



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 312/2021

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2021, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 15 de octubre de 2021 (Reg.202100321912 15-10-2021), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, por anormal funcionamiento de los servicios públicos (exp. 2021_280), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de junio de 2019, D. X presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Murcia por los daños que dice haber sufrido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de su titularidad.

Según se desprende del prolijo relato de antecedentes efectuado por el reclamante, una entidad bancaria abrió en el año 2000 una oficina en el inmueble donde se ubica su vivienda familiar (C/ --, de Murcia). Para dar servicio a dicha oficina se instalaron unos aparatos de aire acondicionado que, a juicio del reclamante, no se encontraban amparados por la licencia de actividad (apertura y funcionamiento de entidad bancaria) concedida por el Ayuntamiento el 11 de enero de 2002, toda vez que cuando aquélla se otorgó, se consideró que las instalaciones no superaban los 10 kw de potencia mecánica y que la superficie era inferior a 1.000 metros cuadrados, lo que determinaba que la actividad estuviera incluida en el Anexo III de la entonces vigente Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia (LPMARM), y en consecuencia, excluida de calificación ambiental.

Sin embargo, en el año 2017 y con ocasión de un proceso penal instado por querrela del propio interesado frente al funcionario municipal que consideraba responsable de la indebida concesión de la licencia, tuvo conocimiento de dos documentos técnicos que hasta ese momento le había ocultado el Ayuntamiento y que arrojaban como resultado que la instalación de aire acondicionado tenía en realidad una potencia de 163,78 kw y que la superficie de la oficina bancaria era de 1.277 metros cuadrados, lo que habría exigido someter el otorgamiento de la licencia a la tramitación establecida por la normativa ambiental, en particular, al procedimiento de calificación ambiental. Comoquiera que no se siguió dicho procedimiento, que exigía información pública y consulta directa a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento de la instalación o actividad -como también imponía el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas-, y emisión de la propia calificación ambiental que resulta vinculante en orden a la concesión de la autorización o licencia, la otorgada para la apertura de la oficina bancaria es nula y así debía haberse declarado por el Ayuntamiento.

Además, para dar salida a los gases y residuos del aire acondicionado, la entidad bancaria lo hace a través de dos ventanales que tapa con rejillas y que se encuentran justo bajo la vivienda del interesado, que desde el año 2000 y hasta finales de 2018, fecha en que el banco abandona las instalaciones, ha venido soportando el ruido y la

polución generados por el funcionamiento del indicado aparato de climatización.

Todas las irregularidades descritas las ha venido denunciando el interesado ante el propio Ayuntamiento, desde su inicio en el año 2000, solicitando la clausura de las instalaciones. Ante la contestación del Ayuntamiento que considera que *“las Oficinas del BBVA cumplen con lo dispuesto en Ordenanza Municipal sobre Protección del Medio Ambiente contra la emisión de Ruidos y Vibraciones”*, el hoy reclamante presenta recurso de reposición el 26 de mayo de 2006, y frente a su desestimación presunta interpone recurso contencioso-administrativo.

Mediante sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Murcia, de 27 de octubre de 2008, se desestima la pretensión actora de declaración de nulidad de la licencia al considerar que ésta se concedió con ajuste a las normas ambientales que le eran aplicables, y que no exigían su sometimiento previo a calificación ambiental. Dicho fallo, según el interesado, se produjo *“por la ocultación por parte del Ayuntamiento de Murcia de una gran parte de la documentación existente en el procedimiento administrativo”* y que revelaba que las instalaciones, en realidad, sí debían someterse al procedimiento de calificación ambiental.

Dicha documentación, como ya se ha dicho, llega a conocimiento del actor el 22 de febrero de 2017 en el seno del proceso penal iniciado mediante querrela del actor frente al funcionario titular del Servicio de Actividades e Infraestructuras y que termina con el sobreseimiento del querrellado, primero mediante auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, de 20 de octubre de 2017, que es confirmado luego en apelación por la Audiencia Provincial, en auto de 23 de septiembre de 2018.

Concluye el reclamante que *“A lo largo de todo este proceso se ha denunciado la licencia y el funcionamiento de la oficina BBVA, ilegal, los graves perjuicios derivados de la actividad desarrollada en estas oficinas, se ha acreditado sobradamente que en el desarrollo de la actividad se ha vulnerado de manera reiterada los límites de emisión sonora. Que la producción de olores y polución procedentes de la maquinaria de aire acondicionado, expulsados y conducidos a través de grandes ventanales cubiertos con rejillas de madera, situados en las calles -- y --, que se encuentran justamente debajo de la vivienda familiar del que suscribe, es por donde recibía directamente todos los residuos expulsados por la maquinaria de aire acondicionado”*. Considera, asimismo, que ha visto vulnerado el derecho reconocido por el artículo 18 de la Constitución a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar.

