



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de enero de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por C.M.S., por daños ocasionados con motivo de la Sentencia 13/08, de 4 de enero de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la que se dispone estimar el recurso de apelación interpuesto por la interesada, contra la Sentencia de 31 de mayo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 776/2009 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios causados a un particular por una resolución municipal posteriormente anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde Presidente para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC; y con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

Responsabilidad Patrimonial, RPAPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. La Sentencia 13/2008, de 4 de enero de 2008, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (en adelante STSJC), resolvió el recurso de apelación nº 244/2007, interpuesto por la reclamante frente a la Sentencia, de 31 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria. Esta última Sentencia había desestimado los recursos de la interesada contra las Resoluciones municipales de 31 de octubre de 2005 y de 16 de enero de 2006. La STSJC estimó el recurso de apelación y, por ende, anuló la Sentencia del Juzgado y esas dos resoluciones. La interesada pretende que se le indemnice los perjuicios que alega que le han causado ambas resoluciones luego anuladas judicialmente por la STSJC. Ésta se le notificó a la interesada el 10 de marzo de 2008, la cual presentó el 10 de marzo de 2009 en una oficina de Correos el escrito de reclamación. Por consiguiente, conforme al art. 142.4 LRJAP-PAC en relación con el art. 38.4.c) de la misma, la reclamación no es extemporánea.

4. Según el art. 13 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado aquí. Esta circunstancia no impide que se dicte la resolución definitiva, porque los art. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC imponen a la Administración resolver expresamente, aun fuera de plazo.

5. Los folios 53 y 54 del expediente recogen la Resolución 5177/2009, de 17 de marzo, por la que la Administración municipal admitió a trámite la reclamación. En el Hecho Cuarto de la propuesta de Resolución se recoge esta circunstancia. Al respecto es pertinente recordar que, según el art. 142.1 LRJAP-PAC y los concordantes arts. 4.1 y 6.1 RPAPRP, el procedimiento se inicia por la presentación de la reclamación del interesado ante el órgano competente. Una vez presentada ésta, el órgano administrativo impulsará el procedimiento por todos sus trámites, ordenando los actos de instrucción adecuados hasta la resolución que ponga fin al mismo (arts. 74 y 78.1 LRJAP-PAC, arts. 6.2 y 7 RPAPRP).

La fecha de la presentación de la reclamación constituye el término inicial del plazo legal para resolver. Ese plazo puede quedar en suspenso si el escrito de reclamación no reúne los requisitos que exigen los arts. 70.1 LRJAP-PAC y 6.1 RPAPRP. Esa suspensión sólo se mantendrá durante los diez días siguientes a la notificación al interesado del requerimiento previsto en el art. 71.1 LRJAP-PAC (que podrá ser ampliado hasta cinco si concurrieren las circunstancias del art. 71.2 LRJAP-PAC).

Si el escrito de reclamación no reúne los requisitos legales, la Administración debe requerir al interesado con celeridad para que subsane las deficiencias (arts. 71.1 y 74.1 LRJAP-PAC). No puede requerirlo cuando lo estime conveniente, sino con la celeridad que exige el art. 74.1 LRJAP-PAC; porque desde la presentación de la reclamación ya está corriendo el plazo de tramitación del procedimiento. Este plazo no se inicia cuando el interesado subsana las deficiencias de su escrito de reclamación, sino se reanuda.

El procedimiento tampoco se inicia cuando el órgano competente admite la reclamación y decide incoarlo. El tenor del art. 142.1 LRJAP-PAC y de los arts. 4.1 y 6.1 RPAPRP es inequívoco al expresar que el procedimiento se inicia por la reclamación de los interesados.

Como dice la STS de 30 de abril de 1990 (RJ 1990\2900) "obligada está la Administración a iniciar el expediente de reclamación de tales daños y perjuicios, acomodándose a las específicas normas del ordenamiento jurídico (...) independientemente de que se acrediten o no las realidades de los alegados daños y perjuicios".

La expresión "si se admite la reclamación por el órgano competente (...)" del art. 6.2 RPAPRP, no puede ser interpretada como confirmando al órgano competente la potestad de admitir o inadmitir el escrito de reclamación y que, por consiguiente, el procedimiento se inicia con la resolución admitiendo la reclamación. Esta interpretación no cabe porque conduce a un resultado que contradice al art. 142.1 LRJAP-PAC, norma superior conforme a la cual debe ser interpretada la norma inferior, y a los arts. 4.1 y 6.1 del mismo RPAPRP.

