorgó a la mercantil D licencia de actividad e instalaciones, calificada para cambio de nombre y ampliación de actividad, para Sala de Usos Múltiples, en el expediente bbb. En dicha licencia, dentro de la memoria descriptiva se incluía en el uso general de Sala de Usos Múltiples *“la exhibición de bailes folklóricos, la exhibición de bailes de salón, conciertos en vivo y en directo, música disco, el desfile de modas, la exhibición de ejercicios gimnásticos, las exposiciones, la grabación de programas de radio y televisión, la grabación de spots publicitarios, la grabación de videos, sala de fiestas y espectáculos, etc.”*.

Con fecha 14 de octubre de 2005 se notificó la autorización de cambio de titular de la licencia vigente a A.

El 10 de noviembre de 2004, la Junta de Distrito de Latina dictó propuesta de resolución en la que instaba a la reclamante a la clausura y cese inmediato de la actividad de discoteca al entender dicho órgano administrativo que la reclamante no tenía licencia para ejercer dicha actividad, conforme a lo previsto en los artículos 151 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Con fecha 10 de diciembre de 2004, se dictó, por la Sección de Disciplina de la Junta Municipal de Distrito de Latina, Resolución en la que se acordaba el cese de la actividad al considerar que la actividad de discoteca en el local se ejercía sin la preceptiva licencia de actividad.

Interpuesto por la reclamante recurso de reposición contra la anterior resolución, el 2 de febrero de 2005 se dictó resolución desestimatoria por la Gerencia de la Junta Municipal de Distrito de Latina.

El 16 de febrero de 2005, la reclamante fue notificada del precinto del local, de conformidad con lo previsto en el Decreto de 10 de diciembre de 2004. La clausura del local se hizo efectiva a las 11:30 horas del día 21 de

febrero de 2005. Contra dicho acto se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid, resuelto por Sentencia de 9 de diciembre de 2005.

Igualmente, contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición se interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid de 24 de enero de 2006.

Frente a la anterior sentencia, se interpuso recurso de apelación que se resolvió por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2006, notificada el 15 de diciembre de ese mismo año. Esta sentencia estima el recurso contencioso-administrativo y anula el Decreto de 2 de febrero de 2005, desestimatorio, a su vez, del recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 10 de diciembre de 2004, que ordenaba el cese de la actividad de discoteca.

Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2006, lo trascendente *«con independencia de la mera discusión nominalista de si la misma ampara una sala de usos múltiples o una discoteca y si esta segunda actividad está incluida en la primera, se observa que la orden de cese y clausura no se produce por el procedimiento establecido en el artículo 34 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, que además tampoco se ha respetado, es decir por un defectuoso funcionamiento de los elementos industriales licenciados sino por el incumplimiento de las prescripciones contenidas en la licencia. Se utiliza para ello el artículo 151 de la Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid que se refiere a los actos que precisan de licencia. La actividad se encuentra licenciada y es indiferente si la misma se denomina “discoteca” o de “sala de usos múltiples”, lo*

transcendente son los elementos industriales instalados, y en el caso presente no consta que la actividad se ejerza con unos elementos diferentes de los licenciados. De ser así habrá de seguirse el procedimiento establecido en los artículos 36 a 38 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre. Y no es posible la adopción de la medida de clausura porque además de privarse del ejercicio de la actividad de discoteca también se priva del ejercicio de la actividad de “sala de usos múltiples”, para la que el recurrente cuenta con licencia de actividad y funcionamiento, para la que el recurrente tiene licencia. Si existen elementos no licenciados, podría procederse al precinto de estos pero no a la totalidad de la actividad ya que la misma cuenta con licencia y dicha clausura solo es posible tras la revocación de la licencia o tras el procedimiento establecido en los artículos 36 y 37 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, como consecuencia de la retirada temporal o definitiva de la licencia a la que se refiere el artículo 38 del citado Reglamento.

(...) Por el procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Madrid la clausura se establece sine die y sin seguir procedimiento alguno para revocar la licencia de funcionamiento, tal y como permite el artículo 8 de la citada Ley Territorial de Madrid 17/19947, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas al establecer que el incumplimiento de los requisitos y condiciones en que fue concedida la licencia de funcionamiento determinará la revocación de la misma previa tramitación de un expediente sumaria con audiencia del interesado.

