

Dictamen n.º: **299/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.09.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 22 de septiembre de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del 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 antes referido y promovido por S.S.P., propietario del bar de copas con karaoke sin actuaciones musicales sito en la calle A número aaa, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del decreto municipal que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el decreto que disponía el cese inmediato de la actividad de su establecimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el registro de Vicealcaldía del Ayuntamiento de Madrid, el día 5 de febrero de 2008, se reclama indemnización por los daños y perjuicios consecuencia del cese de la actividad del bar de copas con karaoke sin actuaciones musicales, desde el día 21 de junio al 30 de noviembre de 2004, ocasionados en aplicación del decreto del Concejal Presidente del Distrito de Centro de 28 de mayo de 2004 que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el decreto de 12 de abril de 2004, que disponía el cese inmediato de la

actividad del establecimiento y que ha sido anulado por la Sentencia de 10 de octubre de 2006 (notificada el 6 de febrero de 2007) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Solicita en concepto de indemnización por los daños sufridos la cantidad de cuarenta y un mil quinientos cincuenta y un euros y ochenta y cinco céntimos (41.551,85 €), de los que 10.000 € corresponden a daños morales (folio 3).

A su escrito acompaña: contratos de trabajo de duración determinada, nóminas y liquidaciones de cese de los trabajadores del local; boletines de cotización a la Seguridad Social; recibos de pago de la cuota de Seguridad Social de trabajadores autónomos; recibo de pago de alquiler y declaración de I.R.P.F. del año 2004.

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

El local propiedad del reclamante, disponía de licencia de actividad otorgada con fecha 19 de marzo de 1997 y de licencia de funcionamiento concedida con fecha 29 de enero de 1998.

Como consecuencia de las reiteradas denuncias efectuadas por los vecinos a causa del excesivo ruido que producía la actividad desarrollada en el local y de acuerdo con los informes emitidos por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental de 18 de marzo de 2003 y 18 de febrero de 2004, en los que se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas correctoras en dicho local para adecuar su actividad a lo dispuesto en la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano (O.G.P.M.U), y ante el incumplimiento por parte del titular de las medidas correctoras, se dispuso mediante decreto del Concejal Presidente del Distrito de Centro, de 12 de abril de 2004 (folios 143 y 144)

notificado al interesado el día 14 siguiente, el cese de la actividad y/o instalación.

Con fecha 28 de abril de 2004 el reclamante interpone recurso potestativo de reposición ante el Concejal Presidente de la Junta Municipal del Distrito Centro (folios 147 a 150), en el que solicita “*se acuerde el archivo del expediente toda vez que se ha subsanado las deficiencias imputadas, dado que no se transmiten niveles sonoros que superen los limitados por la Ordenanza*”. El recurso es desestimado por decreto del Concejal Presidente del Distrito de 28 de mayo de 2004 (folio 174).

Con anterioridad a la resolución del recurso, mediante informe de la Policía Municipal de 5 de mayo de 2004, se comprueba el incumplimiento reiterado de dicha orden de cese de actividad, por lo que se decretó el precinto del citado local. El precinto del establecimiento se ejecutó materialmente el día 21 de junio de 2004 (folio 175).

El interesado mediante escrito de 23 de junio de 2004, solicita “*Se nos autorice expresamente a entrar en el local precintado, para poder retirar los bienes perecederos que en el mismo se encuentran, así como se autorice a los operarios que han de efectuar la adecuación del local, su entrada y estancia en el local precintado a efectos de poder realizar su trabajo*”(folio a).

Con fecha 29 de junio de 2004, el reclamante presenta escrito en el que solicita el levantamiento del precinto para poder ejercer la actividad, eliminando el equipo de música con carácter provisional, iniciar los trabajos de mejora en el aislamiento y aportar la documentación técnica que garantice los trabajos realizados (folios b y c).

Con posterioridad a la ejecución material del precinto, se volvió a girar visita de inspección por parte de los servicios de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, del Área de Medio Ambiente, con fechas 15 y 24 de septiembre de 2004, quedando acreditado según informe de la dependencia citada de fecha 28 de septiembre de 2004, la adopción de las medidas correctoras oportunas por parte del interesado, procediéndose mediante decreto de la Gerente del Distrito de 3 de noviembre de 2004 (folios d y f), a ordenar el levantamiento del precinto y dejar sin efecto el decreto de cese de 12 de abril de 2004, lo que fue notificado al interesado al día siguiente.

