

Dictamen nº: **572/12**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.10.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de octubre 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), al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por A (en adelante “*la reclamante*”), sobre los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de la licencia de actividad y acondicionamiento del local situado en la calle B, aaa, de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de julio de 2010 tuvo entrada en el registro del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los daños y perjuicios ocasionados por la denegación de la licencia de actividad y acondicionamiento del local situado en la calle B, aaa, de Madrid.

Según refiere en su escrito, la reclamante es propietaria del citado local, adquirido el 15 de noviembre de 2000, que contaba con licencia de instalaciones generales en edificio para centro comercial no alimentario con garaje aparcamiento, concedida el 17 de junio de 1992 que fue modificada por licencia de actividades clasificadas de 22 de diciembre de 2000.

Como titular del inmueble, y a los efectos de poder desempeñar en él sus actividades de exposición, distribución y venta de artículos de confección y complementos, solicitó el 15 de enero de 2001 licencia de acondicionamiento interior y de instalación de actividades. Su solicitud fue denegada por el Ayuntamiento por acuerdo de 3 de octubre de 2001.

Contra el anterior acuerdo, interpuse recurso contencioso-administrativo, resuelto finalmente por Sentencia de 11 de mayo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que reconoció, según manifiesta, “*los derechos de esta parte a obtener la licencia solicitada*”.

A la vista de la anterior Sentencia, la reclamante formuló escrito de responsabilidad patrimonial tramitado con el expediente bbb que fue desestimado por el Ayuntamiento. Impugnado ante jurisdicción contencioso-administrativa, se resolvió por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2008 que acordó:

“*(...) declarar el derecho de la actora a que le sea abonado por el Ayuntamiento de Madrid la cantidad correspondiente al pago del alquiler, gastos de Comunidad e Impuesto de Bienes Inmuebles de los locales de la calle C, ccc, calle D, ddd y calle E, eee, piso 1 derecha y 1º izquierda y bajo (pagados como consecuencia del alquiler de dichos locales), entre los meses de mayo de 2001 (fecha en la que vencía el plazo para resolver la petición de licencia por la Administración) y julio de 2005 (fecha en la que se presentó la petición de responsabilidad patrimonial) .*”

En relación con los daños producidos a partir de julio de 2005, la Sentencia decía:

“*Por último indicar que los gastos que reclama a partir del 20 de julio, fecha de la reclamación en vía administrativa, no son indemnizables pues no han sido objeto de petición y reclamación ante*

la Administración, y ello sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la parte para reclamarlos”.

A la vista del citado fallo, la reclamante formula nueva solicitud de responsabilidad patrimonial por los gastos originados desde el 20 de julio de 2005 hasta el 30 de junio de 2009, toda vez que el día 3 de julio de 2009 se le concedió, finalmente, la licencia de actividad.

La entidad reclamante manifiesta que, a pesar de la claridad del fallo de la Sentencia de 11 de mayo de 2004 que le reconocía el derecho a obtener la licencia solicitada, el Ayuntamiento sostenía en “*una alambicada tesis*” que no le obligaba a conceder la licencia en cuestión, sino que simplemente facultaba a la reclamante para su solicitud, para que el Ayuntamiento concediera la licencia o no. Por ello, denegó la concesión de la licencia y la reclamante hubo de interponer incidente de ejecución de Sentencia resuelto por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid de 14 de febrero de 2008, ratificado por Sentencia firme de 13 de noviembre de 2008 (notificada el 4 de marzo de 2009). En el Auto de 14 de febrero de 2008 se estableció la obligación concreta del Ayuntamiento de Madrid de conceder la licencia de acondicionamiento interior e instalación de actividades con arreglo a las específicas condiciones ambientales que en dicho auto se recogen.

Dice el reclamante:

“Como consecuencia de lo anterior, el 3 de julio de 2009, más de cinco años después de que se reconociera a mi mandante su derecho a ello, el Ayuntamiento concedió la licencia de acondicionamiento interior e instalación de actividades para el local de B, nº aaa.

Los daños causados hasta el 20 de julio de 2005 fueron reconocidos en Sentencia firme. Procede que se cuantifiquen y abonen

a mi representada los causados a partir de esta fecha y hasta aquella en la que se concedió la licencia”.

La interesada cuantifica el importe de su reclamación en 1.182.841,18 euros por los gastos de arrendamiento, gastos de comunidad, IBI, paso de carruajes, etc., correspondientes a los locales arrendados para el ejercicio de su actividad desde el 20 de julio de 2005 hasta el 30 de junio de 2009, al no poder ejercer en el local de la calle B nº aaa su actividad comercial, de exposición, distribución y venta de artículos de confección y complementos (folios 1 a 29 del expediente administrativo).

Con su escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, la mercantil aporta copia de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2008 (folios 31 a 47), copia de la escritura de compraventa del local de B, aaa (folios 48 a 60), licencia de instalaciones generales en edificio para centro comercial no alimentario con garaje aparcamiento concedida el 17 de junio de 1992 (folio 64 a 69 y licencia modificada de instalaciones generales en edificio comercial (folios 70 a 74), Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2004 (folios 76 a 89), Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid de 4 de febrero de 2008 (folios 91 a 101), Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2008 (folio 103 a 121), copia de los contratos de arrendamiento suscritos por la reclamante por los locales de la calle E, eee, 2º A, calle E 1º dcha, , nº eee, calle C nº ccc (locales nº 7 y 8), calle F nº fff y calle D, ddd, 1º A (folios 123 a 137), y facturas y justificantes de los gastos de alquileres, gastos de comunidad de propietarios, IBI y tasa paso de carruajes, en su caso, de cada uno de los locales anteriormente mencionados (folios 139 a 597).

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

La reclamante es propietaria, desde el 15 de noviembre de 2000, del local situado en la calle B, nº aaa. Según resulta de la escritura de compraventa, el local tiene una superficie total construida de 1.904,56 m² dividida en tres plantas una bajo rasante y dos sobre rasante.

El citado inmueble contaba con licencia de instalaciones generales para uso comercial, concedida con fecha 17 de junio de 1992, modificada por licencia de actividades clasificadas de 22 de diciembre de 2000.

Con fecha 15 de enero de 2001, la reclamante solicitó ante la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, para poder desempeñar en el local sus actividades de exposición, distribución y venta de artículos de confección y complementos, licencia de acondicionamiento interior y de instalación de actividades.

Esta solicitud fue denegada por la Gerencia Municipal de Urbanismo por Acuerdo de 3 de octubre de 2001 al considerar, el informe emitido al efecto, la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para su concesión por existencia de circunstancias que lo impedían tales como que la actividad solicitada era contraria al planeamiento, el uso para el que se solicitaba era incompatible con los admitidos para la zona, que el edificio se encontraba fuera de ordenación e inexistencia de actividad anterior.

Frente a la anterior resolución, la entidad reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue inicialmente desestimado por Sentencia de 24 de septiembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid. Contra la citada Sentencia, la reclamante presentó recurso de apelación, resuelto por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2004.

El fundamento jurídico cuarto de la Sentencia decía lo siguiente:

«Por tanto, la cuestión se centra en precisar si cabía considerar adquirida “por silencio la licencia solicitada para acondicionamiento interior del edificio e instalación de la actividad de Centro Comercial por no ser contraria a las Normas del Plan General de Ordenación Urbana, y que la Sentencia apelada entiende que la licencia obtenida por silencio es nula por adquirir facultades o derechos en contra del ordenamiento jurídico, basándose en la aplicación de las normas del PGOU de 1997 contenidas en el art. 8 especialmente la norma 8.1.25 relativa a usos permitidos sobre rasante en los espacios libres de parcela constitutivos de patio de manzana, consistentes en los esparcimientos y deportivos que no precisen instalaciones con volúmenes construidos, y haciendo alusión a las anteriores licencias de obras e instalaciones generales de 1991 y 1992 y que no se ha solicitado licencia de actividades ni de funcionamiento, tales licencias no suponen el uso concreto sin previa solicitud y concesión de licencia de acondicionamiento y apertura, y apoyando tal argumentación en la Disposición Transitoria 3^a.

Este Tribunal no comparte la argumentación de la Sentencia apelada en los extremos referidos; y con arreglo a las normas aplicables del PGOU, necesariamente llegamos a distinta conclusión, como seguidamente se expone.