(...) En conclusión la licencia concedida ampara la actividad de discoteca con independencia de que la misma se encuadre en el concepto de “salas multiusos” o “discotecas”, pues dicha normativa sobrevenida no puede tener efectos desfavorables para el administrado, debiendo señalarse

que la disposición transitoria a primera del Decreto 184/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos Locales e Instalaciones señala que los Ayuntamientos deberán revisar, de oficio o a instancia de parte, en el plazo de tres años, a contar desde la entrada en vigor del presente Decreto, todas las licencias de funcionamiento concedidas con anterioridad, con el único fin de adaptar la denominación de la actividad y la tipología del local a las definiciones contenidas en el Catálogo. La finalidad no es dejar sin efecto las licencias anteriormente concedidas sino adaptar las definiciones del catálogo a las licencias otorgadas con anterioridad. Lo contrario sería desconocer los derechos de los administrados y en cierta medida privar sin indemnización de un derecho reconocido por una resolución administrativa anterior sin seguirse procedimiento alguno. En todo caso ni siquiera consta que el Ayuntamiento de Madrid haya procedido a realizar tal adaptación en el caso que nos ocupa. Y en todo caso la clausura sólo puede referirse a los elementos no licenciados, habrá de seguirse el procedimiento de los artículos 36 a 38 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre o procederse a la revocación de la licencia por el procedimiento del artículo 7 de la Ley Territorial de Madrid 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. En conclusión el acto del Gerente de la Junta Municipal de Distrito de La Latina del Ayuntamiento de Madrid de 10 de noviembre de 2004 no se ajusta a Derecho por lo que el recurso de apelación ha de ser estimado».

No obstante, debe tenerse en cuenta que, durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo, el 2 de junio de 2005 se dictó Resolución de la Jefe de Sección de Disciplina Urbanística, en la que, a la vista del informe de la Sección de Licencias, de 4 de mayo de 2005,

favorable al cambio de la actividad licenciada en “*sala de fiestas*”, de acuerdo con el catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones establecido en el Decreto 184/1998, de 22 de octubre, se acuerda autorizar la retirada de los precintos de la puerta de acceso al local y se deja sin efecto la Resolución de 10 de diciembre de 2004.

Finalmente, según se hace constar en el Acta de la Inspección Territorial II de la Policía Municipal, de 2 de junio de 2006, que el local destinado a discoteca está derruido, habiéndose solicitado licencia para la demolición de estas construcciones y la instalación de otras distintas.

A efectos de emisión del presente dictamen, son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Informe del Jefe del Departamento Jurídico de la Sección de Disciplina Urbanística del Distrito de Latina, de 8 de febrero de 2008, en el que refiere que por Resolución de la Gerencia del Distrito, de 2 de junio de 2005, se autorizó a la reclamante la retirada de los precintos colocados en la puerta de acceso al local, dejando sin efecto la Resolución de 10 de diciembre de 2004, toda vez que con fecha 4 de mayo de 2005 había sido informada favorablemente la adaptación del local como sala de fiestas, en el expediente ccc, donde se está tramitando el cartel informativo. Con fecha 15 de junio de 2006 se procede al archivo del expediente, debiendo tener en cuenta que en esta fecha la discoteca ha sido demolida (folios 49 a 51).

2. Escrito de la Administración por el que se requiere a la entidad reclamante para que aporte determinada documentación consistente en declaración suscrita por el afectado en la que se manifieste, expresamente, que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia del daño sufrido o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas y

justificantes que acrediten la indemnización solicitada. Dicho requerimiento es notificado el 14 de marzo de 2008 (folios 54 a 56).

3. Escrito de la reclamante, presentado el 3 de abril de 2008, por el que da cumplimiento al anterior requerimiento y aporta declaración jurada del representante de la entidad de no haber recibido cantidad alguna en relación con la indemnización que se reclama, informe de valoración del daño emergente y lucro cesante y documentos justificativos de los daños y perjuicios producidos por el cese y clausura del local, cuantificando el importe de la indemnización en 2.210.893,41 euros (folios 57 a 2039).