Solicita que se acuerde la nulidad de pleno derecho de la licencia de apertura y funcionamiento de la oficina bancaria y que se declare la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento con el reconocimiento de una indemnización de 181.170 euros, en concepto de daños personales y patrimoniales (150.000 euros) y, el resto, en diversos conceptos que cabría calificar en su conjunto como costas procesales y gastos derivados de los escritos y trámites efectuados ante el Ayuntamiento.

Acompaña la reclamación de diversos escritos remitidos al Ayuntamiento y resoluciones judiciales, cuyo contenido, en apretada síntesis ya se ha descrito en los párrafos precedentes, así como de un informe técnico pericial de parte, fechado en abril de 2017, que pone de manifiesto diversas omisiones y contradicciones en los proyectos de instalación de aire acondicionado de la oficina bancaria, en relación con las emisiones sonoras de los aparatos que, de forma teórica, podrían alcanzar niveles superiores a los permitidos en el área residencial en que se ubica la oficina. El aludido informe finaliza con las siguientes conclusiones: *“a) los planos del Proyecto de Actividad son contradictorios, y no reflejan total y fielmente la actuación realmente realizada en la oficina bancaria; b) el Proyecto de Actividad no incluye las hojas de características que contengan datos sobre los niveles sonoros emitidos por los equipos de climatización instala dos, que serían relevantes a la hora de calcular el nivel sonoro global, teórico, de la instalación; y c) el nivel teórico de ruido emitido por el sistema de climatización, calculado por el ingeniero proyectista, pudiera ser incorrecto, teniendo en cuenta los datos aportados por el mismo”*.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de agosto de 2019 se admite a trámite la reclamación y se designa instructora, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Del mismo modo, la instructora resuelve abrir un período de prueba intimando al reclamante para que proponga la prueba que estime pertinente y se le requiere para que declare no haber recibido indemnización ni haber incoado algún otro procedimiento sobre los mismos hechos que fundamentan su reclamación, así como para que evalúe económicamente los daños reclamados.

Contesta el reclamante a estos requerimientos mediante escrito de 17 de octubre de 2019 en el que propone prueba documental (acompaña copia de 28 documentos), declara no haber percibido indemnización por los mismos hechos y aporta *“justificante de gastos judiciales devengados durante el proceso”*.

El 18 de noviembre de 2019 presenta nuevo escrito ante el Ayuntamiento en el que amplía su proposición de prueba documental a todo el expediente administrativo *“en que el acto recurrido ha sido dictado”* y que comprende *“todos los actos administrativos, recursos y, procedimientos judiciales contra los mismos que se han producido desde al año 2000, al día de hoy”*, es decir, el expediente relativo a la licencia para la instalación de la oficina bancaria, el recurso contencioso-administrativo ya referido supra, y el proceso penal originado por la querella contra el jefe de Servicio de Actividades e Infraestructuras de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia.

TERCERO.- Solicitado informe a los Servicios Jurídicos Municipales, se evacua el 25 de septiembre de 2019. En él se ilustra acerca de los dos procedimientos judiciales (contencioso-administrativo y penal) relativos al caso, enumerando las resoluciones recaídas en las respectivas jurisdicciones.

En relación con el proceso contencioso-administrativo en el que se desestiman las pretensiones actoras sobre la anulación de la licencia concedida y sobre la indemnización por los daños padecidos como consecuencia de la actividad autorizada, señala el informe:

“...se siguió un Procedimiento Contencioso-Administrativo con núm. 13/2007 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de los de Murcia, que impugnaba la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Murcia a la Agencia del Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria situada en la Gran Vía del Escultor Salzillo núm. 22, para la instalación y puesta en funcionamiento de una maquinaria de aire acondicionado, por incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. Es preciso señalar que en este procedimiento ya se hacía una petición indemnizatoria cuantificada en 18.000 euros por daños físicos y morales sufridos por el demandante y sus familiares durante los cinco años que está funcionando el aire acondicionado.

(...) recayó el 27 de octubre de 2008, Sentencia que desestimó íntegramente la demanda. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 fue impugnada en apelación, siguiéndose Rollo de Apelación 78/2009 que dio lugar a la Sentencia de 13 de noviembre de 2009 de la Sala, Sentencia núm. 984/09. Dicha Sentencia igualmente desestima el recurso de D. X y declara en su Fundamento de Derecho segundo: “Y sobre la solicitud de que se condenase al Ayuntamiento de Murcia a pagar en concepto de indemnización la cantidad de 18.000 euros por daños físicos y morales sufridos por el demandado y sus familiares durante los cinco años que está en funcionamiento el aire acondicionado, debe igualmente desestimarse, al no declararse la nulidad del acto administrativo impugnado, cuando a mayor abundamiento no se acreditan en este proceso ni los ruidos ni los daños morales y psíquicos que reclama.