Las normas aplicables del Plan de 1997 son las propias de la zona en que se sitúa el inmueble para el que solicitó la cuestionada licencia, que en este caso son las correspondientes a la zona I del Distrito de Salamanca, y especialmente las referidas a Patios de Manzana en el art. 8; de ellas la contenida en el núm. 1.25 antes referida, la cual claramente se refiere a situaciones producidas a partir de la vigencia del Plan. Pero ya la norma 8.1.22 alude a

construcciones o edificaciones existentes sometidas a lo previsto en el Capítulo 2.3, que regula situaciones preexistentes, y en particular las fuera de ordenación, que puede ser absoluta o relativa, esta cuando se produce por causas distintas de las de ocupación de suelo para dotación pública'. En los supuestos de fuera de ordenación relativa en el art. 2.3.3 número 2, en los edificios existentes se admiten obras salvo las de reestructuración que afectan a mas del 50% de la superficie del edificio y nueva implantación y cambio de uso o actividades. Por otra parte en el art. 8.1.23 se prevé expresamente el mantenimiento de usos o actividades existentes, en tanto no se produzca la demolición del edificio.

Parece claro que el Plan General respeta las situaciones preexistentes en los edificios situados en patio de manzana. Y no cabe desconocer, que la licencia cuestionada se solicitó para acondicionamiento interior de una edificación ya construida y ejecutada con licencias firmes, licencia de obras de construcción de 3 de agosto de 1993 para Centro Comercial ratificada en la de 21 de diciembre de 2000 sobre instalaciones generales. Construcción iniciada años anteriores en virtud de licencias de obras de 1990, modificada en 1991 y de instalaciones de 17 de junio de 1991, como se recoge en la Sentencia apelada constando en la última: 'para Centro Comercial', la cual precisa en el apartado de venta no alimentaria, los usos: en planta sótano garaje, en planta baja 11 tiendas y en entreplanta 11 tiendas y zonas comunes.

Por tanto el edificio fue construido en virtud de licencias que no se discuten, y vinculado a Centro Comercial según las referidas licencias. Por lo que con independencia de que no se hubiese iniciado la actividad, es aplicable, además de lo antes expuesto la disposición Transitoria Tercera del PGOU, al estar construido el edificio con

licencia cuya construcción se «vincula» según la propia licencia a un uso o clase de uso determinado, en este caso a Centro Comercial, sin que sea necesario que exista ya una actividad de hecho o de derecho, como se entiende en el informe anterior la denegación de la licencia, puesto que la norma se refiere a vinculación a un uso o clase de uso, y ello deviene de la vigencia de dichas licencias. El art. 8.1.25 no es aplicable, porque aparte de aplicarse a situaciones posteriores a la vigencia del Plan se refiere a usos permitidos en espacios libres, de parcela y el supuesto que contemplamos se refiere a uso en edificio ya construido con licencias en las que consta el uso a que se destina con anterioridad al Plan.

En conclusión de todo, y acreditado que la resolución denegatoria de la licencia se dictó extemporáneamente, al haber vencido el plazo para resolver, si debía estimarse concedida la licencia sin más por el mero transcurso del plazo para resolver, no depende sólo de dicha circunstancia. Pues en primer lugar aun tratándose de una licencia única según el impreso de solicitud, lo es para obra de acondicionamiento e implantación de una actividad; y por tanto era necesaria el cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 9.1.7º.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y art. 34 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. Pues no cabe duda que se trataba de obras mayores, y como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995 “en relación con la interpretación del art. 9.1.7º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en el sentido de que en caso de obras mayores el silencio administrativo opera a partir del plazo de solicitud siempre que se hubieren cumplido los requisitos del art. 9.1.7º.a)”. Dicha denuncia ante la Comisión Provincial de Urbanismo (o actualmente el órgano correspondiente de la Comunidad de Madrid) es preceptiva y por tanto sin la misma

no se puede obtener la licencia por silencio administrativo respecto de obras mayores, pues igualmente, ya había señalado la Sentencia de 4 de noviembre de 1985 que las licencias sobre instalaciones en general previstas en el art. 178 de la Ley del Suelo (1976) y 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística dado su carácter complementario de las obras no son susceptibles de obtenerse por el cauce del silencio positivo sin la previa denuncia ante la Comisión Provincial de Urbanismo por estimarse no incluidas en el apartado c) regla 7 del art. 9 del RSCL.

Por tanto, no procede declarar obtenida por silencio administrativo la licencia cuestionada, y de acuerdo con lo dispuesto anteriormente sobre las normas urbanísticas aplicables, y toda vez que la denegación de las mismas por el silencio impugnado se basa en no ser conforme a dichas normas, procede declarar el derecho de la recurrente a la concesión de dicha licencia, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones ambientales establecidas por las normas aplicables y en relación con la actividad a implantar».

A la vista de la anterior Sentencia, la entidad reclamante presentó el día 23 de febrero de 2005 un estudio técnico elaborado por un ingeniero industrial y visado por el Colegio de Ingenieros de Madrid con la finalidad de acreditar que el proyecto de solicitud de licencia municipal de instalación de actividades presentado el 15 de enero de 2001 respetaba la normativa ambiental aplicable.

Con fecha 16 de marzo de 2005 se notificó a la reclamante requerimiento de 11 de marzo de 2005, para que subsanara diversas deficiencias observadas en el proyecto presentado. El día 16 de abril de 2005, A presenta escrito en el que manifiesta haber dado cumplimiento al citado requerimiento.

Con fecha 27 de julio de 2005 y, ante la falta de respuesta de la Administración municipal, la reclamante presenta escrito en el que manifiesta que la licencia solicitada se había de considerar obtenida por silencio positivo.

El 17 de septiembre de 2005 se notifica a la entidad reclamante un nuevo informe, fechado el 13 de julio de 2005, por el que se le efectuaban nuevos requerimientos para la concesión de la licencia solicitada, al no considerarse subsanadas las deficiencias requeridas en el informe de 11 de marzo de 2005.

Tres días después, el 20 de septiembre de 2005 se ordenaba la suspensión de las obras y el precinto del local de la calle B nº aaa.

Ante esta situación, la reclamante presentó el 2 de diciembre de 2005, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, un incidente de ejecución de la Sentencia de 11 de mayo de 2004, definitivamente resuelto por Auto de 25 de julio de 2006 que declaraba:

“Que en ejecución y estricto cumplimiento de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª del TSJ de Madrid de 11 de mayo de 2005, que acordó el derecho de A a la concesión de la licencia de acondicionamiento interior e instalación de actividades del local sito en el patio de manzana con entrada por la calle B nº aaa de Madrid, requiero al Ayuntamiento para:

Que por parte del Ayuntamiento de Madrid, declare concedida la licencia de acondicionamiento interior e instalación de actividades del local comercial sito en el patio de manzana con entrada por la calle B nº aaa por silencio administrativo positivo con efectos a partir del día 27 de junio de 2005.

En segundo lugar que: a la vista del anterior pronunciamiento se declara la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Dirección General de Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Madrid de 19 de septiembre de 2005, del informe que lo acompaña de 13 de julio de 2005 y así como el cese de los acuerdos de suspensión y precinto de las obras ejecutadas en el local, de fecha 20 de septiembre y 13 de octubre de 2005, respectivamente”.

Contra el citado Auto, recurrible en un solo efecto, se interpuso recurso de apelación por el Ayuntamiento de Madrid y las comunidades de propietarios de las calles G nº ggg y H, hhh-iii.

Notificado el auto referido a la entidad reclamante, con fecha 22 de diciembre de 2006 A solicitó licencia única de actividades y obras de rehabilitación con reestructuración puntual. Con igual fecha, 22 de diciembre de 2006, la reclamante formuló solicitud de licencia de funcionamiento imprescindible para el ejercicio de la actividad.

Con fecha 27 de diciembre de 2006, por resolución de la coordinadora General de Urbanismo se le concede licencia única de actividades y obras de rehabilitación con reestructuración puntual, donde se decía:

“La presente licencia de instalación de actividades y de rehabilitación con reestructuración puntual se concede en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el Auto de fecha 25-julio-2006 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 25 de Madrid de Ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15-5-2004, y con efectos a partir de julio de 2005.

El citado auto no ha adquirido firmeza, por lo que la concesión de la licencia que aquí nos ocupa se efectúa sin perjuicio del

pronunciamiento a que en su día haya lugar por la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La presente licencia ampara exclusivamente la actividad propuesta en el local de B nº aaa no amparando sin embargo la utilización por el establecimiento comercial situado en la c/ I nº jjj del espacio interpuesto desde la c/ B como camino de evacuación de emergencia tal como aparece en los planos por carecer de capacidad de evacuación de acuerdo con la normativa de aplicación”.

El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, recurrido por el Ayuntamiento de Madrid y las comunidades de propietarios de los edificios de la calle G nº ggg, calle F nº fff y calle H, iii fue revocado por Sentencia de 27 de marzo de 2007 cuyo fallo decía:

“Que debemos estimar y estimamos parcialmente el presente recurso de apelación interpuesto por la representación de las Comunidades de Propietarios de la c/ G, ggg c/ H, hhh, c/ H, iii y el Ayuntamiento de Madrid con el auto de fecha 25 de julio de 2006, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, el cual procedemos a revocar, dejando sin efecto, por tanto, todos los pronunciamientos sobre reconocimiento de derechos como sobre la disconformidad a derecho de las resoluciones administrativas anuladas por exceder del ámbito del incidente de ejecución de sentencias, sin perjuicio de que las partes hagan valer sus pretensiones a través de los recursos pertinentes”.