La oración inicial del segundo apartado del art. 6 RPAPRP sólo tiene sentido en relación con su primer apartado y con el art. 70 LRJAP-PAC al que remite: El órgano administrativo sólo puede inadmitir el escrito de reclamación si es incompetente para conocer de ella.

Si es competente, pero dicho escrito no reúne los requisitos legales, requerirá al interesado, con suspensión del plazo de tramitación, para que subsane sus faltas; si éste no lo hiciera en plazo, la archivará sin más trámite.

Si es competente y el escrito reúne los requisitos legales, entonces está obligado a tramitar en plazo el procedimiento, porque el art. 142.1 LRJAP-PAC configura un auténtico derecho a incoar el procedimiento.

En definitiva: O inadmisión por incompetencia o archivo por no subsanación de las deficiencias del escrito. Si no se dan ni una ni otra, es obligatorio tramitar el procedimiento por todos sus trámites impulsándolo de oficio.

6. En la instrucción del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades que impidan un Dictamen de fondo.

II

1. La reclamante explota un bar con dos grandes puertas a la calle en una zona residencial de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria. Varios vecinos denunciaron reiteradamente ante el Ayuntamiento que los ruidos y voces procedentes del local en horas nocturnas les impedían descansar. Los agentes de la Policía Local comprobaron la veracidad de las denuncias y el Concejal competente dictó la Resolución 22264/2005, de 26 de octubre, por la que, bajo apercibimiento de clausura, requirió a la interesada a que ejecutara obras de cerramiento de las puertas del local a fin de aislarlo acústicamente.

Esta Resolución exigía “la ejecución en el local de un cerramiento de obra de fábrica, dotado además de aislamiento acústico y puerta, que ha de permanecer cerrada durante la totalidad del horario de funcionamiento de la actividad, que garantice el cumplimiento de la Ordenanza municipal de ruidos, con advertencia de clausura en caso de incumplimiento”. Esta resolución se fundamentaba principalmente en la denuncia realizada por la Policía Local, consistente en Acta de medición de ruidos, de 29 de septiembre de 2005, que fue analizada y ratificada por los Técnicos Municipales, mediante informe de fecha 6 de octubre de 2005, concluyéndose que el resultado de la misma vulneraba los límites establecidos en la Ordenanza de Protección del Medio Ambiente frente a Ruidos y Vibraciones. Los Técnicos Municipales, concluyeron en su informe que “las medidas de insonorización adoptadas en el local eran insuficientes, debiendo procederse a la ejecución de un cerramiento de obra de fábrica, dotado además de aislamiento acústico y puerta, que ha de permanecer cerrada durante la totalidad del horario de funcionamiento de la actividad, que garantice el cumplimiento de la Ordenanza municipal de ruidos”.

Ante el incumplimiento de lo dispuesto en la resolución de 26 de octubre de 2005, se dictó la Resolución de 16 de enero de 2006, notificada el 15 de febrero, mediante la cual se requirió la paralización voluntaria de la actividad.

Con fecha 1 de marzo de 2006, se dictó nueva resolución mediante la cual se acordó el precinto de la actividad, ante el incumplimiento de lo dispuesto en la

resolución de 16 de enero de 2006, precinto que fue ejecutado por la Policía Local el 15 de marzo de 2006. Esta fue la primera clausura del local.

Presentado recurso contencioso administrativo, el Juzgado dictó un Auto de medidas cautelares, de fecha 5 de abril de 2006, que suspendió la ejecución de la Resolución de 16 de enero de 2006; por lo cual el bar se abrió nuevamente. Con fecha 7 de abril de 2006, el Juzgado dictó nuevo Auto por el que se levantó la suspensión de la medida cautelar acordada por el Auto de 5 de abril.

