

Expediente Núm. 329/2010
Dictamen Núm. 301/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de octubre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 4 de noviembre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los perjuicios derivados de la pérdida de clientela durante la prolongada ejecución de una obra pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de diciembre de 2009, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la titular de un establecimiento de hostelería afectado por las obras de ejecución de un paso subterráneo “para unir el barrio de La Calzada con el de Tremañes”.

Relata la interesada que “las obras de dicho paso subterráneo se iniciaron en el mes de junio de 2008, y desde el día 26 de febrero de 2009 está

cortado el paso de vehículos por las inmediaciones (...) y también está dificultado el paso de peatones por el lugar debido a las vallas de la obra y a los escombros”, por lo que la sidrería que regenta “ha quedado prácticamente incomunicada del resto del barrio y la clientela ha bajado considerablemente desde el inicio de la obra”.

Añade que el Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento afirmó, en una visita a la obra, que “estaría terminada para agosto de 2009” pero, a la fecha de la reclamación, “las obras siguen sin acabarse y el tramo (...) donde se ubica la sidrería sigue cortado, con vallas y zanjas y las aceras levantadas (...), hasta el punto de que ha sido necesario despedir personal”.

Respecto al *quantum* indemnizatorio, reclama la suma de dieciocho mil setecientos treinta y dos euros con cuatro céntimos (18.732,04 €), que corresponden a “la diferencia entre las ventas de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2008 y las ventas de los mismos meses de 2009”.

Solicita el examen de dos testigos, cuyas señas detalla, y adjunta a su reclamación copias de la licencia de apertura, de fotografías en las que se aprecia el impacto de las obras y el vallado de la acera, de la noticia publicada en la prensa local el 9 de noviembre de 2009 sobre los “fallos en el recién abierto túnel” y las quejas de los hosteleros que “denuncian pérdidas ocasionadas por la prolongación de las obras” (la apertura del túnel “a principios de octubre fue parcial. Solo se abrió para los peatones”), del escrito de despido de una empleada en diciembre de 2008 por “la necesidad de amortizar un puesto de trabajo”, de la queja vertida en la sede electrónica del Consistorio el 30 de julio de 2009 por encontrarse la sidrería “tapiada por vallas metálicas”, de los justificantes de abono de impuestos y otros gastos correspondientes al ejercicio 2009 y de los tiques de caja del establecimiento correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de los años 2007, 2008 y 2009.

2. Con fecha 12 de enero de 2010, la interesada dirige nuevo escrito al Ayuntamiento denunciando que tras su reclamación de 18 de diciembre del año

anterior no se ha adoptado “ninguna medida con el fin de paliar los efectos de la demora en la finalización de las obras”. Acompaña copia de otra noticia aparecida en la prensa bajo el título “las fuertes lluvias vuelven a anegar el túnel”, en la que se recoge que, según denuncian los vecinos, “la gente pasa mojándose, a oscuras y entre basura”.

3. A solicitud de la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón, el 21 de enero de 2010 libra informe un Ingeniero del Servicio de Obras Públicas. En él se constata que las obras se iniciaron el 25 de junio de 2008 y se considera como “fecha de posible fin de las obras” el 15 de febrero de 2010. Se añade que se instaló “vallado perimetral” y se desvió el tráfico, si bien “la acera que discurre colindante a la sidrería no se cortó” y la empresa adjudicataria “ha cumplido con el plazo y las prórrogas aprobadas al mismo. Debido a inundaciones (...) se están ejecutando obras de reparación que no estaban contempladas en el proyecto original”. Se adjunta un croquis del desvío del tráfico y varias fotografías de las obras.

4. Con fecha 15 de marzo de 2010, la Alcaldía solicita informe a la mercantil adjudicataria de las obras. El apoderado de esta remite escrito indicando que “el ancho de acera que se dejó salvado durante la ejecución de la obra (1,5 metros) fue protegido con unas vallas” y que el tráfico rodado se cortó “desde abril de 2009 hasta noviembre de ese mismo año”. Se añade que los daños que relata la reclamante “no son (...) consecuencia de una mala ejecución de la obra (...), sino en todo caso el resultado de la propia ejecución de una obra de las características de la que se ha ejecutado en las inmediaciones de su establecimiento”, y que “no se ha producido retraso alguno en las obras adjudicadas (...), toda vez que el plazo inicialmente estipulado hubo de ser ampliado por causas ajenas a la adjudicataria, y además se le encargó a la misma la ejecución de un proyecto complementario a finales de noviembre de 2009”. Se acompañan imágenes del estado de las obras entre los meses de enero y noviembre de 2009, copias de los contratos de ejecución de las obras y

complementario “de urbanización” del nuevo vial (el primero fechado el 17 de junio de 2008, con plazo de un año desde el replanteo, el cual “tendrá lugar dentro del plazo máximo de diez días naturales siguientes a la formalización del presente contrato”, y el segundo formalizado el día 24 de noviembre de 2009, con un plazo de ejecución de dos meses), y de la Resolución de ampliación -por tres meses y medio- del plazo originario, acordada por la Junta de Gobierno Local el 7 de julio de 2009, a petición de la adjudicataria, presentada el día 18 del mes anterior, y fundada en que “las compañías de servicios afectadas por la obra no adecuaron sus instalaciones a tiempo para el buen desarrollo de la misma (...), quedando así la fecha de terminación el 09 de octubre de 2009”. Según se recoge entre los fundamentos de esta última Resolución, el pliego de cláusulas administrativas que rige el contrato permite al contratista “solicitar, por escrito razonado, una prórroga”, cuya concesión la ley también contempla “si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista”.