Según la citada Sentencia, la ejecución en sus justos términos del fallo de la Sentencia de 11 de mayo de 2004 no puede, en ningún momento, conllevar la concesión de la licencia interesada sino, únicamente, el derecho de la mercantil a interesar de la Administración demandada que se pronuncie sobre las condiciones medioambientales a cumplir a los efectos

de la concesión de la licencia. Todo pronunciamiento judicial que fuese más allá de dicho planteamiento constituiría un exceso en la ejecución del fallo judicial. Como consecuencia de los requerimientos realizados por parte de la Administración demandada y la subsanación o no de los mismos por parte de la mercantil, deberá producirse un nuevo acto administrativo por el que se conceda o no la licencia, acto administrativo que deberá ser impugnado por quien lo estime perjudicial a través de otro recurso contencioso-administrativo.

A la vista de la anterior Sentencia, la técnico jurídico adjunta al Departamento de Zonas Protegidas de la Coordinación General de Urbanismo emite informe de 11 de junio de 2007 (folios 665 y 666) que dice:

“(...) esta última Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ha dejado sin efectos los pronunciamientos sobre el reconocimiento de derechos del tan citado auto de 25 de julio de 2006, entre los que se considera incluido la concesión de la licencia objeto del presente expediente, razón por la cual deberán retrotraerse las actuaciones obrantes en el mismo al momento procedural inmediatamente anterior a su concesión, al haber sido revocado mediante Sentencia firme el auto en virtud del cual se procedía al otorgamiento de la misma, continuando la tramitación del presente expediente hasta su resolución definitiva”.

Con base en el anterior informe y, a la vista de que A no hubo subsanado las deficiencias indicadas en el requerimiento de 11 de marzo de 2005 como ponía de manifiesto el informe de 13 de julio de 2005, antes citado, se proponía la denegación de la licencia de actividad que fue, finalmente, denegada por resolución de 12 de septiembre de 2007.

Con fecha 30 de julio de 2007, A promovió nuevo incidente de ejecución de Sentencia en el que solicitaba:

«1º. que se declare que las prescripciones contenidas en la licencia concedida de manera expresa el 28 de diciembre de 2006 incorporan a la misma “condiciones ambientales establecidas por las normas aplicables” a las que se refiere la Sentencia de 11 de mayo de 2004 y, 2º, como consecuencia de lo anterior, que se declare que ya se ha cumplido dicha Sentencia mediante la concesión válida a la entidad recurrente de la licencia solicitada, sin que sea necesario un nuevo acto administrativo al respecto del Ayuntamiento de Madrid.

Subsidiariamente, que se declare que las prescripciones que se recogen en la licencia de 28 de diciembre de 2006 recogen la totalidad de “las condiciones ambientales” a las que se refiere la Sentencia de 11 de mayo de 2004 y que su cumplimiento determina la obligación del Ayuntamiento de Madrid de conceder a mi representada la licencia solicitada, por imponerlo así la referida Sentencia de 11 de mayo de 2004”.

Este segundo incidente de ejecución de Sentencia se resolvió por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, de 4 de febrero de 2008, por el que estima el incidente de ejecución interpuesto por la reclamante el 30 de julio de 2007 y declara:

“Que en ejecución y estricto cumplimiento de la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa, Sección 2ª, del TSJ de Madrid de 11.5.2004, así como de la Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 27 de marzo de 2007, dictada en la presente ejecutoria que acuerda que, como ejecución en sus justos términos del fallo de la mencionada Sentencia, el derecho de A a interesar de la

Administración demanda que se pronuncie sobre las condiciones medioambientales a cumplir a los efectos de la concesión de la licencia:

Declaro cumplida la ejecutoria en cuanto que el Ayuntamiento ya declaró el pasado 13 de julio de 2005 las condiciones ambientales a cumplir por la empresa recurrente A, a las que se refiere la Sentencia de 11 de mayo de 2004, que no son otras sino las que figuran en el fundamento cuarto de esta resolución, como posteriormente recoge la resolución del Ayuntamiento de 28 de diciembre de 2006... ”.

Contra el Auto del Juzgado nº 25 de Madrid, de 4 de febrero de 2008, R.R.R.R, y las comunidades de propietarios de los edificios de la calle G nº ggg, H nº hhh y H nº iii interpusieron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Segunda) por Sentencia de 13 de noviembre de 2008.

Se reproducen a continuación los fundamentos jurídicos de la anterior Sentencia porque clarifican y centran todos los hechos anteriormente relacionados. Dice así la Sentencia de 13 de noviembre de 2008:

«PRIMERO.- Para la resolución del presente recurso de apelación han de tenerse en consideración las dos resoluciones judiciales previas de este Tribunal. En primer lugar la Sentencia de 11 de mayo de 2004 dictada en el Rollo de Apelación número 338/2002, dimanante del Procedimiento Ordinario número 112/2001 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid cuyo fallo, cuya ejecución es la que se discute en el presente recurso fue del siguiente tenor literal: Que estimamos el presente recurso de apelación interpuesto y la representación de A contra la Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2002 del Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo nº 25 dictada en el recurso P.O. 112/2001 y revocamos dicha Sentencia, y por contrario estimamos en parte el referido recurso interpuesto contra el Decreto del Gerente Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid de 9 de octubre de 2001 denegatorio de licencia de acondicionamiento interior e instalación de actividad referida en la solicitud, cuyo decreto anulamos y declaramos el derecho de la recurrente a la concesión de la referida licencia, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones a que se alude en el último fundamento de esta Sentencia. Dicho fundamento jurídico es muy escueto y señala que procede declarar el derecho de la recurrente a la concesión de dicha licencia, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones ambientales establecidas por las normas aplicables y en relación con la actividad a implantar.

SEGUNDO.- La segunda resolución a la que hay que hacer referencia es la Sentencia de esta Sala y Sección dictada en un incidente previo de ejecución de la Sentencia dictada el 27 de marzo de 2007, dictada en el Rollo de Apelación 1/2007 seguido a instancia de los recursos de apelación interpuestos por los hoy apelantes contra el auto dictado el 25 de julio de 2006 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 25. Esta Sentencia revocó el auto de instancia dejando sin efecto, por tanto, todos los pronunciamientos sobre reconocimiento de derechos como sobre la disconformidad a derecho de las resoluciones administrativas anuladas por exceder del ámbito del incidente de ejecución de Sentencias, sin perjuicio de que las partes hagan valer sus pretensiones a través de los recursos pertinentes. Esta Sentencia establece que a los efectos de poder ejecutar el fallo de la Sentencia en sus justos términos es necesario realizar una valoración unitaria o global de la misma, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las

determinaciones del órgano jurisdiccional. De este modo tenemos que acudir al razonamiento contenido en el fundamento de derecho cuarto donde se establece que el edificio fue construido en virtud de licencias que nos discuten, y vinculado a la actividad de centro comercial sin que sea necesario que exista ya una actividad de hecho o de derecho puesto que la norma se refiere a la vinculación a un uso o clase de uso, y ello deviene de la vigencia de dichas licencias, lo cual quiere decir que el uso para el que quiere ser destinado el centro comercial es conforme al planeamiento urbanístico, razón por la cual se reconoce a la mercantil recurrente el derecho a obtener la licencia interesada. Ahora bien, esto no quiere decir que la Sentencia de fecha 11 de mayo de 2004, dictada por la Sección segunda, conceda automáticamente la licencia interesada sino que la condiciona al cumplimiento de las condiciones ambientales establecidas por las normas aplicables y en relación con la actividad a implantar, esto es, la mercantil A, tiene derecho a la concesión de la licencia interesada siempre que cumpla con las condiciones medioambientales aplicables a la actividad a implantar. En consecuencia, la ejecución en sus justos términos del fallo de la mencionada Sentencia no puede, en ningún momento, conllevar la concesión de la licencia interesada sino, únicamente, el derecho de la mercantil a interesar de la Administración demandada que se pronuncie sobre las condiciones medioambientales a cumplir a los efectos de la concesión de la licencia. Todo pronunciamiento judicial que fuese más allá de dicho planteamiento constituiría un exceso en la ejecución del fallo judicial. Como consecuencia de los requerimientos realizados por parte de la Administración demandada y la subsanación o no de los mismos por parte de la mercantil, deberá producirse un nuevo acto administrativo por el que se conceda o no la licencia, acto administrativo que deberá

ser impugnado por quien lo estime perjudicial a través de otro recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Aún cuando esta Sentencia haga referencia a un acto administrativo que conceda o deniegue la licencia de actividad sin embargo la primigenia Sentencia establecía claramente una declaración de derecho a obtener la licencia por tanto, no puede entenderse que el proceso pueda concluir sin un acto declarativo de tal derecho. En realidad si el fallo de la Sentencia de 11 de mayo de 2004 dictada en el Rollo de Apelación número 338/2002, hubiera contemplado la posibilidad de un acto denegatorio de la licencia hubiese acordado la retroacción de actuaciones para que previa comprobación por parte de la administración del cumplimiento de las condiciones ambientales correspondientes dictara el acto que en derecho pudiera corresponder. Si se interpretara la Sentencia de 27 de marzo de 2007, en este sentido, se desconocería el fallo de la primera Sentencia, la cual es la prevalente pues no podemos olvidar que es aquella y no esta ultima la que constituye el título de ejecución.