El interesado interpuso recurso contencioso-administrativo, contra la resolución de 12 de abril de 2004, que disponía el cese y clausura del local y contra la desestimación del recurso de reposición por decreto del Concejal Presidente de 28 de mayo de 2004 por la que se disponía el cese de la actividad. Con fecha 26 de julio de 2005 se dictó sentencia desestimatoria por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de los de Madrid contra el citado recurso contencioso-administrativo.

Contra dicha sentencia, recurrió el interesado, en apelación, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recayendo en la Sección 2ª, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que dictó, con fecha 10 de octubre de 2006 (folios g a h), sentencia estimatoria del recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de 26 de julio de 2005 (folios i a j) del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Madrid, y anulando, por no ajustarse al ordenamiento jurídico, el cese de actividad dictado por decreto del Concejal Presidente del Distrito Centro de 12 de abril de 2004, contra la actividad desarrollada por el reclamante en el bar de copas con karaoke sin actuaciones musicales en directo. El motivo de la estimación del recurso estriba en que la medición de ruidos

con base en la cual se adoptó la decisión anulada no respetó los protocolos de medición establecidos en el Anexo II de la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano que establece cinco mediciones distanciadas entre sí en tres minutos, en tanto que en las inspecciones realizadas el 4 de febrero y el 2 de marzo de 2003 se realizó una única medición.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Mediante escrito fechado el 20 de febrero de 2008, 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 acrediten los extremos que se indican en el anexo a dicho requerimiento:

1) 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 de los perjuicios económicos que son objeto de la reclamación o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas. 2) Para los casos en que actúe por medio de representante, aportar justificación de la representación con que se actúa. 3) Indicación acerca de si por estos mismos hechos se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas (en su caso, remitir copias). 4) Fotocopia simple de la póliza del seguro que tenga suscrita la actividad de bar de copas con karaoke y fotocopia simple del recibo de pago de la prima de la anualidad correspondiente al momento en que se produjeron las pérdidas. 5) Evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto o factura, en su caso. 6) Copia de informe pericial, en caso de

existir. 7) Copia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 y de la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimando el recurso y revocando la primera sentencia.

Mediante escrito presentado en la oficina de registro de Hacienda y Administración Pública con fecha 18 de marzo de 2008, cumplimenta el requerimiento (folios k a l).

En fase de instrucción se ha recabado informe de la Junta Municipal del distrito de Centro (folios m a n y o a p), al que acompaña diversa documentación.

Por el Departamento de Responsabilidad Patrimonial, por escrito de fecha 16 de marzo de 2009, notificado el día 2 de abril del mismo año, se procede a dar trámite de audiencia al reclamante, que presenta escrito de alegaciones el 21 de abril de 2009 (folios q y r).

Con fecha 8 de julio de 2010 se formula por el Director General de Organización y Régimen Jurídico (por sustitución del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública) propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el Vicealcalde de Madrid, a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 3 de agosto de 2010, 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 22 de septiembre de 2010.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN 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 el Alcalde, 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).

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, 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 el 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 que sufre el daño causado

supuestamente por el precinto de su local de negocio, por decisión municipal anulada posteriormente por los Tribunales.

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 *ex* artículo 25.2.d) 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 5 de febrero de 2008 y la Sentencia que estimó el recurso de apelación, anulando el decreto de cese de la actividad del negocio del reclamante fue dictada el 10 de octubre de 2006, si bien consta que fue notificada el 6 de febrero de 2007, por lo que la reclamación 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 queda acreditado en el expediente que el local en el que ejercía su negocio el reclamante fue precintado el 21 de junio de 2004 y la decisión de levantamiento del precinto se produjo el 3 de noviembre del mismo año, notificándose dicha decisión al interesado al día siguiente, por lo que desde ese momento pudo ejercer de nuevo su actividad mercantil. Sin embargo, el reclamante alega que su negocio permaneció cerrado desde el 21 de junio hasta el 30 de noviembre de 2004. Si el negocio permaneció cerrado hasta esta última fecha no fue por

decisión de la Administración, pues desde el 4 de noviembre el interesado conocía que podía abrir su establecimiento y, en consecuencia, los daños por permanecer cerrado durante esos días –del 4 al 30 de noviembre– no serían en ningún caso imputables a aquélla.