Por tanto, siquiera sea, respecto del periodo que se señala en la Sentencia de apelación cabría apreciar la excepción de cosa juzgada del artículo 222 de la LEC. Tras el periodo de cinco años a los que afecta la Sentencia [años 2000 a 2005] el reclamante debería, por lo menos, acreditar un cambio de circunstancias sustancial para fundamentar una nueva petición indemnizatoria como la que se hace ahora, puesto que los hechos han sido juzgados con las mismas partes y por los mismos motivos”.

En relación con el proceso penal, se informa lo siguiente:

“...se siguieron Diligencias Previas 1201/2011 ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, en las que este Letrado Municipal compareció en representación del funcionario municipal D. Z. Dichas Diligencias se incoaron por querella de D. X contra el citado funcionario como firmante de la Ponencia Técnica en el Expediente de concesión de licencia para la instalación de la maquinaria de aire acondicionado, seguido ante el Servicio de Actividades de la Concejalía de Urbanismo con núm. 695/2001. Dicho procedimiento fue sobreseído provisionalmente mediante Auto de 20 de octubre de 2017 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, en los fundamentos de dicho Auto se dispone: “En cuanto al delito de Contaminación acústica no existen indicios de criminalidad en la conducta del investigado pues existen mediciones unidas a las actuaciones realizadas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones que arrojan unos valores que no rebasan el umbral de la tipicidad

penal del artículo 325 del Código Penal, siendo dichos informes objetivos e imparciales frente a los aportados por la parte querellante.

Respecto del delito de prevaricación tampoco concurren los requisitos de este tipo penal que exige una resolución injusta e ilegal de manera flagrante y clamorosa sin que baste la vulneración de formalidades legales ya que esos defectos deben corregirse en vía administrativa, y existe una Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 27 de octubre de 2012 (es un error, la Sentencia es de 3 de noviembre de 2009) que declara ajustada a derecho la licencia concedida, la cual tuvo en cuenta informes previos favorables de los Servicios Técnicos Municipales, los cuales se presumen objetivos e imparciales.”

El Auto de sobreseimiento fue recurrido en reforma y desestimado mediante Auto de 20 de febrero de 2018, y frente a esta desestimación se formuló Recurso subsidiario de Apelación que fue resuelto mediante Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de fecha 13 de septiembre de 2018, (se adjunta como documento núm. 5). Es de destacar lo dispuesto en este Auto respecto de los delitos que se imputan y especialmente el de contaminación acústica y medioambiental, dice al respecto: “En el presente procedimiento, no ha quedado acreditado que exista dicha contaminación acústica. Basta para ello acudir a la extensa exposición del Ministerio Fiscal sobre apertura de diversos expedientes administrativos en el Ayuntamiento a instancias del querellante, y las mediciones de ruido que se hicieron. Frente a tales hechos, se ampara el recurrente en un informe pericial unido a la querella, que llega a la conclusión de que, en una medición de ruido, se sobrepasaron en 3 dB, el nivel permitido. Pues bien se concluye que dicho informe no es suficientemente importante para continuar con la investigación, pues se contrapone al resto de mediciones efectuadas, (algunas incluso sin la colaboración del propio querellante).

Se añade también que la expulsión del aire de los aparatos de aire acondicionado está creando polución que se dirige directamente a la ventana del dormitorio del querellante; y se alega que podríamos estar ante una situación de la existencia de un delito continuado contra el medio ambiente sin que se haya practicado diligencia de investigación alguna para su acreditación. Pues bien, ni siquiera el informe pericial unido a la querella permite afirmar la existencia de ese ilícito penal, pues concluye que, “en lo referente a la calidad del aire expulsado al exterior a través de las rejillas de las ventanas transformadas en conductos de aire, aunque en principio la actividad que se desarrolla en la oficina bancaria no genera sustancias nocivas, pudiera darse el caso de que por defectos en el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado, sus conductos y filtros estuviesen contaminados de hongos o bacterias, que podrían ser causantes de polución y malos olores que se perciben en la vivienda de D. X. Dada la ausencia de la más mínima acreditación de este posible delito, la instrucción penal no puede llevarse a cabo a fin de intentar acreditar dicha mínima existencia. La investigación no puede ser prospectiva y general, sino dirigirse a un hecho concreto en el que aparezcan indiciariamente involucradas personas concretas”.

Se adjunta al informe copia de las resoluciones judiciales recaídas.

CUARTO.- Con fecha 4 de febrero de 2020 se confiere al interesado trámite de audiencia, quien comparece ante la instrucción para solicitar y obtener copia del informe reseñado en el Antecedente tercero de este Dictamen.

Presenta el actor escrito de alegaciones para ratificarse en las efectuadas en su reclamación inicial y reiterar su pretensión indemnizatoria. Manifiesta, asimismo, que tras la presentación de su reclamación, el 24 de julio de 2019 ha interpuesto recurso de reposición frente a la inadmisión por el Ayuntamiento de su solicitud, formulada el 30 de noviembre de 2018, de que se declare la nulidad de pleno derecho de la licencia de apertura de los locales de la oficina bancaria, así como el cese o clausura de la actividad, con fundamento en la falta de notificación personal que debía haberle realizado la Administración municipal antes de la concesión de licencia, conforme a lo establecido en la normativa ambiental.