CUARTO.- Llegados a este punto debemos realizar una actividad integradora de dichas Sentencias y el Tribunal entiende que dado el carácter bifásico del procedimiento de concesión de la licencia de actividad y funcionamiento la primera de las Sentencias se refiere a la licencia de instalación, que habrá de ser concedida por el Ayuntamiento de Madrid, si bien condicionada al cumplimiento de las prescripciones ambientales, las cuales habrán de actuar como una conditio iuris de esta licencia. Como ya señalaba la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999, en Derecho Justiniano se distinguía entre condiciones que dependen de la voluntad de las partes (“condiciones facti”) y las que, siendo ajenas a ésta, constituyen sin embargo requisitos o presupuestos

implícitos de la validez del negocio jurídico celebrado (“condiciones iuris o tacitae”), siendo este el sentido que cabe dar a la expresión “condición” en el artículo 16.1. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 puesto que no se trata de auténticas condiciones en sentido propio, en cuanto les falta la incertidumbre propia de todo negocio jurídico condicional y tampoco les acomoda la definición de “condicio iuris” en sentido estricto, entendida como presupuesto de eficacia que no existe en el momento de la conclusión del negocio, pero que se puede realizar con posterioridad, ya que es connatural a tal figura la existencia de una eficacia intermedia hasta el cumplimiento de la condición, distinta de la eficacia plena, que se desplegará cuando la condición se cumpla, se trata de requisitos o imposiciones al titular de la licencia que, resultan indispensables para que ésta se ajuste a la Ley y que quedan incorporadas a ella o, si se prefiere, en la medida en que no suspenden su eficacia, de cargas de origen legal, son cláusulas que evitan la denegación de la licencia mediante la incorporación a ésta de exigencias del ordenamiento jurídico y que no existían en la petición formulada por el interesado, debiendo introducirse por virtud de las exigencias del principio de proporcionalidad (artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955). Pues bien el Tribunal entiende que la Sentencia que constituye el título de ejecución esto es la Sentencia de 11 de mayo de 2004 dictada en el Rollo de Apelación número 338/2002, se cumplirá incorporando al acto de concesión de la licencia requisitos o imposiciones al titular de la licencia que, resultan indispensables para que esta se ajuste a la Ley y que quedan incorporadas a ella. No pudiendo en ningún caso concluir el proceso con un acto denegatorio de la licencia puesto que se desconocería la declaración de derechos que

contiene su Rollo. La Segunda Sentencia dictada el 27 de marzo de 2007 tiene un valor interpretativo de la primera, como esta tiene un valor interpretativo de esta última y de la primera de ellas, y el Tribunal se ve obligado a ajustar el alcance de la afirmación contenida en el fundamento jurídico tercero cuando señala que se habrá de producir un nuevo acto administrativo por el que se conceda o no la licencia. Esta licencia no es la de actividad sino la licencia de funcionamiento a la que se refiere el artículo 34 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre. En este acto el Ayuntamiento de Madrid habrá de considerar si se han cumplido las condiciones ambientales contenidas como prescripciones en la licencia de actividad y dicte un acto concediendo o denegando dicha licencia de funcionamiento. Este acto tiene un contenido autónomo y podrá ser objeto de recurso contencioso-administrativo independiente por las partes perjudicadas.

QUINTO.- En aplicación de estos criterios hemos de analizar el auto dictado el 4 de febrero de 2008 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 25 de Madrid, establece que la cuestión debe resolverse por el juzgado de conformidad con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 27 de marzo de 2007, que estima parcialmente el recurso de apelación, entablado contra el Auto de 25 de julio de 2006 de este juzgado, por el Ayuntamiento y codemandados. Por lo que, a tenor de la expresada Sentencia deben de ser revisadas las peticiones actoras, que no son otras sino que la que articula como petición principal, esto es, que se declare por el juzgado que las prescripciones contenidas en la licencia concedida de manera expresa el 28 de diciembre de 2006 incorporan a la misma “condiciones ambientales establecidas por las normas aplicables” a las que se refiere la Sentencia de 11 de mayo de 2004

y, 2º, como consecuencia de lo anterior, que se declare por el juzgado que ya se ha cumplido dicha Sentencia mediante la concesión válida a la entidad recurrente de la licencia solicitada, sin que sea necesario un nuevo acto administrativo al respecto del Ayuntamiento de Madrid, pues bien, la Sentencia del TSJ de 27 de marzo de 2007, impide acceder a ello ya que refiere precisamente en contra de lo solicitado, que: "todas las incidencias que pudiesen ocurrir como la existencia de un silencio administrativo positivo o el cumplimiento de los condicionamientos medioambientales, además de las resoluciones adoptadas en el seno del mismo, incluso, la final por la que se procediese a acordar o denegar la licencia exceden del objeto del recurso contencioso-administrativo dilucidado por la Sentencia de 11 de mayo de 2004, y por tanto, del contenido del fallo de la misma, por lo que- no puede ser examen de estudio a través del incidente de ejecución de Sentencia sino que a través de los correspondientes recursos Interpuestos a tal efecto". A continuación el auto recurrido realiza en el fundamento jurídico cuarto una afirmación que contrariamente a lo manifestado en su escrito por el Ayuntamiento, no se ha producido cumplimiento de la ejecutoria por la Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 27 de marzo de 2007, por ello dicha Resolución no estima la apelación en su totalidad sino "en parte" y hay que considerar que la estimación parcial del recurso de apelación, hace que la materia a la que debe ceñirse la presente ejecución se concrete en los términos que refiere la tan repetida Sentencia, que no son otros que (subrayo sus expresiones literales): "En consecuencia, la ejecución en sus justos términos del fallo de la mencionada Sentencia no puede, en ningún momento, conllevar la concesión de la licencia interesada sino, únicamente, el derecho de la mercantil a interesar de la Administración demandada que se pronuncie sobre las condiciones medioambientales a cumplir a los efectos de la concesión

de la licencia. Todo pronunciamiento judicial que fuese más allá de dicho planteamiento constituiría un exceso en la ejecución del fallo judicial". Como esta argumentación es correcta ha de señalarse que en ningún caso puede estimarse la pretensión de los apelantes R.R.R.R., y de la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle G N° ggg de Madrid» y de la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° hhh de Madrid» de que se declare denegada la licencia a la que este procedimiento se refiere por la resolución del Director General de Ejecución y Control de la Edificación dictada en 12 de Septiembre de 2007 y de la 'Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° iii de Madrid que la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2007 ha sido debidamente ejecutada por el Ayuntamiento de Madrid al dictar las sucesivas resoluciones que han concluido con la resolución denegatoria de la licencia otorgada por A. Puesto que como hemos señalado el Título de ejecución está constituido por la Sentencia de 11 de Mayo de 2004 dictada en el Rollo de Apelación número 338/2002, y no la de 27 de Marzo de 2007, ya que esta última se dicta en un incidente de ejecución de la primera Sentencia y no puede contradecir lo ejecutoriado y en la primera se declaraba el derecho a obtener una licencia, que resultaría desconocido si al final la resolución última es la denegatoria de la licencia. Desde esta perspectiva ambos recursos han de ser desestimados, quedando sólo por analizar si la interpretación que realiza el Juzgado de instancia de las prescripciones que han de entenderse incorporadas a la licencia son las adecuadas o han de adicionarse con otras.