El 19 de abril de 2006 la Policía Local precintó nuevamente el bar, al encontrarse el mismo en funcionamiento. Este fue el segundo cierre del local, cuya duración no está acreditada; pues la Policía Local informó el 24 de noviembre de 2006 que el bar estaba en funcionamiento, no existiendo resolución municipal que autorizara la reanudación de la actividad. En dicho informe se expresa que los agentes requirieron el desalojo de la actividad, lo cual fue llevado a cabo por la responsable de la actividad. Esta fue la tercera clausura del bar.

Por resolución de 28 de diciembre de 2006, notificada el 9 de enero de 2007, se acordó dejar sin efecto las Resoluciones de 16 de enero de 2006 y 1 de marzo de 2006, porque la interesada presentó la documentación técnica a través de la cual se acreditaba documentalmente la adopción de las medidas correctoras requeridas en la Resolución de 26 de octubre de 2005. Esta apertura del local la Administración municipal la autorizó bajo la condición de que los técnicos municipales comprobaran la eficacia de esas medidas. El cerramiento realizado por la interesada no reunía las características requeridas por la Administración: porque consistía en un cerramiento de carpintería metálica y cristal, con desplazamiento horizontal, razón por la cual el informe de 12 de diciembre de 2006 de los Técnicos Municipales supeditó su aprobación a la comprobación de su eficacia insonorizante.

Tras inspección del local por los Técnicos Municipales, éstos emitieron un informe, de fecha 19 de abril de 2007, que reflejaba que el cerramiento ejecutado no era eficaz para evitar las molestias denunciadas. Por este motivo se dictó la Resolución de 26 de abril de 2007, notificada con fecha 26 de mayo, que requirió nuevamente la paralización voluntaria de la actividad hasta que se ejecutara el cerramiento del local mediante obra de fábrica, aislamiento acústico y puerta que eliminara las molestias denunciadas.

Por Sentencia, de 31 de mayo de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, se desestimó el recurso

interpuesto por la interesada contra la Resolución municipal nº 22264/2005, de 26 de octubre de 2005.

El 20 de julio de 2007 se dictó Resolución acordando el precinto del bar por incumplimiento de la Resolución de 26 de abril de 2007. Este precinto fue ejecutado por la Policía Local el 18 de agosto de 2007. Esta fue la cuarta clausura del bar.

Las nuevas medidas correctoras propuestas por la interesada el 18 de septiembre de 2007, fueron informadas favorablemente por los Técnicos Municipales; por lo que se dictó nueva Resolución municipal, de 24 de septiembre de 2007, notificada con fecha 3 de octubre de 2007, que dejó sin efecto la Resolución de 20 de julio por la cual se acordó el precinto de la actividad. En consecuencia el bar se abrió nuevamente.

2. La Resolución 22264/2005, de 31 de octubre que requería la realización de obras de cerramiento acústico; y la Resolución de 16 de enero de 2006 que ordenaba el cese de la actividad hasta que se ejecutaran esas obras, fueron recurridas por la interesada y la Sentencia de 31 de mayo de 2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas desestimó su recurso por considerar las Resoluciones conformes a Derecho.

La Sentencia 13/2008, de 4 de enero de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo anuló esa Sentencia y las Resoluciones, no porque éstas fueran sustancialmente ilegales, sino porque se había incurrido en vicio de procedimiento, pues la Sentencia 13/2008 considera que las medidas acordadas por ambas Resoluciones eran de carácter sancionador, razón por la que debió habersele dado audiencia a la interesada antes de dictarlas, trámite que omitió la Administración municipal.

3. La reclamante pretende que se le indemnice en la cantidad de 200.000 euros en concepto de beneficios económicos dejados de percibir durante los nueve meses que permaneció cerrado su establecimiento por resolución municipal. Solicita además que se le abonen los gastos de procurador y abogado que hubo de satisfacer para la interposición del recurso contencioso-administrativo; los gastos de alquiler y de consumo de electricidad correspondientes a los nueve meses de cierre del bar; el coste de la instalación del cerramiento de carpintería metálica para aislar acústicamente el local, y los honorarios por la emisión de un informe técnico de justificación de medición del aislamiento acústico del bar.

Como prueba de los gastos de procurador y asistencia letrada, de alquiler, de electricidad, de la obra de cerramiento y de los honorarios por el informe técnico presenta los correspondientes recibos y facturas.

En cuanto a la realidad y cuantía del lucro cesante que alega no presenta prueba alguna.