El recurso es desestimado de forma expresa el 2 de septiembre de 2019 y frente a dicha resolución desestimatoria se ha interpuesto por el interesado recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- El 22 de julio de 2020 el interesado solicita la acumulación del expediente de responsabilidad patrimonial incoado en 2019 con el de solicitud de nulidad de la licencia incoado por él mismo en el año 2001.

SEXTO.- El 21 de enero de 2021 la aseguradora del Ayuntamiento le comunica a éste que la póliza de seguro de responsabilidad que vincula a ambas entidades no ampara la reclamación pues tanto el hecho generador de los daños como éstos mismos tienen lugar en una fecha anterior a la contratación de la póliza.

SÉPTIMO.- El 10 de agosto de 2021 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, sobre la base del informe de los Servicios Jurídicos municipales reseñado en el Antecedente tercero de este Dictamen y que la propuesta de resolución transcribe como única fundamentación jurídica de la misma.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen mediante oficio recibido el pasado 15 de octubre de 2021.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El dictamen se solicita con carácter preceptivo a la luz de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 81.2 LPACAP, toda vez que la cuantía de la reclamación dirigida frente al Ayuntamiento es superior a 50.000 euros.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La legitimación activa corresponde al interesado, dado que es la persona que sufrió los alegados daños que imputa al funcionamiento de la instalación de climatización, dada la ubicación de la vivienda de la que disfruta como arrendatario justo encima de la salida del aire acondicionado.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Murcia que es titular de las potestades de intervención en cuyo ejercicio dictó la licencia de actividad que permitió la instalación y funcionamiento de los aparatos de aire acondicionado generadores del ruido y molestias alegadas por el hoy actor. Así, el artículo 84.1, letra b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), habilita a las Corporaciones Locales a intervenir la actividad de los ciudadanos a través de su sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. Atendida la finalidad perseguida por el sometimiento de la instalación de climatización a previa licencia, en el momento en que se produjeron los hechos de los que aquí se trata, los apartados f) y h) del artículo 25.2 de la misma Ley atribuían a los municipios el ejercicio de competencias en las materias de protección del medio ambiente y la salubridad pública. Desde el 31 de diciembre de 2013, en virtud de la modificación llevada a efecto por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, el nuevo apartado b) del artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye específicamente a los municipios competencias en materia de medio ambiente urbano y, particularmente, de protección contra la contaminación acústica.

Además, esa atribución de competencia le viene reconocida a las Corporaciones Locales de acuerdo con lo que se establece en el artículo 42.3,a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que señala que el control sanitario del medio ambiente corresponde a los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas. De igual modo, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, declara la competencia general de los órganos municipales en esa materia (artículo 5.3) y les atribuye, además, el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 37).

Por su parte, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, reconoce en su artículo 4.4,b) la competencia residual de los Ayuntamientos, en el caso de que el ámbito territorial del correspondiente mapa de ruido no exceda del término municipal (y se la atribuye, en caso contrario, a la Comunidad Autónoma). Además, el artículo 6 establece que corresponde a los Ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias que son objeto de esa Ley. El artículo 18 atribuye a las Administraciones competentes (los Ayuntamientos en la mayoría de los casos), potestades de intervención, en forma de licencias, autorizaciones y permisos que habiliten para el ejercicio

de actividades o la instalación y funcionamiento de equipos y máquinas susceptibles de producir contaminación acústica. El artículo 30.1.a) dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora en las materias propias de la citada Ley *"corresponde con carácter general, a los ayuntamientos"*.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada, determina en su artículo 4 que incumbe a las entidades locales adoptar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente en materia de ruidos, vibraciones, humos, calor y olores, entre otros, y les atribuye, para el control de la incidencia ambiental de las actividades, el otorgamiento de las licencias de actividad, así como la vigilancia e inspección ambiental, el restablecimiento de la legalidad ambiental y la imposición de sanciones ambientales en materias de su competencia. En particular, su artículo 145.2 impone a los Ayuntamientos hacer efectivo el cumplimiento de las ordenanzas locales y demás normativa ambiental de aplicación, adoptando las medidas necesarias, tales como la rectificación, elevación, sellado o eliminación de conductos o salidas de humos y olores, el precinto o retirada de aparatos de climatización u otras máquinas productoras de ruidos excesivos, u otras que resulten precisas.

Antes de esta Ley y dada la fecha en la que se concedió la licencia a la que se imputan los daños (año 2001), la LPMARM atribuía en su artículo 23 a los Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes la calificación ambiental de las actividades, como requisito previo a la concesión de las licencias de actividad e instalaciones, cuando éstas quedaran sometidas a dicho trámite ambiental. Por último, en el ámbito de la lucha contra el ruido cabe hacer alusión al Decreto nº 48/1998, de 30 de julio, de protección del medio ambiente frente al ruido.