SEXTO.- El auto objeto del recurso señala que el propio Ayuntamiento manifiesta que, tras la Sentencia de 11 de mayo de 2004 del TSJ, y antes de que por la parte demandante se promoviera incidente de ejecución el 5 de diciembre de 2005, se

acordó en ejecución de la Sentencia retrotraer las actuaciones, con el propósito de comprobar que se cumple la normativa medioambiental, y, el 11 de marzo de 2005 se efectúa requerimiento de subsanación de deficiencias observadas en la documentación aportada por la empresa demandante, en base a dos puntos que se señalaban en el Informe de igual fecha, y el 18 de abril del 2005 la empresa recurrente presenta documentación y solicita la concesión de la licencia emitiéndose informe el 13 de julio de 2005 por los Servicios Técnicos, en el que se hace observar que no se han subsanado la totalidad de las deficiencias indicadas en el informe de 11 de marzo de 2005, señalándose a continuación una serie de prescripciones que son las siguientes 1.- La evacuación del aire de condensación de la torre de refrigeración del sistema de acondicionamiento de aire y la salida de humos y gases de extracción forzada de la carga y descarga, distará más de 3,5 metros de cualquier ventana, según lo establecido en los artículos 32 apartado 2 y 35 de la OGPMAU. 2.- Los conductos de distribución de aire de condensación del sistema de climatización y de la extracción forzada de la planta sótano, discurrirán interiormente por debajo de la cumbre de la nave. 3.- La evacuación de la extracción forzada de la planta sótano tendrá una concentración de CO inferior a 30 p.p.m. 4.- El nivel sonoro transmitido al exterior y a los locales colindantes estará dentro de los límites máximos definidos en los arts. 13 y 15 de la OGPMAU. Asimismo, el grupo enfriador de agua y la torre de refrigeración dispondrán de silenciadores y apantallamiento acústico. 5.- Las bocas de agua contra incendios y la red de rociadores automáticos de agua dispondrán de acometida de agua exclusiva e independiente de cualquier otro servicio de la finca. 6.- La presente licencia se otorga dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros. No podrá ser invocada para excluir o disminuiría responsabilidad

civil o penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades. 7.- Las operaciones de carga y descarga se realizarán en la planta sótano y el acceso y salida de vehículos fuera del horario comercial. 8.- La instalación eléctrica dispondrá además del suministro normal, de suministro de reserva, tal y como establece el artículo 14 del REBT. 9.- Previo a la obtención de la licencia de funcionamiento, debe disponer de Plan de Emergencia, informado favorablemente por el Departamento de Prevención y Protección Civil, 10.- Deberá proveerse de las autorizaciones necesarias por parte de la Administración municipal, autonómica o estatal que le sean de aplicación. 11.- No podrá iniciarse el ejercicio de la actividad hasta que el titular se provea de la correspondiente licencia de funcionamiento, la cual deberá ser solicitada de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 59 de la OMTLU. 12.- Dispondrá de un hidrante de un diámetro de 100 mm que cumple las especificaciones del artículo 6 apartado. 37 del RPICIM. 13.- Dispondrá de plan de revisiones periódicas a realizar por la entidad competente designada por el titular de la actividad para los equipos de protección de incendios, ajustado a lo exigido en las condiciones de mantenimiento y uso por la normativa de aplicación. 13.- El ascensor debe disponer de las características de "ascensor de emergencia" a fin de garantizar la movilidad de personas con algún tipo de limitación en casos de emergencia. 14.- Deberá cumplir las determinaciones de la Ley 8/93 y el Decreto 138/1998, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas. 15.- Deberá instalarse alumbrado de emergencia en el tramo de pasarela que desemboca en la C/ B. 16.- La gestión de los residuos procedentes de las obras autorizadas se realizará de acuerdo con la Ley 5/2004 de Residuos de la Comunidad de Madrid. A la vista de las mismas el Tribunal ha de llegar a dos

conclusiones: la primera que las mismas pueden ser incorporadas a la licencia de actividad como prescripciones de naturaleza ambiental y en segundo lugar que no existen otras puesto que de existir el informe técnico del Ayuntamiento las habría hecho valer incorporándolas a dicho requerimiento. A estas conclusiones hay que añadir que conforme a la Sentencia de 27 de marzo de 2007, las mismas no pueden ser discutidas en el seno del presente procedimiento, por ello se ajusta a Derecho la manifestación del auto recurrido de que las prescripciones que se recogen en la licencia de 28 de diciembre de 2006, recogen la totalidad de "las condiciones ambientales" a las que se refiere la Sentencia 11 de mayo de 2004 y ello es así, porque ello hace cumplir la ejecutoria en los términos en que la define la Sentencia de marzo pasado, concluyéndola, pues resulta ser cierto y el propio Ayuntamiento así lo manifiesta en su escrito, que ello resultó a consecuencia de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 11.5.2004, una vez le fue notificada y con anterioridad al anterior incidente de ejecución, por lo que en ese aspecto y a tenor del cauce de la ejecución señalado por la propia Sala, ya estaba cumplida la ejecutoria por el Ayuntamiento con anterioridad al incidente de ejecución.

SÉPTIMO.- Para concluir el Tribunal debe reafirmar que la entidad A tiene derecho al ejercicio de la actividad pretendida en el emplazamiento de referencia pues así se establece la Sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 2004, y este derecho no puede ser desconocido ni por el Ayuntamiento de Madrid ni por R.M.R.R. y la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle G N° ggg de Madrid» y la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° hhh de Madrid» y la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° iii de Madrid. Este derecho se concreta en la obtención de la licencia de actividad que incorporará

las prescripciones técnicas señaladas en el auto recurrido. Y es precisamente en estas prescripciones ambientales donde se concreta el derecho de la contraparte por R.M.R.R., y la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle G N° ggg de Madrid» y la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° hhh de Madrid y la «Comunidad de Propietarios del Inmueble sito en la Calle H N° iii de Madrid», ya que si las mismas no se ejecutan no podrá dar comienzo el ejercicio de la actividad y habrá de serle denegada la licencia de funcionamiento. Pero tanto la determinación concreta de las condiciones ambientales como la concesión o denegación de la licencia de funcionamiento son cuestiones que quedan extramuros de este proceso y por tanto habrán de ser objeto de un pronunciamiento judicial autónomo. En todo caso determinadas las condiciones ambientales ha de declararse concluido el proceso y mantener la decisión de archivo de las actuaciones no cuestionada por otra parte por el único legitimado para ello que no es otro que el ejecutante la entidad A.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. El artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil entiende como circunstancia que justifica la no imposición de costas que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, entendiendo que para calificar que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. El Tribunal entiende que nos encontramos ante un supuesto complejo se ajusta a tal definición motivada por la interpretación del contenido

dispositivo de las Sentencias dictadas por este Tribunal que justifica la decisión de no imponer las costas de esta segunda instancia.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por la Procuradora C.R.C. en nombre y representación de R.M.R.R., y de la «Comunidad cte Propietarios del inmueble sito en la Calle G N ggg de Madrid» y de la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° hhh de Madrid» y por el Procurador J.I.P. en nombre y representación de la «Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° iii de Madrid» contra el auto dictado el día 4 de Febrero de 2008, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 25 de Madrid en la pieza de ejecución de Sentencia dimanante del Procedimiento Ordinario número 112 de 2001 que se confirma en su integridad, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta segunda instancia.»

Con fecha 3 de julio de 2009 el Ayuntamiento de Madrid concedió a la entidad reclamante licencia de instalación de actividades y de rehabilitación con reestructura puntal. Según el citado acto, la presente licencia:

“(...) se concede en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el Auto de fecha 4 de febrero de 2008 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid confirmado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2008 de ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11-5-2004, y con efectos a partir de 27 de julio del 2005” (folios 657 a 660).

TERCERO.- A causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y 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 (RPRP).

De conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la LRJ-PAC, se notificó a la reclamante requerimiento a fin de aportar: declaración en la que se manifieste no haber sido, ni serlo en el futuro, indemnizado como consecuencia del daño sufrido o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas, justificación de la representación de C.R.F., firmante del escrito de reclamación; indicación de por si los mismos hechos se siguen otras reclamaciones y evaluación económica de la indemnización solicitada e indicación de los restantes medios de prueba que se proponen (folios 601 a 604).

Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2010, con el que aporta la documentación requerida y se reitera en su solicitud de indemnización de 1.182.841,18 euros (folios 607 a 625).

Por diligencia de la instructora del procedimiento de responsabilidad patrimonial de 17 de marzo de 2011 se han incorporado al procedimiento copias de la Sentencia nº 351/07, de 9 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid; Sentencia nº 980/08, de 22 de mayo, por el que se resolvió el recurso de apelación nº 257/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; Auto de 30 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid por el incidente de ejecución de Sentencia sobre la cuantía de la indemnización

debida (folios 627 a 640). Las citadas Sentencias hacen referencia a la primera solicitud de responsabilidad patrimonial planteada por la reclamante y que se circunscribía a los daños sufridos desde mayo de 2001 hasta julio de 2005.

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 RPRP, se ha requerido informe al Servicio de Licencias.