III

1. Una infracción jurídica puede que irroque o no daño patrimonial o, lo que es lo mismo, no toda infracción implica necesariamente un daño. Si y sólo si lo causa, surgirá la obligación de repararlo. Así ha sido siempre en Derecho Civil, donde la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente en relación con el art. 1.101 del Código Civil que la obligación de indemnizar daños y perjuicios no resulta meramente de la realización de un acto ilícito, sino que además es necesario que ese acto haya causado efectivamente daños reales (véanse por todas las SSTs, Sala 1ª, de 13 de abril de 1988, Ar. 3145; de 10 de octubre de 1990, Ar. 7592; de 19 de febrero de 1998, Ar. 1166; y de 24 de mayo de 1999, Ar. 4056; que citan numerosas Sentencias mucho más antiguas).

Ello es así porque la indemnización de daños y perjuicios no tiene la función de pena a las infracciones jurídicas, sino una función reparadora del menoscabo patrimonial que en realidad se haya producido: lo que se persigue con ella es volver a poner al sujeto en la misma situación patrimonial anterior a la producción del daño, de ahí la imposibilidad de que conduzca a un enriquecimiento.

En Derecho Administrativo sucede igual: el art. 142.4 LRJAP-PAC (cuyo antecedente es el art. 40 del Texto Refundido de la Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, LRJAE), establece 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. Con ello queda claro que la anulación por antijurídico de un acto o precepto reglamentario no implica necesariamente derecho a indemnización. El art. 142.4 LRJAP-PAC no afirma que de la anulación de un acto administrativo nunca se derivará la responsabilidad de la Administración, ni tampoco dispone que siempre surgirá tal responsabilidad. Simplemente dice que no se da por supuesto el derecho a indemnización, con lo que deja abierta la posibilidad tanto en un sentido como en el otro.

Que la anulación de un acto administrativo sea el presupuesto de la responsabilidad de la Administración depende de que concurren los requisitos determinantes de ésta: La existencia de un daño efectivo, antijurídico, individualizado y evaluable económicamente a un bien o derecho de un particular cuya producción haya sido causada por el acto o reglamento irregulares o por su anulación (arts. 139.1 y 2 y 141.1 LRJAP-PAC).

Cuando se dice que el daño debe ser antijurídico (la lesión del art. 139.1 LRJAP-PAC, el daño que no hay deber jurídico de soportar del art. 141.4 LRJAP-PAC) es claro que la antijuridicidad se está refiriendo al menoscabo patrimonial, no al actuar de la Administración, no al acto o reglamento. Estos últimos pueden ser antijurídicos y sin embargo no ocasionar daños o, aun produciéndolos, éstos no son calificables como lesión porque sobre el ciudadano pesa el deber jurídico de soportarlos.

Como se dice en la STS, Sala IIIª, de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996\987): “si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización (...) sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal 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 que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo”.

En la misma línea de considerar que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la mera anulación de resoluciones administrativas, sino que es necesario que se cumplan además los requisitos de lesión antijurídica; daño efectivo, individualizable y evaluable y de nexo causal se pronuncian las SSTS de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997\4418), de 28 de junio de 1999 (RJ 1999\7143), de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001\221), de 12 de julio de 2001 (RJ 2001\6692), y de 23 de junio de 2003 (RJ 2003\5786).

2. El primer requisito para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración estriba en la existencia de un daño real y efectivo (art. 139.2 LRJAP-PAC).

Ya se apuntó antes que la reclamante pretende que se le indemnice en la cuantía de 200.000 euros en concepto de lucro cesante por los nueve meses durante los cuales el bar estuvo cerrado a consecuencia del precinto municipal.

Para que el precinto municipal haya causado el lucro cesante reclamado es necesario que éste haya sido respetado, en cuyo caso la reclamante, mediante la contabilidad de la empresa, y las declaraciones tributarias, habría podido demostrar fácil y palmariamente que los beneficios medios mensuales con anterioridad al cierre ascendían a 22.222,22 euros, cifra que multiplicada por nueve arrojaría los 200.000 euros reclamados. Sin embargo, la interesada, no obstante el requerimiento del Instructor para que aportara la prueba de los beneficios dejados de percibir, no ha presentado prueba documental o pericial alguna que acredite la realidad de ese lucro cesante.