Asimismo, a la fecha de la licencia seguía vigente el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que atribuía a los Ayuntamientos la competencia para dictar las ordenanzas reguladoras de tales actividades y la concesión de las licencias para el ejercicio de las actividades reguladas.

II. De conformidad con el artículo 67.1 LPACAP, los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. Éste prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, precisando que "en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas", reiterando de forma literal lo que ya establecía el hoy derogado artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), lo que posibilita mantener la consolidada interpretación que, respecto de esta regla sobre el cómputo del plazo prescriptivo del derecho a reclamar, ha venido estableciendo la jurisprudencia contenciosa respecto del indicado artículo.

Como resulta conocido, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración, la jurisprudencia y la doctrina consultiva ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados. Los primeros podrían caracterizarse como aquellos en los que el acto generador se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados serían aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. En este último caso, resulta necesario dejar pasar un período de tiempo prudencial para que puedan valorarse las consecuencias del hecho causante y por ello el plazo para reclamar no empieza a contarse sino desde el día en el que cesan sus efectos.

En este sentido, no resulta necesario hacer hincapié en el hecho de que tanto la jurisprudencia como la doctrina consultiva (por todos, nuestro Dictamen 71/2017) han reconocido que los perjuicios producidos por ruidos y vibraciones integran un supuesto de daño continuado hasta que se produce su cese, ya que como se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de mayo de 2003, *"lo que determina el daño, lesión o perjuicio son los ruidos cuando se prolongan en el tiempo sin que la Administración competente haga nada para evitarlos"*.

Por lo tanto, la fecha de comienzo del cómputo de la acción para reclamar (*dies a quo*) la responsabilidad patrimonial de la Administración debe situarse en el momento en que dejan de producirse esas actuaciones dañosas pues sólo a partir de entonces, en virtud del principio de la *actio nata*, consagrado en el artículo 1969 del Código Civil y al que tantas veces se ha referido este Órgano consultivo, puede conocer el perjudicado los elementos que hacen posible su ejercicio, en concreto el alcance o extensión del daño y su carácter ilegítimo.

Si el plazo de prescripción comienza a correr desde que la acción pudo ejercitarse y, por tanto, desde que cesaron

las molestias que venía padeciendo el interesado, momento que cabe identificar con el del cierre de la oficina bancaria a finales de 2018 o principios de 2019 -en el expediente existen fechas contradictorias, pues en alguna ocasión se manifiesta que dicho cierre se produjo en noviembre de 2018 y en otras en febrero de 2019- resulta evidente que la acción de resarcimiento ejercitada el 17 de junio de 2019 lo fue en plazo y cuando el derecho a reclamar todavía no había prescrito.

III. Se ha seguido el procedimiento previsto en la LPACAP para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sin que se observen carencias esenciales, obrando en el expediente el trámite de audiencia al interesado.

En relación con el informe preceptivo del servicio causante de la presunta lesión indemnizable, que exige el artículo 81.1 LPACAP, no consta en el expediente el del Servicio de Actividades e Infraestructuras o unidad similar en la actual estructura del Ayuntamiento, como Servicio responsable de la concesión de la licencia de actividad que posibilitó la puesta en marcha de las instalaciones de climatización en el año 2001. No obstante, considera el Consejo Jurídico que, aunque formalmente la instrucción debió recabar este informe, su ausencia en el expediente no ha de derivar necesariamente en la retroacción del procedimiento de responsabilidad patrimonial, toda vez que ya con ocasión de los procesos judiciales (contencioso-administrativo y penal) que promovió el actor y que han examinado desde las perspectivas propias de cada jurisdicción el otorgamiento de la licencia de actividad en cuestión, tuvo ocasión el indicado Servicio de Actividades de justificar su actuación, obrando en el expediente los informes correspondientes.

Además, se ha evacuado a solicitud de la instrucción un informe por los Servicios Jurídicos municipales que asumieron la representación y defensa del Ayuntamiento y del funcionario querellado en los procesos judiciales instados por el hoy actor. Atendida la fundamentación de la reclamación presentada, que se basa en esencia en la pretendida ilegalidad de la licencia concedida -declaración que no consiguió el actor obtener en su día de los órganos jurisdiccionales que sancionaron la concesión de la discutida licencia de actividad-, el indicado informe jurídico resulta especialmente relevante para la decisión del procedimiento y viene a suplir, al menos desde un punto de vista sustantivo, el papel a menudo determinante del informe del servicio causante de los presuntos daños. Que ello es así, se advierte en que la propuesta de resolución basa toda su argumentación desestimatoria en el referido informe jurídico, que transcribe en su integridad.

TERCERA.- De la pretensión anulatoria de la licencia deducida en la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Antes de entrar a conocer sobre la responsabilidad patrimonial instada por el actor es necesario precisar que en su escrito inicial, primero, y luego con ocasión del trámite de audiencia, el Sr. X solicita del Ayuntamiento de Murcia que se acuerde la nulidad de pleno derecho de la licencia de apertura y funcionamiento de la oficina bancaria y que se declare la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia del funcionamiento de la instalación de climatización que nunca debió ser autorizada.