4. Expediente ddd, de cese y clausura de actividades del local, dentro del cual son de interés los siguientes documentos: Acto de inicio del expediente, de 14 de octubre de 2004, al que se incorporan cuatro actas de inspección en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas (2042 a 2047); escrito de notificación de trámite de audiencia previo a la clausura, de 14 de octubre de 2004 (folio 2052); propuesta de resolución de cese y clausura de actividades, de 10 de noviembre de 2004 (folios 2062 a 2063); alegaciones de la reclamante (folios 2072 a 2088); Resolución de 10 de diciembre de 2004 (folios 2090 a 2095); recurso de reposición formulado por la reclamante el 9 de diciembre de 2004 (folios 2112 a 2138); Resolución de 2 de febrero de 2005 (folios 2158 a 2160); Resolución de 14 de febrero de 2005 por la que se ordena el precinto del local (folio 2170 a 2172); escrito de alegaciones de la reclamante, presentadas el 19 de febrero de 2005 (folios 2184 a 2189); acta de precinto del local, levantada el 21 de febrero de 2005 a las 11:30 horas (folio 2208 y 2209); resolución de 22 de febrero de 2005 en la que se da respuesta a las alegaciones formuladas por la reclamante en el acta de precinto del local (folios 2212 y 2213); resolución de 22 de febrero de 2005, por la que se acuerda rectificar el error material observado en la resolución de fecha 14 de febrero de 2005, por la que se ordena el precinto

de la actividad y que hace referencia a la resolución de 10 de noviembre de 2004 y no la que debía constar, 10 de diciembre de 2004 (folios 2215 a 2217); solicitud de levantamiento del precinto, presentada el 2 de marzo de 2005, a la que acompaña diversa documentación consistente en copia del contrato de arrendamiento del local, listado del personal que trabaja en la sala, contrato de limpieza y mantenimiento de la misma, contrato de alquiler de equipos audiovisuales, contrato de alquiler de equipos de sonido, contrato de alquiler de iluminación, contrato de mantenimiento de los sistemas de protección contra incendios, contrato de mantenimiento de desinfección y desratización del local y otra documentación sobre los conciertos programados (folios 2227 a 2757); escrito del Jefe de Sección de Disciplina Urbanística del Distrito de Latina, de 3 de marzo de 2005, en el que manifiesta la improcedencia de que se levante el precinto del local (folio 2757); escrito de la entidad interesada por el que aporta al Ayuntamiento copia del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid, de 3 de marzo de 2005, en el que se acuerda la adopción de la medida cautelarísima solicitada y se permite el ejercicio de la actividad precintada (folio 2760 a 2765); escrito de la Jefe de Sección de Disciplina Urbanística, de 9 de marzo de 2005, en el que se da por enterada del contenido de la resolución judicial y declara que los interesados deben atenerse al cumplimiento de su parte dispositiva y, en consecuencia, se puede ejercer la actividad autorizada en el local de referencia (folio 2766); solicitud presentada el 1 de marzo de 2005 por la entidad reclamante del cambio de la actividad licenciada sustituyendo la autorizada, “*sala de usos múltiples*” por la actividad de “*sala de fiestas*”; Auto de 10 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid, de 10 de marzo de 2005, por el que se acuerda no confirmar el Auto de 3 de marzo de 2005 y, en consecuencia, que procede el precinto del local (folio 2774 a 2788); informe propuesta de 4 de mayo de 2005, de la Junta Municipal de Distrito de Latina,

favorable al cambio de denominación de la actividad licenciada, de acuerdo con el catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones establecidas en el Decreto 184/1998, de 22 de octubre (folios 2846 y 2847); Resolución de 2 de junio de 2005, de la Jefe de Sección de Disciplina Urbanística, de 2 de junio, en la que –a la vista del informe favorable de la Sección de Licencias de 4 de mayo de 2005– se acuerda autorizar la retirada de los precintos de la puerta de acceso al local y se deja sin efecto la Resolución de 10 de diciembre de 2004 (folios 2852 y 2853); copia de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid, de 9 de diciembre de 2005, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 14 de febrero de 2005 que acordaba el precinto de la actividad de discoteca (folios 2858 y 2872); actas de inspección en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas de 30 de octubre de 2005 y 15 de enero de 2006 por las que se acuerda iniciar expediente sancionador a la entidad reclamante (folios 2876 a 2887); copia de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid, de 24 de enero de 2006, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 2 de febrero de 2005 que desestimaba la resolución de 10 de diciembre de 2004, por la que se ordenaba el cese de la actividad de discoteca (folios 2888 a 2897); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2005, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 12 de mayo de 2005, que denegaba la medida cautelar solicitada contra la Resolución que ordenaba el cese de la actividad (folios 2899 a 2917); Acta de la Inspección Territorial II de la Policía Municipal, de 2 de junio de 2006, en la que se hace constar que el local destinado a discoteca está derrumbado (folios 2921 y 2922); Resolución del Jefe de Disciplina Urbanística, de 15 de junio de 2006, por la que se acuerda el archivo del expediente ddd con motivo de la