La prueba de la existencia y extensión del daño le corresponde al reclamante. Esta prueba debe ser precisa y con concreción de su identidad real. Como no hay tal prueba forzosamente se ha de estimar que no existe el daño alegado por este concepto, tal como afirma correctamente la propuesta de resolución.

La Propuesta de Resolución, además, con base en las actuaciones practicadas por el Servicio competente, recoge que el bar no estuvo cerrado nueve meses, sino que, durante el intervalo temporal comprendido entre el 15 de marzo de 2006, fecha del primer precinto, y el 3 de octubre de 2007, fecha en que se le notifica a la interesada que puede reanudar la actividad a la vista de que ha ejecutado las obras de cerramiento acústico de las puertas, estuvo cerrado durante tres periodos distintos, el primero de veinte días y los dos posteriores de un mes y quince días cada uno. Los hipotéticos beneficios dejados de percibir durante los dos primeros periodos (que son los que incluye la interesada en su reclamación suman un total de unos siete meses y no los nueve meses que afirma la interesada) no son resarcibles, no sólo porque no está demostrada la existencia y cuantía del lucro cesante, sino porque, aunque se hubieran acreditado esos extremos, tampoco serían indemnizables porque la Administración ha logrado demostrar que el cierre del local no fue llevado a efecto en los términos acordados durante el período en que la reclamante alega que estuvo sin funcionar. Acreditan también que en realidad no hubo cese de la actividad los propios consumos eléctricos realizados en el mismo período, cuyo reintegro, por otra parte, también reclama.

Por la misma razón expresada, sin embargo, procede desestimar su abono, así como el de los alquileres que también se solicita; además, en este caso, porque que, como señala la propuesta de resolución, el pago del alquiler es un gasto independiente y está desvinculado de la explotación del propio local.

Por último, en cuanto a la reclamación de los gastos de procurador y honorarios originados por el recurso contencioso-administrativo, tampoco se puede estimar porque la Sentencia, de 4 de enero de 2008, del TSJC que anuló las resoluciones municipales ya se pronunció, conforme al art. 139.2 LJCA, por no imponer las costas al Ayuntamiento. La reclamación de las costas procesales tiene su régimen jurídico y procedimiento de exigencia específicos en la LJCA y sólo en el seno de los procesos regulados por la LJCA cabe formularla, siendo obligado el acatamiento a lo que al respecto decida el órgano judicial. Como se dice en la STS de 18 de marzo de 2000:

“En cuanto a las costas procesales, al existir un régimen propio para decidir sobre su imposición a los litigantes, entendemos que el pronunciamiento que al respecto se ha de contener en la Sentencia anulatoria del acto o disposición impide su reclamación ulterior cuando se ejercita separadamente la acción por responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Por lo expuesto, cabe considerar en suma como conforme a Derecho la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración, a salvo lo que se indicará en el Fundamento último de este Dictamen.

Adicionalmente, además, cabría agregar otras razones a favor de su conformidad a Derecho, que se exponen ya en el siguiente Fundamento.

IV

1. El segundo requisito, en efecto, para que la anulación judicial de un acto administrativo pueda originar la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste en que la aplicación del Derecho realizada por ese acto administrativo constituya una lesión que el particular no tiene el deber de soportar (art. 141.1 LRJAP-PAC).

Esta es la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias, de 14 de julio y de 22 de septiembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictadas en los recursos de casación para unificación de doctrina números 289\2007 y 324\2007, respectivamente (RJ 2008\3432 y RJ 2008\4543): No basta con la mera anulación de un acto administrativo para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo anulado.

La antijuricidad de la lesión radica en que consiste en un daño que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art. 141.1

LRJAP-PAC). Con ello no se subjetiviza la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pues se hace abstracción de todo elemento culpabilístico en la actuación administrativa; sino que, muy al contrario, el análisis se centra en un dato de innegable naturaleza objetiva cual es el resultado, indagando su antijuricidad, nota que viene determinada, antes que por un atributo o una condición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, por la posición que uno de ellos, el reclamante, ocupa frente al ordenamiento jurídico, posición en la que no influyen las características de la actuación administrativa a la que se imputa el desenlace, su "normalidad" o "anormalidad".