Con fecha 11 de mayo de 2011, la jefe del Departamento Jurídico de Edificación emite informe en el que, con carácter previo, analiza la distinción entre licencia de instalación y actividad y licencia de funcionamiento que permita su ejercicio; a continuación, expone los trámites procedimentales en el expediente de la concesión de licencia única de obras y actividad; manifiesta que el edificio carece de licencia de funcionamiento que permita el ejercicio de la actividad e indica que, por este motivo, existe un expediente en el Departamento de Disciplina Urbanística por ejercicio de actividad sin licencia de funcionamiento. Además, informa que en los locales cuyo alquiler se reclama como indemnización no se tiene constancia de que tengan licencia para el ejercicio de la actividad. El informe señala como conclusión:

«En base a los datos antes expuestos, cabe señalar que:

- El local sito en c/ B, aaa, cuenta en la actualidad, con licencia de obras y actividad concedida por resolución de fecha 01.07.09 en cumplimiento de la Sentencia de fecha 13.11.08, dictada por el TSJ de Madrid. Dicha licencia está sometida a las prescripciones que en la misma se indican, cuyo cumplimiento deberá ser efectivo con carácter previo a la concesión de licencia de funcionamiento, además de ajustarse las instalaciones a lo autorizado en licencia. No ha de olvidarse aquí que dicha licencia ya fue concedida con anterioridad, esto es el 27.12.06, denegada posteriormente el 12.09.08.

- El referido local no cuenta, ni ha contado en ningún momento, con la preceptiva licencia de funcionamiento que permita el ejercicio de la actividad, toda vez que la tramitada en el procedimiento de ref. 711/2006/27919 fue denegada por resolución de fecha 12.02.08; sin que por otra parte se tenga constancia de que se haya formulado al respecto ninguna otra solicitud, ni de que haya recaído resolución en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha denegación.

Tampoco ha quedado acreditado el cumplimiento ni del requerimiento practicado en su día, ni de las prescripciones de la licencia, ni de la existencia del Plan de Emergencia informado favorablemente por el Departamento de Prevención de Incendios.

Existe expediente de disciplina urbanística por el ejercicio de actividad sin licencia. Consta notificado por los servicios postales, el 26 de abril de 2011, conforme a las exigencias del artículo 59 LRJ-PAC, la apertura del trámite de audiencia en virtud de acuerdo de la jefa del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales de 14 de abril de 2011».

Con el anterior informe se remite diversa documentación de los antecedentes mencionados (folios 652 a 700).

Asimismo, por el Director General de Organización y Régimen Jurídico se ha solicitado informe al Servicio de Disciplina Urbanística el día 6 de junio de 2011.

Con fecha 10 de junio de 2011, la Asesoría Jurídica Municipal comunica la interposición de recurso contencioso-administrativo por la reclamante que se viene sustanciando ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 19 de Madrid (procedimiento ordinario 89/2011) (folios 703 a 752).

Por el Servicio de Disciplina Urbanística se ha emitido informe de 19 de agosto de 2011 (folio 757 a 760) con el que adjunta diversa documentación relativa al expediente de comprobación e inspección de actividades nº kkk (folios 761 a 1190). Según el informe en el Servicio de Disciplina Urbanística se tramita el expediente de denuncia de actividad nº kkk (arriba referenciada) por la implantación y puesta en funcionamiento de la actividad de venta menor de artículos de confección y complementos con zonas de exposición y oficinas en la ubicación de referencia sin disponer de las preceptivas licencias de actividad y funcionamiento.

“1º) Así las cosas, en relación a su petición de informar sobre si se ha procedido a la clausura de la actividad, se comunica que, examinados los documentos y actuaciones obrantes en el expediente de denuncia nº kkk se comprueba que, la entidad titular A en ningún momento ha dado cumplimiento a la orden de cese de actividad notificada con fecha de acuse de recibo de 11/06/2008 (cotejada en folio 211 del expediente de denuncia).

Asimismo se pone de manifiesto, que con posterioridad a la notificación de la Audiencia Previa a Clausura en Ejecución de Auto, notificada con fecha de acuse de recibo de 15/12/2010 (cotejado en folio 292), la entidad ha continuado con el ejercicio de la actividad de referencia.

A mayor abundamiento obran en el expediente de denuncia de actividad reseñado de un lado las actas de inspección extendidas por los técnicos de actividades del Servicio de Disciplina Urbanística que se corresponden con la visitas giradas al local de referencia los días 15/07/2008 y 08/04/2010 (cotejado en folios 213 y 732 respectivamente) y de otro lado los pertinentes informes técnicos, constatándose en ambos casos que “la actividad continuaba en

ejercicio” sin ser acatada en consecuencia la orden de cese de la que trae causa el expediente de actividad.

Se significa que durante este periodo la entidad A disponía de licencia de actividad nº III concedida por resolución de la Coordinadora General de Urbanismo.

Si bien la referida concesión se efectuó en estricto cumplimiento de lo dispuesto en Auto de fecha 25 de julio de 2006, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 en ejecución de Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15/05/2004.

Como quiera que, en la fecha de concesión de la licencia, el Auto mencionado -recurrible en un solo efecto- no había adquirido firmeza administrativa, la licencia se efectuaba sin perjuicio del pronunciamiento a que en su caso pudiera haber lugar por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Con fecha 27/03/2007 se dicta Sentencia FIRME por la sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid y las Comunidades de Propietarios codemandados, revocando y dejando sin efecto todos sus pronunciamientos sin exceder del ámbito del incidente de ejecución de Sentencias.

Así las cosas la licencia concedida por resolución de fecha 27/12/2006 queda sin efecto, retrotrayéndose las actuaciones hasta el momento procedural anterior a su concesión, y continuando su tramitación hasta la resolución definitiva.

Por resolución de fecha 12/09/2007 el Director General de Ejecución y Control de la Edificación deniega a la entidad titular, la

licencia de actividad nº III, toda vez que no cumple con la normativa vigente que le es de aplicación de conformidad con el Informe emitido en fecha 18/06/2007 por la Unidad Técnica de Licencias 1 (cotejado en folios 149 a 151 del expediente de denuncia).

Visto lo expuesto, la entidad ha venido ejerciendo la actividad mientras carecía de licencia de actividad y en consecuencia de licencia de funcionamiento, toda vez que es requisito previo para la concesión de licencia de Primera Ocupación y Funcionamiento estar en posesión de la licencia de actividad.

En mérito de cuanto antecede, la solicitud de licencia de funcionamiento tramitada en el expediente nº mmm, en cumplimiento de lo dispuesto en informe de fecha 18/06/2007 de la Unidad Técnica de Licencias 1 de propuesta de denegación de licencia de actividad y de conformidad con el artículo 59 de la OTLU es denegada por resolución de fecha 05/03/2008 del Director General de Ejecución y Control de la Edificación, toda vez que las actividades no han sido ejecutadas de acuerdo con el proyecto y licencia. Así consta cotejado en folio 204 del expediente de denuncia.

2º) Por otro lado, referente a la solicitud de licencia de Funcionamiento para la actividad concedida por resolución de 1 de Julio de 2009, se informa que, según se desprende del informe de fecha 07/04/2011 emitido por el Departamento Jurídico de la Edificación (cotejado en folio 306 a 312) el local sito en la C/ B, aaa a día de la fecha, dispone de licencia de actividad concedida por resolución de fecha 01/07/2009, en cumplimiento de la Sentencia de fecha 13/11/2008, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y sin embargo carece de licencia de funcionamiento que permita el ejercicio de la actividad.

Como quiera que, la licencia de funcionamiento tramitada en el expediente nº mmm, antes indicada, fue denegada, y no se tiene constancia de que se haya formulado al respecto ninguna solicitud, ni de que haya recaído resolución en el procedimiento Contencioso-administrativo nº 59/2008 interpuesto contra la denegación de licencia de funcionamiento con base a que el local no contaba con licencia de actividad, se entiende que, cualquier actuación que se lleve a cabo en el local relativa al ejercicio de la actividad, no está amparada por licencia que permita su funcionamiento, ya que para ello será preciso:

- Que el particular tramite la correspondiente solicitud.
- Que los servicios técnicos efectúen las oportunas comprobaciones.
- Que se dicte la consecuente resolución al respecto.

Es por ello que este Servicio de Disciplina Urbanística continúa con la tramitación del presente expediente de actividad, puesto que, todo ejercicio de una actividad precisa de licencia municipal de instalación o actividad, primero, y de licencia de funcionamiento después, una vez comprobado que la actividad se ajusta al proyecto y condiciones en que la licencia fue concedida y que es apta según las determinaciones urbanísticas, ambientales y de seguridad de su destino específico, pues la licencia de actividad por si sola no permite el inicio de la misma.

En síntesis, el ejercicio de la actividad sin disponer de la preceptiva licencia de funcionamiento, no es otra que la adopción por parte de la Administración de la medida de suspensión y evitar la permanencia de tal situación mediante la orden de cese y/o clausura del establecimiento, en tanto se obtiene, la correspondiente licencia de funcionamiento que garantice la ausencia de infracción o la adopción

de las medidas necesarias para corregirlas, toda vez que la inexistencia de autorización administrativa conlleva a la ilegalidad del ejercicio de tal actividad.