Alega la entidad reclamante daños de diversa índole: reclama los gastos de alquiler del local durante los meses que permaneció cerrado; las cuotas de la Seguridad Social del régimen de trabajadores autónomos abonada durante esos meses; el importe de las nóminas de los dos trabajadores del bar correspondiente a los meses de junio y parte de julio y las indemnizaciones por su despido; las cuotas de la Seguridad Social de ambos trabajadores correspondientes a estos dos meses; el importe de agua y luz del mes de junio, los honorarios de profesionales del Derecho; la parte proporcional al periodo de cierre, del rendimiento neto de la actividad económica en régimen de estimación objetiva declarada en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas; el fondo de comercio y daño moral.

Sobre estos daños reclamados cabe hacer algunas consideraciones. En primer término algunos de los importes reclamados no tienen sustento probatorio en el expediente. Así acontece en relación a los gastos de agua y luz, honorarios de letrado y procurador, y fondo de comercio, en relación a los cuales no ha quedado acreditado por el reclamante, mediante la presentación de las oportunas facturas, a pesar de recaer sobre él la carga de la prueba, las cuantías reclamadas por esos conceptos.

En relación al daño derivado del pago de honorarios de profesionales del Derecho (letrado y procurador) –por importe de 2.562 €–, lo que se reclama por este concepto son los honorarios de los servicios profesionales de letrado y procurador en la primera y segunda instancia del proceso judicial contencioso-administrativo que ha seguido el reclamante contra

los decretos que ordenaban el cese de la actividad de negocio y el precinto del local. Al respecto el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones que tales honorarios se rigen por las normas procesales sobre la condena en costas, por lo que no cabe su reclamación en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

Sobre este punto es preciso traer a colación, por su claridad y contundencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2001 (recurso 156/1999), en la que puede leerse: *“es cierto que el art. 131 de la Ley de la Jurisdicción establece la condena en costas para la parte que sostuviese su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad y, consiguientemente, se hace precisa una valoración de la conducta procesal de las partes a diferencia del criterio objetivo o del vencimiento que es propio del proceso civil (art. 523 de la LECiv), no es menos cierto que la responsabilidad patrimonial no alcanza a cualquier daño que puedan sufrir los particulares en sus bienes y derechos, sino solamente aquellos que tengan la consideración de «antijurídicos» y que por tanto, el particular no tenga el deber jurídico de soportar. En este sentido, por la sola razón de la anulación de un acto administrativo al estimar la incorrección de su fundamentación jurídica por parte de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no se produce sin más el derecho a la indemnización pues ello implicaría negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que, siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la ciencia del derecho, considera los más adecuados a la legalidad vigente dentro de la discrecionalidad. De ahí que sólo se impone la condena en costas cuando se sostenga una pretensión injusta o se obligue al demandante a mantener un recurso contencioso-administrativo que podía y debía haberse evitado (SSTS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3409] o Auto de TS de 3 de enero de 1989 [RJ 1989, 382]); supuestos todos ellos en los que se obliga al*

recurrente a iniciar un proceso que no tenía el deber jurídico de soportar. Y por ello, este Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada ya desde antiguo (SSTS 3 de mayo de 1977 [RJ 1977, 2688], 17 de marzo de 1978 [RJ 1978, 2661], 29 de octubre de 1980 [RJ 1980, 3995] y 17 de septiembre de 1985) y el propio Consejo de Estado, por todos, en el dictamen núm. 52915, de 2 de marzo de 1989 o en el 2394/1995, de 16 de noviembre de 1995, han venido manteniendo que «los gastos procesales tienen una vía específica de resarcimiento, como es la condena en costas y nunca fuera de las mismas, y si no existiera pronunciamiento expreso sobre costas, las allí causadas son imputables a cada una de las partes litigantes, sin que sea posible su posterior reclamación a la parte que no fue condenada en el momento en que ello era posible». En el presente caso, la sentencia de 13 de junio de 1997 no hizo especial declaración sobre costas, de tal manera que el Tribunal de Cuentas no fue condenado en costas y, tal como pone de manifiesto el Consejo de Estado, cada parte debe sufragar las suyas, ya que, en definitiva, la Administración no fue condenada en costas y de acuerdo con la citada jurisprudencia, no cabe posteriormente el resarcimiento de las mismas como se pretende por el reclamante a través de la vía establecida en los arts. 139 y siguiente de la Ley 30/1992».

La aplicación de esta doctrina al supuesto que nos ocupa excluye la posibilidad de reclamar, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los honorarios de letrado y procurador por su intervención en el recurso contencioso-administrativo.

Por último en cuanto a los alegados daños morales por importe de 10.000 € -cuantificación que siempre adolece de un cierto componente subjetivo por la dificultad que entraña la valoración de este tipo de daños-, no aprecia este Consejo la concurrencia de un daño moral de entidad propia, que pudiera derivarse del cierre del negocio del reclamante.