Por ello, se consideran que se trata de perjuicios que debe soportar el ciudadano cuando se trata de los ocasionados por actos administrativos, aunque esos actos sean anulados 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 bien conceptos jurídicos indeterminados, bien la normativa que los predetermina).

En aplicación de esta doctrina la Sentencia, de 16 de marzo de 2009, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 2009\2262) razonó lo siguiente:

"(...) la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos. Hay que rechazar, pues, las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso [véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 221) , ya citada, FJ 2º; 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 987) (casación 2034/93, FJ 2º); y 14 de julio de 2008 (RJ 2008, 3432) (casación para la unificación de doctrina 289/07, FJ 3º)].

En esta tesitura, como hemos subrayado en las sentencias de 14 de julio de 2008 (FJ 4º), que acabamos de citar, 22 de septiembre del mismo año (RJ 2008, 4543) (casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º) y 16 de febrero de 2009 (casación 1887/07, FJ 5º), para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio

público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa. Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el art. 9.3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 987) , ya citada, FJ 3º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 734) (casación 536/02, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (RJ 2000, 659) (casación 7837/95, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6346) (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (RJ 2007, 4991) (casación 9139/03, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (RJ 2008, 1347) (casación 4065/03, FJ 3º) y 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1351) (recurso directo 315/06, FJ 3º)].

Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación,

la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio (RJ 2008, 3432) y 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4543), dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)“.

Es más, si esa 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, RJ 1996\987; y de 26 de septiembre de 2001, RJ 2001\9548).

Esto es lo que sucede en el presente caso. Como se señaló más atrás, la Resolución que ordenó la ejecución de obras de cerramiento acústico y la que ordenó el cese de la actividad hasta que se ejecutaran las obras fueron ambas consideradas ajustadas a Derecho por una primera Sentencia judicial. La segunda Sentencia que anuló a la primera y a ambas Resoluciones municipales no lo hizo porque estimara que éstas fueran materialmente ilegales, sino porque consideró que las medidas correctoras de una actividad autorizada tienen carácter sancionador y que, por ende, debieron ser adoptadas previa audiencia de la interesada, trámite que omitió la Administración, por lo que adolecían de un vicio de procedimiento determinante de su anulación.

La calificación de las medidas correctoras de una actividad autorizada como medidas sancionadoras o no, es una cuestión que no está rígidamente determinada en la normativa aplicable, como resulta de que la propia Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo no las considere como medidas sancionadoras si se dictan antes de conceder la licencia; y como resulta de que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no las haya calificado de sanciones y las haya declarado conforme a Derecho.

Como se dice en el Dictamen del Consejo de Estado nº 48.088, de 6 de febrero de 1986 (Recopilación de Doctrina Legal 1986, número marginal 151): *“ Sólo los actos*

que son manifiestamente contrarios a Derecho pueden fundamentar la responsabilidad patrimonial".

En nuestro Dictamen 228/2206, sin embargo, acerca de estos extremos, afirmábamos: "Si bien es forzoso reconocer la existencia de una inequívoca línea jurisprudencial en el sentido expuesto, no menos cierto es que conviven junto a dicha línea resoluciones judiciales de signo opuesto. Como la STS de 20 de febrero de 1989, que expresamente rechaza la necesidad de conceder a la Administración un "margen de tolerancia" que la exima de responsabilidad "en los casos en que nos hallemos ante cuestiones discutibles"; porque, como prosigue la sentencia diciendo, "esta tesis, que pudiera ser aplicada en algunos casos extremos, pugna con la declaración constitucional -art. 106- que concede a los ciudadanos el derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos. Por otra parte, la alusión a las "cuestiones discutibles" haría prácticamente inaplicable el precepto constitucional, puesto que (...) en todos los procesos se discute con mayores o menores fundamentos para la oposición y, de este forma, se convertiría en excepción -indemnización- lo que la Constitución, ahora, y antes la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la de Expropiación Forzosa habían establecido como norma general".

Desde este punto de vista, la STS de 20 de febrero de 1989 declara, con la autoridad que le es propia, que "no es, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, esto es, la realidad de los daños y la circunstancia de que el ciudadano no esté obligado a soportarlos, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa".