Es Jurisprudencia consolidada entre otras Sentencias 27/01/08, 26/03/89, 27/12/89...la que sienta que la mera solicitud de licencia, no implica acto tácito de adquisición de un derecho. Por lo que, aún en el caso de haberse solicitado Licencia de Funcionamiento, no implicaría estar en posesión de derecho alguno la entidad A para continuar ejerciendo su actividad.

La clausura de la actividad calificada como clandestina por no tener el titular licencia que la legitime y legalice, al no haberla solicitado, o efectuada la solicitud, no habiéndola obtenido, obliga a la Administración Pública a decretar el cese de la misma y el cierre del local en el que se realiza (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29/10/2005, JUR 2006/200893).

3º) Por último, en base a indicar si se ha concedido o denegado la licencia de funcionamiento para el ejercicio de la actividad de los locales solicitados (C/ E nº eee- 2^a, C/ E nº eee- 1^º dcha., C/ C nº ccc locales comerciales 7 y 8, C/ F nº ffff, local comercial A y C/ D nº ddd- 1^º A) se comunica que, consultado el sistema informático municipal no consta solicitud alguna al respecto.

Dicha información, no es competencia de este Departamento Jurídico de Disciplina Urbanística, su petición deberá dirigirla a la Unidad Técnica de licencias de Primera Ocupación y Funcionamiento y/o a la Agencia de Gestión de Licencias de Actividad (AGLA).

Se pone de relieve que por este Servicio de Disciplina Urbanística no se ha incoado expediente de disciplina por ejercer una actividad sin licencia en los referidos locales.

Se remite copia del expediente de denuncia kkk solicitado, con devolución del expediente nnn de Responsabilidad Patrimonial”.

Por la instructora del expediente de responsabilidad patrimonial y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 RPRP se ha solicitado informe a la Policía Municipal, así como al Gerente de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades y se ha incorporado al expediente tramitado por el Departamento de Servicios Sanitarios, Calidad y Consumo de la Junta Municipal de Distrito de Salamanca el expediente tramitado contra la reclamante por el mantenimiento de la nave industrial en condiciones que constituyen foco de insalubridad, ocasionando molestias al vecindario por el deterioro ambiental generado por la presencia de palomas (folios 1193 a 1226).

Con fecha 20 de octubre de 2011, la Jefa de la UID Salamanca, del Cuerpo de Policía Municipal informa que “*el local se encuentra abierto en la actualidad, presenta una licencia urbanística y plan de autoprotección, de los cuales se acompaña fotocopia*” (folios 1234 a 1244).

Asimismo, con fecha 10 de octubre de 2011, el gerente de la Agencia de Gestión de Licencias y Actividades informa:

“*Que por la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades no se ha tramitado ni se tramita en la actualidad ninguna solicitud de licencia urbanística en las ubicaciones señaladas en su escrito, esto es, E, eee-2^a; E, eee 1^o derecha; C, ccc, locales comerciales 7 y 8, F, fff, local comercial A y D, ddd-1^oA y tampoco respecto de B, aaa.*

También se ha comprobado en el sistema de supervisión de la ECLU si se tramitaba alguna solicitud para la que aún no se hubiese emitido el correspondiente certificado de conformidad, sin que en las citadas ubicaciones constara trámite alguno.

Sí se han detectado en el Sistema de Información y Gestión SIGSA, antecedentes de licencia otorgada por el Distrito de Tetuán a A, en c/ F, ffff, con fecha 7 de julio de 2009”.

Se ha incorporado también al expediente un informe del Departamento Jurídico de Edificación donde afirma que:

“(…) examinados los antecedentes obrantes en la Subdirección General de Edificación del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda se ha comprobado que no consta que hayan sido solicitadas ni concedidas licencias de funcionamiento para el ejercicio de la actividad en los locales indicados (E, eee-2^a; E, eee 1º derecha; C, ccc, locales comerciales 7 y 8, F, ffff, local comercial A y D, ddd-1ºA) ”.

Notificado el trámite de audiencia el día 8 de febrero de 2012, no consta en el expediente que la entidad reclamante haya efectuado alegaciones.

Consta en el expediente remitido que la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que ha dado lugar al procedimiento ordinario 89/2011, que se tramita en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 19 de Madrid.

Con fecha 17 de julio de 2012, el Director General de Organización y Régimen Jurídico, del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid elabora propuesta de resolución de

inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial al haberse formulado extemporáneamente.

CUARTO.- El vicealcalde de Madrid, con fecha 27 de agosto de 2012, formula consulta a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 14 de septiembre de 2012, y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excmo. Sra. Dña. M.^a José Campos Bucé, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de octubre de 2012.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo, LCC), según el cual:

“1. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la

cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.

En el caso que nos ocupa, la cuantía de la reclamación asciende a 1.182.559,13 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

Por otra parte, la solicitud de dictamen ha sido cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la LCC, que establece que *“las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*, en relación con el artículo 32.2 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

El Ayuntamiento de Madrid es el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo, habiéndose en el caso presente hecho llegar la solicitud mediante oficio del vicealcalde de Madrid, de 27 de agosto de 2012, por delegación de la alcaldesa.

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 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 mercantil 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 la denegación de la licencia de actividad y acondicionamiento del local.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, al amparo del artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que atribuye a los Municipios competencias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; título competencial que justifica la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

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”*.

En el presente caso, la Sentencia que anuló el acto denegatorio de la licencia de obras y actividad de 3 de octubre de 2001, es de fecha 11 de mayo de 2004, por lo que, *prima facie*, la reclamación presentada el día 2 de julio de 2010, podría aparecer extemporánea.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se han tramitado dos incidentes de ejecución de Sentencia resueltos por sendas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de marzo de 2007 y 13 de noviembre de 2008.

La entidad reclamante considera que el *“dies a quo”* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción es el día en que se le notificó la licencia de obras y actividad, 3 de julio de 2009, porque, al tratarse de daños continuados, *“los efectos lesivos para mi mandante de la falta de concesión de la licencia de actividad cesaron... cuando se le concedió la licencia de actividad”*.

Frente a ello, la propuesta de resolución considera que los incidentes de ejecución promovidos no tienen efectos suspensivos de la prescripción y que, además, el Ayuntamiento, según la Sentencia de 13 de noviembre de 2008:

“(...) había ejecutado su Sentencia de 11 de mayo de 2004, el 13 de julio de 2005, por lo que no habría otros daños que reclamar a partir de esa fecha, como pretende la parte interesada, y más aún cuando ya ha sido debidamente indemnizada con la suma de 1.062.715,91 € por los daños ocasionados desde el mes de mayo de 2001 hasta julio de 2005 en ejecución de la Sentencia de 22 de mayo de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”.

Este Consejo Consultivo no comparte el criterio expuesto en la propuesta de resolución porque fue el informe de 13 de julio de 2005 y la ulterior denegación de la licencia de obras y actividad, el 19 de septiembre de 2005, el que dio lugar al primero de los incidentes de ejecución. Incidentes de ejecución en que el Tribunal Superior de Justicia ha realizado una labor interpretativa e integradora de las distintas resoluciones recaídas en el procedimiento.

En este sentido, la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 declara:

“(...) la Sentencia que constituye el título de ejecución, esto es, la Sentencia de 11 de mayo de 2004 dictada en el Rollo de Apelación número 338/2002, se cumplirá incorporando al acto de concesión de la licencia requisitos e imposiciones al titular de la licencia que resultan indispensables para que ésta se ajuste a la Ley y que quedan incorporadas a ella. No pudiendo en ningún caso concluir el proceso con un acto denegatorio de la licencia puesto que se desconocería la declaración de derechos que contiene su fallo. La segunda Sentencia dictada el 27 de marzo de 2007 tiene un valor interpretativo de la

primera, como esta tiene un valor interpretativo de esta última y de la primera de ellas, y el Tribunal se ve obligado a ajustar el alcance de la afirmación contenida en el fundamento jurídico tercero cuando señala que se habrá de producir un nuevo acto administrativo por el que se conceda o no la licencia. Esta licencia no es la de actividad sino la licencia de funcionamiento a la que se refiere el artículo 34 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre. En este acto el Ayuntamiento de Madrid habrá de considerar si se han cumplido las condiciones ambientales contenidas como prescripciones en la licencia de actividad y dicta un acto concediendo o denegando dicha licencia de funcionamiento. Este acto tiene contenido autónomo y podrá ser objeto de recurso contencioso-administrativo independiente por las partes perjudicadas”.

Por tanto, en cuanto que la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, como a su vez determinó la Sentencia de 11 de mayo de 2004, exige que el Ayuntamiento dicte un acto expreso de concesión de la licencia de obras y actividad con la determinación de las condiciones ambientales que debe cumplir la reclamante para, si se cumplen debidamente, obtener posteriormente la licencia de funcionamiento, es el día en que se dicta dicho acto, 3 de julio de 2009, el “*el dies a quo*” del plazo para reclamar.