Como es bien sabido, el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es el adecuado para declarar la invalidez de los actos administrativos, lo que debe llevarse a efecto a través de las vías ordinarias o extraordinarias de impugnación, ya sea en vía administrativa ya en la judicial. A tal efecto, señala el Consejo de Estado que *"es contrario a la Ley 30/1992 utilizar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración para "impugnar indirectamente" un previo acto firme. Existiendo éste no hay antijuridicidad en el actuar de la Administración y si bien la anulación de los actos puede producir la obligación de indemnizar, lo que no ocurre es lo contrario, que existiendo como válido y eficaz un acto administrativo cuya nulidad sería necesaria para poder fundamentar una reclamación de indemnización, se pretenda ésta sin impugnar aquél"* (Dictamen 1069/2008).

Y así ocurre en el supuesto sometido a consulta, en el que se ejercita la acción de responsabilidad con fundamento en la pretendida ilegalidad de la licencia concedida, obviando el actor que dicha licencia ya ha sido objeto de sanción judicial, pues en el recurso contencioso-administrativo presentado en su día por el interesado pretendía obtener la declaración de nulidad de dicha licencia por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido (art. 62.1, letra e, LPAC, hoy 47.1, letra e, LPACAP), singularmente en atención a la omisión tanto de un trámite participativo como del procedimiento de calificación ambiental, exigidos ambos por la LPMARM. Con desestimación de tales argumentos, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Murcia, primero, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, después, avalan la actuación municipal de otorgar la licencia discutida en las sentencias 728/2008, de 27 de octubre y 984/2009, de 13 de noviembre.

La licencia otorgada, por tanto, es un acto firme y válido, que además cuenta con la protección del efecto de cosa juzgada material, por lo que no cabe que la Administración pueda desconocer sus efectos ni proceder a su revisión sobre la base de las mismas fundamentaciones que ya se esgrimieron en el anterior proceso contencioso, toda vez que de conformidad con la STS núm. 1846/2016, de 19 julio, *"el principio de cosa juzgada material tiene lugar cuando el caso planteado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado en otro anterior, mediante sentencia firme. Este principio, tributario del de seguridad jurídica, evita que la discusión jurídica se alargue indefinidamente mediante la interposición de sucesivos recursos sobre cuestiones que ya han sido resueltas, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias"*.

Afirma el reclamante que las sentencias recaídas respecto de la licencia que le fue otorgada estuvieron condicionadas por el desconocimiento de documentos técnicos del proyecto eléctrico de instalación de climatización que fueron ocultados de forma intencionada por el Ayuntamiento y que demostrarían que, en atención a la potencia de la instalación eléctrica y a la superficie de la oficina bancaria, resultaba preceptivo el omitido procedimiento de calificación ambiental previo a la concesión de la licencia. Tales alegaciones, sin embargo, no son suficientes para desvirtuar el efecto de cosa juzgada de una resolución judicial firme y permitir a la Administración revisar el acto administrativo de licencia. Para poder hacerlo sería preciso, con carácter previo, acudir al procedimiento de revisión de sentencias, conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), en cuya virtud, h abrá lugar a la revisión de una sentencia firme si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado (art. 102.1, letra a, LJCA). No consta que esta posibilidad haya sido seguida por el interesado.

En atención a lo expuesto, no puede acogerse la pretensión anulatoria de la licencia municipal otorgada en el año 2001, que ha de considerarse como acto válido y firme.

CUARTA.- De los elementos de la responsabilidad patrimonial. Caracterización general.

El ordenamiento jurídico español contempla un sistema de responsabilidad patrimonial por los daños que se causen como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que encuentra su fundamento en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución y que se regula en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en términos sustancialmente coincidentes, en lo que aquí concierne, al régimen establecido en la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina de los órganos consultivos dictados en interpretación de esta última resultan extensibles en esencia a la normativa hoy vigente.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP. De conformidad con lo que se establece en ese bloque normativo, en la constante jurisprudencia que lo interpreta y en la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, son requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas los siguientes:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Pese a que el tenor literal del citado artículo 32 LRJSP se refiere exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las

lesiones causadas por el no funcionamiento de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando fuera exigible que la Administración hubiese actuado de manera positiva para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

QUINTA.- De las actuaciones anómalas que se imputan a los servicios públicos municipales.

Ya hemos señalado *supra* que el actor identifica como causa inmediata de los daños que dice haber sufrido el funcionamiento de los aparatos de aire acondicionado que se instalaron justo debajo de su vivienda para dar servicio a una oficina bancaria, con los consiguientes ruidos, vibraciones y malos olores que tal máquina produjo durante los 18 años que estuvo en funcionamiento.