De conformidad a lo expuesto, y como el propio Consejo de Estado acierta a expresar en una de sus memorias anuales (1990), la mera insinuación de que, en consideración a la complejidad de la cuestión o cualquier otro aspecto de análogo significado, existen márgenes de excusabilidad que delimitan ámbitos en los que la Administración queda exonerada de responsabilidad comporta la introducción de elementos, no sólo extraños a la objetividad de la responsabilidad proclamada, sino capaces de llevar a su desnaturalización. Lo importante es resaltar las limitaciones y riesgos insitos en una fundamentación jurídica que acusa cierto reflejo de elementos en los que gravitan juicios o prejuicios sobre la actuación administrativa, tal vez por

imperceptible inercia que hace en algún grado presente la tradicional correlación entre responsabilidad y culpabilidad”.

Procede, por consiguiente, tener presente asimismo estas consideraciones procedentes de nuestro anterior Dictamen 228/2006. Si bien, en el supuesto sometido ahora a nuestra consideración, a las razones expuestas con anterioridad cabe añadir la siguiente:

Si las resoluciones municipales anuladas judicialmente se hubieran dictado a través del procedimiento sancionador, entonces el perjuicio que se alega, el cierre temporal del bar, hubiera sido el mismo. Ello determina la ausencia de antijuricidad de ese supuesto perjuicio porque *“no cabe apreciar antijuricidad en aquellos perjuicios que hubieran podido ser los mismos en el caso de que el acto se hubiera dictado válidamente”* (Dictamen del Consejo de Estado nº 48.582, de 28 de febrero de 1986; Recopilación de Doctrina Legal 1986, número marginal 150).

En definitiva, no existe lesión antijurídica porque las resoluciones anuladas judicialmente constituyen una aplicación razonada, razonable y, por ende, no arbitraria del Derecho, la cual no ha rebasado el margen legal de interpretación jurídica que ofrecía la normativa aplicada.

2. Un tercer requisito para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración por la anulación judicial de sus Resoluciones estriba también en que exista una relación de causa a efecto, directa y sin interferencias del propio perjudicado, entre el acto administrativo anulado y el perjuicio alegado (art. 139.1 LRJAP-PAC).

Los actos administrativos anulados por un vicio de forma se dictaron ante las reiteradas denuncias de los vecinos por los escándalos y voces que, provenientes del bar, les impedían el descanso nocturno.

Al margen de las condiciones concretas que determinaron el otorgamiento de los títulos habilitantes al efecto, los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 de la Constitución) son lesionados por los niveles de ruido evitables e insoportables que invadan el ámbito domiciliario (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1999 (Caso L.O.) y de 19 de febrero de 1998 (Caso G. y otros); Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo; y 16/2004, de 23 de febrero).

De ahí la obligación de los poderes públicos competentes de ejercer sus potestades de policía a fin de impedir que la actividad ruidosa de terceros lesionen esos derechos fundamentales [arts. 9.b) y d); 24; 26; 28; 39.4 y 52.9 de la Ley regional 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, LEPAC]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha condenado reiteradamente a Ayuntamientos a indemnizar a los particulares por las vulneraciones de esos derechos fundamentales causados por las actividades ruidosas de terceros cuyo desarrollo era posible por la inacción municipal de las potestades de policía dirigidas a corregirlas o suspenderlas.

En la STS de 16 de marzo 2009 (RJ 2009\2262), que de suso se citó extensamente, se afirma que en el examen de si existe el derecho de un ciudadano a ser indemnizado por los daños que le ha causado una actuación administrativa después anulada, *"no se puede omitir el juicio sobre el comportamiento del administrado lesionado, pues forma una unidad no susceptible de escisión con la actuación administrativa que ha provocado"*.

Aquí nos encontramos con que, no obstante el requerimiento para que insonorizase el bar y a pesar del precinto administrativo de éste por persistir la tolerancia ante los ruidos y voces de la clientela, la reclamante no cesó en la actividad ni ésta dejó de generar los escándalos nocturnos que los vecinos tornaron a denunciar con reiteración.