demolición de la discoteca (folio 2923); copia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de noviembre de 2006, notificada al Ayuntamiento el 9 de enero de 2007 (folios 2925 a 2960).

5. Informe del Departamento Jurídico de la Sección de Disciplina Urbanística, de 30 de octubre de 2008 en el que se declara que *«el precinto efectivo de cualquier actividad en dicho local es desde el 21 de febrero de 2005 al 17 de marzo de 2005. Si bien a partir de esta fecha sólo podrán ejercer la actividad autorizada, esto es, “sala de usos múltiples”. No obstante ello, hasta que no se procede a la adaptación de la actividad a “sala de fiestas” con fecha 4 de mayo de 2005, no se deja sin efecto la resolución por la que se dictó el precinto de la actividad que se venía ejerciendo, dado que cualquier actividad que no fuera la sala de usos múltiples no estaba autorizada. No obstante todo cuanto antecede según consta en el expediente eee, con fecha 16 de mayo de 2006 se solicita licencia para la demolición de estas construcciones y la instalación de otras distintas, a nombre de la mercantil E. Y según consta en informe emitido por la Policía Municipal, con fecha 2 de junio de 2006 ya habían comenzado los trabajos de demolición»* (folios 2973 y 2974).

6. Notificación del trámite de audiencia a la empresa reclamante, efectuada el 8 de enero de 2009, sin que conste que haya formulado alegaciones (folios 2975 a 2977).

7. Requerimiento a la empresa reclamante para que aporte el resumen de cuentas anuales de los años 2004 y 2005, notificado el 21 de mayo de 2009 (folios 2983 y 2984). No consta que se haya aportado la documentación requerida.

8. Escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14, por el que se tiene por interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la

desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial (folio 2987).

9. Propuesta de resolución de 11 de mayo de 2010 del Director General de Organización y Régimen Jurídico del Área de Hacienda y Administración Pública que desestima la reclamación por considerar que no concurre la antijuridicidad del daño.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*. En el presente caso, habiéndose cuantificado su importe en 2.210.893,14 euros, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

El dictamen es evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesado según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992,

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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 la condición de interesada y legitimada para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, independientemente de que sea o no procedente la indemnización pedida, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada ley.

Se cumple, igualmente, el requisito de la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid, como Administración autora del acto anulado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En cuanto al plazo para la interposición de la reclamación es de un año, contado desde que ocurrió el hecho o el acto que motiva la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP).

En el caso que nos ocupa, la reclamación se presentó el 14 de diciembre de 2007 y la Sentencia que debe tomarse como referencia a efectos del cómputo del plazo es de fecha 30 de noviembre de 2006, si bien fue notificada el 15 de diciembre del mismo año. Atendiendo a la fecha en que dicha Sentencia fue dictada habría que concluir que la reclamación es extemporánea, extemporaneidad que no concurriría en el supuesto de tomar en consideración como “*dies a quo*” la fecha de notificación de la aludida Sentencia.

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 de 10 de junio de 2008 (recurso 1545/04) que, con cita de 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 acogido en Dictámenes anteriores (vid. Dictamen 14/08) el meritado principio, conforme a 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”*, por lo que el inicio del cómputo del plazo lo constituye la fecha de notificación de la Sentencia. Habiéndose notificado el 7 de diciembre de 2005 debe reputarse presentada en plazo la reclamación de 1 de diciembre de 2006.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado 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.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, se han recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

Se observa que se ha superado el plazo de seis meses establecido para resolver y notificar la resolución, previsto en el artículo 13.3 del R.D. 429/1993. Como ha señalado este Consejo Consultivo en numerosos dictámenes (v. gr. 278/09, 447/09, 473/09 y 539/09), debe recordarse de nuevo, a propósito de esta falta de resolución en plazo, el deber de la Administración de actuar conforme a los principios de eficacia y celeridad, pues una buena administración incluye la resolución de los asuntos en un plazo razonable.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 [arts. 42.1 y 43.4.b) de la Ley 30/1992].