Como causa mediata, el interesado alega que el funcionamiento de la indicada instalación fue posible porque de forma ilícita el Ayuntamiento de Murcia otorgó la preceptiva licencia, prescindiendo para ello de trámites esenciales del procedimiento de licencia como la comunicación directa al mismo de la solicitud efectuada por el banco, en su condición de vecino más próximo a la instalación, así como del trámite de evaluación y calificación ambiental que siempre consideró obligado en atención a las características de la instalación.

Así mismo, aunque de forma menos explícita, parece imputarse al Ayuntamiento su pasividad a lo largo de los años de funcionamiento de la instalación, pues a pesar de las denuncias formuladas y de haber acreditado que se superaban los límites de emisión sonora no clausuró la instalación y permitió que ésta siguiera generando ruidos, vibraciones y olores que se introducían en su vivienda.

La alegación de ilegalidad de la licencia concedida, permite calificar la reclamación, al menos en parte, como de responsabilidad derivada de acto administrativo. El fundamento de este tipo de responsabilidad patrimonial parte de considerar que de haber actuado la Administración conforme al ordenamiento jurídico el acto ilegal no se habría producido y, en consecuencia, los daños asociados al mismo tampoco. Es evidente que, en el caso sometido a consulta, de no haberse concedido la licencia de actividad para la apertura de la oficina bancaria no habría llegado a instalarse y funcionar la climatización que le daba servicio, evitando así el daño.

Ahora bien, para que pueda reclamarse por los daños derivados de un acto ilegal es requisito necesario que tal ilicitud haya sido declarada previamente, bien por la propia Administración con ocasión de la resolución de un recurso o del ejercicio de sus potestades de revisión, bien mediante sentencia judicial. Y ya hemos establecido en la Consideración tercera de este Dictamen que tal pronunciamiento de invalidez no se ha producido en el supuesto sometido a consulta en el que, antes al contrario, la adecuación del otorgamiento de la licencia al ordenamiento jurídico ha sido sancionada de forma definitiva y firme por sentencia judicial.

La legalidad de la licencia concedida determina, además, que los ruidos, vibraciones y olores que las máquinas de climatización emanaban hubieran de ser soportados por el interesado, siempre y cuando tales elementos se encontraran dentro de los parámetros de funcionamiento establecidos por la normativa aplicable en materia de medio ambiente. De modo que para poder sostener una reclamación de responsabilidad patrimonial por unos eventuales daños derivados de padecer las indicadas inmisiones contaminantes en el domicilio familiar, sería necesario acreditar que aquéllas superaban los niveles máximos permitidos por el ordenamiento. De no ser así, el eventual daño carecería de la nota de antijuridicidad y, en consecuencia, habría de ser soportado por el ciudadano.

En el supuesto sometido a consulta no obra acreditación suficiente de que se superaran los parámetros máximos permitidos por la normativa ambiental aplicable. Así, en primer lugar, el interesado no aporta junto a su reclamación medición alguna de ruidos en el interior de su vivienda, ni alega con la precisión y concreción que sería necesaria qué niveles se superaban, en qué medida y cuándo. Se limita el Sr. X a señalar de forma genérica que *“se ha acreditado sobradamente que en el desarrollo de la actividad se ha vulnerado de manera reiterada los límites de emisión sonora”*, remitiéndose a lo que ya consta en los expedientes administrativos seguidos ante el Ayuntamiento ahora consultante.

Frente a lo señalado por el actor, de la documentación remitida a este Consejo Jurídico se infiere que por los servicios técnicos municipales se realizaron diversas mediciones de ruido que arrojaron parámetros dentro de los establecidos en la Ordenanza Municipal sobre ruidos. No constan en el expediente remitido tales mediciones, pero se conoce su existencia por las referencias contenidas en las resoluciones judiciales recaídas en relación con los hechos. Así resulta de la lectura de la STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 984/2009, de 13

de noviembre:

“Y los informes técnicos favorables del Servicio de Inspección Técnica de Actividades Expediente I40/04-DA, obrantes al folio 9,10,y 11 del expediente administrativo, en los que consta que tras la visita de inspección efectuada el día 2/11/04, a las 13,35 horas, y la toma de valores de niveles de ruido se concluye: “que la actividad que se desarrolla en las oficinas del BANCO BILBAO VIZCAYA, sito en la Avenida Gran Vía Escultor Salzillo n.º 22 cumplía con el art. 7 y 8 de la Ordenanza Municipal sobre Protección del Medio Ambiente contra emisión de ruidos y vibraciones. Y en el que se hace constar que el resultado de la presente inspección es similar al obtenido de la anterior y reflejado en el expediente 1677/03-D con informe de fecha 13-06-2003 Informes que no han sido desvirtuados por otros medios probatorios”.