Ha sido la propia conducta de la reclamante la causante de que se dictaran los actos, anulados luego por vicio de procedimiento, no porque no fueran adecuados al Derecho sustancial y a la situación irregular que trataban de remediar. La infracción de su deber de abstenerse de lesionar los mencionados derechos fundamentales de sus vecinos, es la causa de los perjuicios por los que reclama. Con ocasión de una reclamación de responsabilidad patrimonial por la anulación judicial de un acto administrativo, el Consejo de Estado, en su Dictamen 46.553, de 26 de julio de 1984 (Recopilación de Doctrina Legal 1984, número marginal 251), afirmó: *"Es imposible declarar la responsabilidad patrimonial del Estado cuando los daños se deben total o parcialmente por acción u omisión al comportamiento del reclamante que pudo evitar el daño que por hoy reclama actuando en los términos que la Ley permite"*.

Asimismo, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial por la anulación judicial de la clausura temporal de la "Sala Bruto" de Zaragoza, el Consejo de Estado dictaminó: *"Carece el reclamante de un título legítimo que justifique un derecho de indemnización por cuanto ha incurrido en un patente incumplimiento de deberes"*.

jurídicos con daño para la colectividad -su tranquilidad y seguridad- que el poder público debe preservar". (Dictamen 55.221, de 13 de noviembre de 1990. Recopilación de Doctrina Legal 1990, número marginal 175).

V

En atención a las singulares circunstancias concurrentes en este caso, sin embargo, distinta consideración suscita el aspecto concreto atinente a la indemnizabilidad de los gastos contraídos por la interesada, con posterioridad a la obtención de la correspondiente autorización, para adaptar el local de su titularidad con vistas a evitar la producción del ruido.

Sin duda de ninguna clase, ha de partirse de la base de que la Administración está legitimada para interponer *ex post* nuevas medidas correctoras, si se acredita que las adoptadas con anterioridad resultan en efecto insuficientes para evitar el ruido. Y el sujeto autorizado, consecuentemente, tiene el deber de soportar el ejercicio legítimo de esta potestad administrativa y está obligado a ajustarse a las nuevas condiciones así establecidas. Sin que pueda oponerse a ellas, invocando los términos concretos en que se le concedió la correspondiente autorización, y en base también a un supuesto principio de intangibilidad o irrevocabilidad de los actos administrativos; porque, sencillamente, en todo caso no resultaría de aplicación dicho principio al supuesto sometido a nuestra consideración, toda vez que nos movemos en el campo de las denominadas "autorizaciones de funcionamiento".

Ahora bien, esto sentado, y reconocido también que el ejercicio del *ius variandi* no genera consecuencias indemnizatorias con carácter general, en atención en este caso al escaso tiempo transcurrido desde que se obtuvo la autorización, cabe deducir que los efectos ambientales derivados de la actividad autorizada fueron objeto de una inadecuada valoración por parte de la Administración en el momento en que se determinó inicialmente que el aislamiento del local era suficiente para cumplir la normativa de ruidos, y que ello compromete su responsabilidad.

Por esa razón, en efecto, y comoquiera también que el menoscabo patrimonial originado cumple asimismo el requisito de que se trata de un daño individualizado que entraña un sacrificio especial, y que no se trata de atender nuevos requerimientos de carácter ambiental introducidos mediante disposiciones de carácter general que, en cuanto que cargas generales impuestas a todos por razón de su pertenencia a la colectividad, resultaría obligado en todo caso soportar, cabe

exigir a la Administración una cierta compensación económica que contribuya a sufragar los gastos resultantes del acondicionamiento del local, en unos términos que la Administración terminó dando por buenos.

Como la falta de adopción de las medidas suficientes en definitiva no es imputable sino a la propia interesada, cuya actividad es a la postre la que provoca unos ruidos que ella incumbe evitar, es evidente que la compensación antes señalada no puede sino ser parcial. Y ante la dificultad de determinar una cuantificación precisa que module el alcance de su responsabilidad, ha de fijarse en un cincuenta por ciento, exclusivamente, de los gastos realizados para prevenir los ruidos.

C O N C L U S I Ó N

La pretensión resarcitoria debe ser desestimada porque no existe lesión antijurídica y el supuesto daño alegado ha sido causado por la conducta de la reclamante. En todo caso, no está demostrada la realidad del lucro cesante; y el resto de los conceptos reclamados no son indemnizables, salvo en lo que indica en el Fundamento último de este Dictamen.