SEXTA.- En el caso que nos ocupa el fundamento de la responsabilidad reclamada se encuentra en que el cese de la actividad de bar de copas con karaoke sin actuaciones musicales fue anulado en vía judicial, habiendo ocasionado dicho cese un daño económico al 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 actuación municipal anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se inició a instancia de unos vecinos que denunciaron el elevado nivel de ruido procedente de la actividad del reclamante y sobre la base de los informes emitidos por la Dirección de Calidad y Evaluación Ambiental de 18 de marzo de 2003 y 18 de febrero de 2004, tras girar las correspondientes visitas de inspección, en los que se ponía de manifiesto que las mediciones efectuadas superaban el nivel de contaminación acústica permitido y, en consecuencia, la necesidad de adoptar medidas correctoras en el local para evitar la contaminación acústica y adecuar aquél a lo dispuesto en la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente Urbano, de 24 de julio de 1985.

A pesar de su anulación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la decisión del Ayuntamiento de cierre de la actividad y

posteriormente el precinto del local se movió dentro de los márgenes de razonabilidad adecuados para garantizar la calidad ambiental y evitar la contaminación acústica en las viviendas colindantes al local precintado hasta que se adoptaran las medidas correctoras necesarias para disminuir el nivel de ruidos transmitidos a las viviendas. No cabe pasar por alto que la anulación del acto administrativo se basa no en una cuestión de fondo, sino de procedimiento (la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 –RJ 2004\263– rechazó la existencia de responsabilidad patrimonial, entre otros motivos, porque la anulación del acto se produjo por razones puramente formales), y se sustenta en no haber seguido el protocolo que la meritada Ordenanza prevé, en su anexo II, 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 II.1.1.3., el siguiente protocolo de mediciones:

“-Se practicarán cinco mediciones del Nivel Sonoro Equivalente ($L_{Aeq} 5s$), distanciadas cada una de ellas 3 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 5 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”.

La 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 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a anular el acto administrativo que ordena el cese de la actividad. Ahora bien, no es irrazonable pensar que en el acta sólo se recogió el que se considera resultado de la medición, de acuerdo con lo dispuesto en el cuarto guión del apartado transcrito (*“Se tomará como resultado de la medición el segundo valor más alto de los obtenidos”*), lo que no necesariamente implicaría la vulneración del procedimiento seguido para la toma de mediciones.

Tanto es así, que el juzgador en la primera instancia no apreció el defecto procedimental advertido en la segunda instancia, considerando válidas las mediciones efectuadas empleando el siguiente argumento: “[es] rechazable la alegación de que las mediciones no fueron realizadas en las condiciones recogidas en la Ordenanza por cuanto que en las correspondientes actas de inspección se recoge de manera expresa que dicha actuación se realiza de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente, actas que fueron realizadas por Agentes pertenecientes a la Unidad de Protección de Medio Ambiente, sin que el recurrente pusiese tacha alguna en el momento de realizarse la inspección”.

Esta apariencia de buen derecho que resulta del hecho de que en la primera instancia no fuera anulado el acto administrativo que ordenaba el

cese de la actividad ha sido en alguna ocasión empleado por el Tribunal Supremo como argumento para rechazar la antijuridicidad del daño. En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia del citado Tribunal de 10 de marzo de 1998, recaída en un supuesto de anulación de la suspensión de licencia de obras, en la que puede leerse: *“En el supuesto enjuiciado, desde esta perspectiva [la del carácter antijurídico de la lesión] resultaría especialmente relevante que la sentencia de instancia consideró adecuada a derecho la suspensión, por lo que en principio el acto revestía cuando menos una apariencia inicial de buen derecho, aunque el criterio definitivo de esta sala lo estimara, en última instancia, contrario a derecho (la Sentencia ya citada de 22 de febrero de 1993 considera como elemento relevante a favor de la existencia de responsabilidad patrimonial que el acto fuera anulado por la sentencia de primera instancia)”*.

Por otra parte, muestra de que la decisión municipal no era arbitraria, desproporcionada o irrazonable es, asimismo, el que una vez que el interesado instaló las medidas correctoras que se le propuso para disminuir el nivel de ruido y comprobado con una nueva medición que no se superaban ya los niveles previstos en la normativa, se procedió al levantamiento de la orden de cierre el 3 de noviembre de 2004, mucho antes de que se dictase la Sentencia que anulaba la decisión de cierre.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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, 22 de septiembre de 2010