También el Auto de la Audiencia Provincial de fecha 13 de septiembre de 2018, que se expresa en los siguientes términos:

“En el presente procedimiento, no ha quedado acreditado que exista dicha contaminación acústica. Basta para ello acudir a la extensa exposición del Ministerio Fiscal sobre apertura de diversos expedientes administrativos en el Ayuntamiento a instancias del querellante, y las mediciones de ruido que se hicieron. Frente a tales hechos, se ampara el recurrente en un informe pericial unido a la querella, que llega a la conclusión de que, en una medición de ruido, se sobrepasaron en 3 dB, el nivel permitido. Pues bien, se concluye que dicho informe no es suficientemente importante para continuar con la investigación, pues se contrapone al resto de mediciones efectuadas, (algunas incluso sin la colaboración del propio querellante).

Se añade también que la expulsión del aire de los aparatos de aire acondicionado está creando polución que se dirige directamente a la ventana del dormitorio del querellante; y se alega que “podríamos estar ante una situación de la existencia de un delito continuado contra el medio ambiente”, sin que se haya practicado diligencia de investigación alguna para su acreditación. Pues bien, ni siquiera el informe pericial unido a la querella permite afirmar la existencia de ese ilícito penal, pues concluye que, “en lo referente a la calidad del aire expulsado al exterior a través de las rejillas de las ventanas transformadas en conductos de aire, aunque en principio la actividad que se desarrolla en la oficina bancaria no genera sustancias nocivas, pudiera darse el caso de que por defectos en el mantenimiento de los equipos de aire acondicionado, sus conductos y filtros estuviesen contaminados de hongos o bacterias, que podrían ser causantes de poluci? ?n y malos olores que se perciben en la vivienda de D. X”. Dada la ausencia de la más mínima acreditación de este posible delito, la instrucción penal no puede llevarse a cabo a fin de intentar acreditar dicha mínima existencia...”.

En el expediente administrativo remitido al Consejo Jurídico consta que con ocasión del trámite de audiencia concedido al interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, aquél aporta diversa documentación que en su día anexó a la querella. Obra entre dicha documentación un fragmento de un informe pericial de parte que, aun cuando se desconoce si es el mismo a que hace alusión la resolución judicial, no recoge en las escasas páginas aportadas medición acústica alguna, limitándose a describir la situación de las salidas de aire de la maquinaria de climatización, la del domicilio del entonces querellante y las distancias entre ésta y los focos de ruido.

Existe otro informe pericial, éste aportado junto a la reclamación inicial, que se limita a efectuar observaciones sobre los proyectos técnicos de instalación eléctrica para climatización de la oficina bancaria y cuyas conclusiones hemos reproducido en el Antecedente primero de este Dictamen, que tampoco contiene referencia alguna a mediciones acústicas en el domicilio del interesado, sino que se limita a efectuar “comentarios” sobre determinados defectos o contradicciones que advierte en la documentación técnica y sobre el nivel teórico de ruido que podrían llegar a emitir los aparatos, pero que resultan inadecuados o insuficientes para considerar acreditado que las inmisiones sonoras en el domicilio del interesado excedían de los parámetros reglamentarios.

La insuficiencia de la actividad probatoria va a ser determinante en la decisión sobre la reclamación planteada, con fundamento en el principio de la carga de la prueba, en virtud del cual debe hacerlo quien reclama (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En materia de responsabilidad patrimonial el artículo 67.2 LPACAP atribuye expresamente la carga de la prueba al interesado. La jurisprudencia recaída en este sentido es muy copiosa y, también abunda en esa línea el Consejo

de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *"la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos "necessitas probandi incumbit ei qui agit" y "onus probandi incumbit actori" y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002).

Por otro lado, resultaría muy simplista un análisis sobre la carga de la prueba en este tipo de procedimientos -los iniciados a instancia de parte- que obviara la cuota de carga probatoria que a la Administración corresponde por imperativo del artículo 75 LPACAP, a fin de dotarse a sí misma de los elementos necesarios para obtener una resolución. Ahora bien, este deber que grava a la Administración no la obliga a suplir la globalidad de una prueba que no le corresponde. Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de julio de 1999, si la prueba aportada en defensa de sus derechos por la parte gravada con su carga no es suficiente, la Administración no está obligada a desplegar probanza alguna.

Como consecuencia de todo lo anterior no se entiende probada la realidad del daño y, en consecuencia, la relación de causalidad entre los daños sufridos supuestamente -pues tampoco han sido objeto de una mínima acreditación los daños personales y patrimoniales reclamados- por el interesado y el funcionamiento del servicio público.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no se aprecia la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, ni su antijuridicidad, conforme se razona en la Consideración quinta de este Dictamen.

Del mismo modo, no procede declarar la nulidad de la licencia de actividad concedida en su día por el Ayuntamiento, dados no sólo la inhabilidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial para efectuar este tipo de declaraciones, sino también el efecto de cosa juzgada material que deriva de la sentencia recaída en su día y que sancionó de forma definitiva y firme la validez de dicho acto autorizatorio municipal, según lo señalado en la Consideración tercera de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.