En consecuencia, la reclamación presentada el 2 de julio de 2010 debe considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- 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 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 económico 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 económico 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.

CUARTA.- Aplicando lo anterior al caso objeto del presente Dictamen, procede analizar la probanza de la realidad de los daños alegados y de su conexión con la actuación 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).

La entidad reclamante alega un daño emergente por un total de 1.182.841,18 €, en el que se incluyen los gastos derivados del arrendamiento de otros locales para el ejercicio de la actividad, así los gastos de comunidad y el impuesto de bienes inmuebles de los citados locales. Aporta, al efecto, facturas y justificantes de todos los pagos realizados en los citados locales.

Se observa, no obstante, que según resulta del expediente de disciplina urbanística incoado a la entidad reclamante el 24 de octubre de 2007, tras visita de inspección al local girada el día 23 de octubre de 2007, se comprobó que la entidad reclamante ejercía la actividad en el local con zonas de exposición y oficinas y, según resulta del informe del Servicio de Disciplina Urbanística de 19 de agosto de 2011, “*la entidad titular A en ningún momento ha dado cumplimiento a la orden de cese de la actividad de 29/05/2008*”, al haberse denegado la licencia de actividad y no disponer de licencia de funcionamiento y señala que “*a día de la fecha, dispone de licencia de actividad concedida por resolución de fecha*

1/07/2009, en cumplimiento de la Sentencia de 13/11/2008, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y sin embargo carece de licencia de funcionamiento que permita el ejercicio de la actividad”.

Por tanto, en cuanto que resulta acreditado que la entidad reclamante ha desarrollado su actividad en el local de B, aaa desde, por lo menos, el día 23 de octubre de 2007, no resultaba necesario continuar con el arrendamiento de los otros locales. Además, tampoco aporta prueba alguna que indique que, tras la concesión de la licencia en julio de 2009 finalizaran los citados contratos, de manera que, nada impide que la entidad reclamante continúe desarrollando la actividad en los otros locales.

Además, aunque pudiera considerarse acreditada la realidad de los daños por los gastos ocasionados entre julio de 2005 y octubre de 2007, tampoco procedería la antijuridicidad del daño.

QUINTA.- En relación con el requisito de la antijuridicidad, debe señalarse que para que exista una lesión indemnizable no es suficiente con que exista un perjuicio material, sino que se requiere que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, y el perjuicio es antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre y cuando la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.

En tal sentido el art. 141.1 de la LRJAP-PAC dispone claramente que *“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*. Es decir, para que concurra el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es preciso que no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate, cual sucede cuando concurre un título jurídico que determina o impone inexcusablemente ese perjuicio. Así resulta que la lesión no es antijurídica cuando el particular

está obligado a soportar las consecuencias perjudiciales de la actuación administrativa, siempre que ésta sea conforme con la norma jurídica a cuyo amparo se dicta.

Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2011 (recurso de casación 5187/2006 y 5 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4508/2006) señalan sobre la antijuridicidad del daño que:

“(...) en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados.

Siempre teniendo en cuenta que la antijuridicidad del daño no se anuda a la conformidad o no a Derecho de la actuación administrativa sino a que el resultado de la misma produzca en el administrado un perjuicio que este no tenga el deber de soportar, ya que según indica la Sentencia de 21 de abril de 2005, por referencia a la línea jurisprudencial iniciada con la de 20 de febrero de 1989, en relación con los supuestos de anulación de actos, "si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión”.

De acuerdo con esta doctrina, se considera que se trata de perjuicios que debe soportar el ciudadano a pesar de la anulación de los actos en vía administrativa o judicial, siempre que dichos actos no incurran en arbitrariedad, cuando son dictados en ejercicio de una potestad discrecional, o la decisión que contengan se produzca dentro de los límites de lo razonable y de forma razonada, cuando son actos que interpretan conceptos jurídicos indeterminados o la normativa que los predetermina.

Puede traerse a colación, en este punto, la jurisprudencia que mantiene que si la decisión de la Administración que contiene una interpretación razonable de las normas es acogida como correcta y ajustada a Derecho por una Sentencia judicial, aunque esta luego sea anulada por el órgano judicial superior, esa decisión de la Administración representa una interpretación desacertada según el superior criterio jurisprudencial, pero nunca constituirá una actuación realizada rebasando el margen de interpretación de la norma; lo cual determina la ausencia de una lesión antijurídica que justifique una indemnización de daños y perjuicios (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1996 y de 26 de septiembre de 2001).

Afirma la entidad reclamante en su escrito que la demora en la obtención de la licencia es imputable al Ayuntamiento que sostenía una *“alambicada tesis”*, sobre la Sentencia de 11 de mayo de 2004, según la cual, no le obligaba a conceder la licencia, sino a que, previa solicitud, el Ayuntamiento decidiera si concedía o no la licencia.

Del estudio del expediente, sin embargo, resulta que la confusión en la interpretación de las Sentencia de 11 de mayo de 2004 no es solo imputable al Ayuntamiento, sino también a la entidad reclamante que, ante la emisión del informe de 13 de julio de 2005 y ulterior denegación, planteó un incidente de ejecución en el que solicitaba, en contra de lo señalado en la Sentencia, la adquisición de la licencia de actividad por

silencio positivo, sin tener en cuenta las condiciones ambientales a las que quedaba condicionada su obtención y que se señalaron en el informe de 13 de julio de 2005.

Debe tenerse en cuenta que la Sentencia de 11 de mayo de 2004, como así aclara la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, reconocía el derecho a obtener la licencia de actividad, pero no la de funcionamiento que estaría condicionada, en todo caso, al cumplimiento de las condiciones medioambientales impuestas por la Administración y concretadas en el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid. De manera que, en caso de incumplimiento de las citadas condiciones, la entidad reclamante no tendría derecho a obtener la licencia de primera ocupación y funcionamiento y, por ende, iniciar el ejercicio de su actividad en el local. Así lo reconoce, con claridad meridiana la, tantas veces citada Sentencia de 13 de noviembre de 2008, cuando dispone en su fundamento jurídico séptimo:

“Para concluir el Tribunal debe reafirmar que la entidad A tiene derecho al ejercicio de la actividad pretendida en el emplazamiento de referencia pues así se establece la Sentencia de esta Sala de 11 de Mayo de 2004, y este derecho no puede ser desconocido ni por el Ayuntamiento de Madrid ni por R.M.R.R. y la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle G N° ggg de Madrid y la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° ggg Madrid y la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle H N iiide Madrid. Este derecho se concreta en la obtención de la licencia de actividad que incorporará las prescripciones técnicas señaladas en el auto recurrido. Y es precisamente en estas prescripciones ambientales donde se concreta el derecho de la contraparte por R.M.R.R., y la Comunidad de Propietarios del inmueble sito en la Calle G N° ggg de Madrid y la Comunidad de

Propietarios del inmueble sito en la Calle H N° hhh de Madrid y la Comunidad de Propietarios del Inmueble sito en la Calle H N° iii Madrid, ya que si las mismas no se ejecutan, no podrá dar comienzo el ejercicio de la actividad y habrá de serle denegada la licencia de funcionamiento”.

Prueba de la evidente complejidad del asunto y, por tanto, que excluye la antijuridicidad del daño es la no condena en costas a los apelantes en el segundo incidente de ejecución de la Sentencia, pese a desestimarse el recurso de apelación. Dice así la Sentencia de 13 de noviembre de 2008:

“El artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil entiende como circunstancia que justifica la no imposición de costas que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, entendiendo que para calificar que un caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. El Tribunal entiende que nos encontramos ante un supuesto complejo que se ajusta a tal definición motivada por la interpretación del contenido dispositivo de las Sentencias dictadas por este Tribunal que justifica la decisión de no imponer las costas de esta segunda instancia”.

Además, debe tenerse en cuenta que la demora en el cumplimiento de la Sentencia no es tampoco imputable exclusivamente al Ayuntamiento. Así, el recurso de apelación planteado en el segundo incidente de ejecución de sentencia no fue interpuesto por el Ayuntamiento, sino por las comunidades de propietarios de los edificios de las calles G N° ggg, H N° hhh y N° iii.

Por tanto, y aunque se haya declarado no conforme a derecho el acto de denegación de la licencia, debe concluirse que la decisión administrativa se produce y responde al ejercicio de las facultades legales dentro de los

márgenes razonados y razonables a que se refiere la jurisprudencia antes citada, de manera que la interesada queda sujeta a tal ejercicio y ha de soportar las consecuencias aun lesivas del mismo, por lo que no cabe hablar de daño antijurídico ni, en consecuencia, de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, al no concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a 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, 17 de octubre de 2012