CUARTA.- Como es sabido, 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

Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- 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.

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

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufra el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al

examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, el fundamento de la responsabilidad reclamada se encuentra en la anulación de la resolución que acordaba el cese de la actividad del local de la entidad reclamante y los daños pretendidamente causados por el referido cese.

Como establece el artículo 142.4 LRJ-PAC, la anulación de un acto no presupone por sí sola la existencia de un 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”.

Determinante de que la lesión sea indemnizable es que sea calificable de antijurídica, lo que supone que la Administración haya actuado 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.

A juicio de este Consejo, la infracción cometida por la Administración municipal al decretar el cierre del local de la reclamante es de tal entidad que las consecuencias dañosas que se acrediten realmente producidas constituirían una lesión antijurídica y, por tanto, indemnizable.

SEXTA.- No puede olvidarse que, en materia de responsabilidad patrimonial, la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer esa

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).

Por lo que se refiere a la realidad del daño, la entidad reclamante solicita en primer lugar *«la indemnización por lucro cesante y daño emergente del negocio», debido a la revocación de la licencia, de la antigua discoteca B. Dentro de los conceptos indemnizables debidos a un traslado de negocio distinguiremos, de forma general, dos partes. Aquellos conceptos que forman parte de la adecuación del nuevo local al que se traslada la actividad, y aquellos otros que forman parte de lo que supone la actividad en sí misma»*. Según manifiesta en su escrito, la reclamante no pudo ejercer ninguna de las actividades amparadas en la licencia otorgada el 3 de abril de 1992 y no sólo la de discoteca.

Sin embargo, del estudio del expediente resulta acreditado que la reclamante, tras el levantamiento del precinto del local el 4 de mayo de 2005, pudo continuar con la actividad de *“sala de fiestas”*. Si la reclamante hubo de trasladarse a otro local para el ejercicio de su actividad no fue por causa imputable a la Administración pues, como resulta de los informes emitidos por la Junta de Distrito de Latina, el cese efectivo de la actividad se produjo desde el 21 de febrero de 2005 hasta el 17 de marzo de 2005, si bien, a partir de esta fecha sólo podía ejercer la actividad autorizada, esto es, *“sala de usos múltiples”*. Sólo cuando se procede a la adaptación de la actividad a *“sala de fiestas”*, se deja sin efecto la resolución por la que se dictó el precinto de la actividad que se venía ejerciendo. En consecuencia, a partir de 4 de mayo de 2005, la entidad reclamante pudo continuar con la actividad de *“sala de fiestas”*, como resulta de las actas de inspección levantadas los días 30 de octubre de 2005 y 18 de enero de 2006, que

demuestran que en esas fechas el local estaba abierto y funcionando para el desarrollo de la actividad de “*sala de fiestas*”.

El hecho de que la Sentencia de 30 de noviembre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid considere que la licencia concedida en 1992 ampara la actividad de discoteca con independencia de que la misma se encuadre en el concepto de “*salas multiusos*” o “*discotecas*”, no acredita que la causa del traslado haya sido el cese de la actividad. Así, tal y como resulta del expediente, el 16 de mayo de 2006, la mercantil E, arrendadora del local, solicitó una licencia para la demolición de la sala y la instalación de otras actividades.

Por tanto, aunque el contrato de arrendamiento pactado entre la entidad reclamante y la mercantil E tuviese una duración de diez años y, en consecuencia, el arrendatario hubiese podido continuar en el local hasta el 24 de septiembre de 2014, se desconoce la causa de resolución del mismo, bien por decisión del arrendador (en cuyo caso habrá llegado a un acuerdo con el arrendatario) o bien del propio arrendatario, sin que resulte acreditado en el expediente que la resolución del contrato de arrendamiento se debiese al cese de la actividad de discoteca, que, además, continuó desde el 4 de mayo de 2005 y, por lo menos, hasta el 18 de enero de 2006, como actividad de “*sala de fiestas*”.

El único daño que podría considerarse es el resultante del cierre del local desde el 21 de febrero de 2005 hasta el 4 de mayo de 2005. De la documentación aportada por la entidad reclamante, sin embargo, no resulta acreditada la existencia de dichos daños, pues se limita a solicitar una indemnización de daños y perjuicios, como si de un traslado de actividad se tratase. Así, valora el coste por el traslado físico de la actividad, el coste de las instalaciones nuevas, el daño emergente y lucro cesante y los gastos necesarios para la adecuación del nuevo local. De todos estos gastos sólo

podría admitirse, como se ha indicado, el lucro cesante por la clausura del local desde el 21 de febrero de 2005 hasta el 4 de mayo de 2005.

En cuanto al lucro cesante, el Tribunal Supremo tiene establecidos los requisitos que han de concurrir para poder apreciarlo:

“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los

presupuestos legales para su admisibilidad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998).

En el mismo sentido se orienta la Sentencia de 22 de febrero de 2006, recurso 1761/2002, al afirmar que *“la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas”*.

Resulta de aplicación al caso la doctrina en virtud de la cual la carga de la prueba de la realidad del daño corresponde al reclamante. Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 junio 1988, *“(…) es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama”*.

Para acreditar las pérdidas que supuestamente ha sufrido, la entidad reclamante aporta el balance de sumas y saldos acumulados al mes de diciembre de los años 2004, 2005 y 2006, los libros diarios y el libro mayor de los ejercicios de 2004 (desde el 30 de junio de 2004), 2005 y 2006.

Del examen de estos libros, en especial del libro mayor, es posible efectuar un cálculo objetivo de los daños sufridos en concepto de lucro cesante desde el 21 de febrero de 2005 hasta el 4 de mayo de 2005, descartados, por las razones ya expuestas, los daños presuntamente producidos por un traslado cuya relación con el cierre no se ha acreditado.

En primer lugar, se procede a determinar, a partir de los ingresos y gastos del ejercicio de 2004, que importan 3.307.244'51 euros y 1.055.552,18 euros, respectivamente, la ratio de beneficios de ese ejercicio, inmediatamente anterior a aquel en que se produce un cierre indebido. La referida ratio alcanza el 31,916363 por ciento de los ingresos.

En segundo término, se examinan las distintas cuentas de ingresos de 2005, que son las siguientes: 1) Ventas barra (c. 705.0); 2) Ventas puerta (c. 705.8); 3) Ventas fiestas (c. 705.9); 4) Ventas ropero (c. 705.10); 5) Colaboraciones publicitarias (c. 705.0100) y 6) Alquiler sala conciertos (c. 705.0102). De este examen resulta que sólo experimenta variación relevante, del 21 de febrero al 4 de mayo de 2005, la cuenta de ventas puerta, de modo que son las cifras de esta cuenta las que han de tomarse en consideración, junto con la cifra de 20 días efectivos de cierre respecto de dichas ventas.

A tenor de los ingresos medios del año 2005, las ventas puerta arrojarían el resultado de un ingreso promedio diario de 9.105'90 euros. Al multiplicar esta cifra por los 20 días de cierre que resultan relevantes, los ingresos que la reclamante habría dejado de percibir ascenderían a 182.118 euros. Si a esta cifra se aplica la antes citada ratio de 31,916363 % de beneficios respecto de ingresos, el lucro cesante por cierre indebido habría sido de 58.125,44 euros.

Entiende este Consejo que, al existir cifras fiables sobre el volumen del negocio de la reclamante relativas al año 2005, antes y después del cierre y al resultar razonable aplicar a esas cifras la ratio de beneficios sobre ingresos del ejercicio 2004, la estimación del lucro cesante en el presente caso no consiste en una especulación sobre posibilidades y meras expectativas dudosas, sino en el resultado de aplicar un método fiable y objetivo basado en datos reales y probabilidades cualificadas.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la estimación parcial de la reclamación efectuada, y se fija la indemnización procedente en la cantidad de 58.125,44 euros, que deberá ser actualizada conforme a lo previsto en el art. 141.3 LRJ-PAC.

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, 21 de julio de 2010