5. Con fecha 7 de mayo de 2010, tiene entrada en el registro municipal un escrito de la interesada solicitando acceso al expediente, al que adjunta el apoderamiento conferido a una letrada.

6. El día 28 de mayo de 2010, la reclamante presenta en el registro del Ayuntamiento un nuevo escrito en el que expone que “con fecha 6 de marzo de 2010 por fin se inauguraron las obras y quedó abierto el paso” y que “los daños y perjuicios causados en los meses de diciembre de 2009, enero de 2010 y febrero de 2010 ascienden a 11.044,81 euros, que deberán sumarse a los (...) inicialmente solicitados”.

Pide que “se certifique la fecha de recepción de las obras por el Ayuntamiento” y se adjuntan copias de los tiques de caja del nuevo periodo reclamado y sus correlativos de los dos años anteriores y de la noticia aparecida el 7 de marzo en la prensa local con motivo de la apertura del túnel al tráfico rodado (en la misma se detalla que “el paso peatonal estaba ya operativo desde

hacia unos meses, aunque fue necesario reforzar el techo para evitar las constantes goteras que se formaban cada vez que llovía”).

7. Con fecha 28 de mayo de 2010, la interesada aporta “cd-r de fotografías relativas a las obras y vídeo de las mismas donde se puede comprobar cómo han afectado al entorno de la sidrería y cómo impedían el acceso”.

8. Previa Resolución de la Alcaldía admitiendo la testifical propuesta en el escrito inicial, la interesada recoge las citaciones dirigidas a los dos testigos y remite al Consistorio el pliego de preguntas. El 13 de julio de 2010 es examinado uno de los testigos, quien dice ser vecino de la zona y “cliente del establecimiento”, que el acceso de peatones “estuvo mucho tiempo casi intransitable” y los camiones de proveedores “aparcaban bastante lejos” y que la clientela “disminuyó considerablemente”. A preguntas del Ayuntamiento, el testigo admite la necesidad del cierre al tráfico rodado y que la obra “estaba señalizada y vallada”, aunque, a su juicio, “no correctamente”, dejándose en la acera “un pequeño paso, pero no cabía un carricoche de su hija”.

Ese mismo día, comparece la letrada de la reclamante para dejar constancia de que el otro testigo citado se encuentra “ausente por vacaciones”.

9. A solicitud de la instructora, un Ingeniero del Servicio de Obras Públicas libra un nuevo informe en el que se expresa que “con fecha 10 de diciembre de 2009 tanto la acera como la calzada colindante con el negocio de hostelería estaban totalmente ejecutadas y en servicio. Los diferentes trabajos que se estaban ejecutando no influían en la calzada ni aceras”. Añade que “con fecha 25 de enero de 2010 se realiza el ‘acta de comprobación de las obras’, en la que queda de manifiesto que es posible la puesta en servicio de la obra aunque existan defectos menores (...). El acta de recepción se realiza con fecha 8 de marzo de 2010”.

Consta la solicitud de otros informes que no se incorporan a las actuaciones.

10. Evacuado el trámite de audiencia mediante Resolución de la Alcaldía notificada a la interesada el 5 de octubre de 2010, con fecha 8 de ese mismo mes comparece esta en las dependencias municipales y solicita copia de diversos folios del expediente.

11. Con fecha 2 de noviembre de 2010, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por considerar que no nos hallamos ante un daño antijurídico, por tratarse de una obra de interés general y haberse practicado “actuaciones tendentes a minimizar los efectos inherentes a las citadas obras en relación con la instalación hostelera”.

12. El día 3 de noviembre de 2010, se hace entrega de las copias solicitadas a la interesada, quien presenta escrito el mismo día alegando que “se le está causando indefensión (...) al no habersele entregado las copias del expediente en el momento en que las solicitó”, por lo que insta se le conceda un nuevo plazo de alegaciones.

13. Mediante oficio de 4 de noviembre de 2010, la Alcaldía comunica a la interesada el traslado del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión del preceptivo dictamen, suspendiéndose el procedimiento “hasta en tanto no se cumpla plenamente lo requerido, o pasado el plazo legalmente estipulado se dicte resolución”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de noviembre de 2010, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Gijón está pasivamente legitimado, en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo". En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 18 de diciembre de 2009, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen en los tres meses inmediatamente anteriores (aunque más tarde se amplíe el *petitum* ante los sucesivos retrasos en las obras), por lo que es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, habiendo asumido la instrucción del mismo el Servicio de Reclamaciones Patrimoniales, se suscriben por la Alcaldía diversas actuaciones -como la resolución sobre la admisión de pruebas o la apertura del trámite de audiencia- que, como ya hemos señalado en dictámenes anteriores, deberían haberse resuelto por el propio órgano instructor. Igual ocurre con la notificación a la interesada de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en la que se le comunica una confusa suspensión del procedimiento que parece concebida como un automatismo derivado de aquella solicitud, cuando el artículo 42.5, letra c), de la LRJPAC exige un acuerdo al efecto y somete la suspensión a límites distintos de los que constan en aquel traslado. Además, no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Finalmente, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no

impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán 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”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Interesa la reclamante el resarcimiento de los perjuicios derivados de la pérdida de clientela a causa de la prolongación de las obras de un túnel subterráneo, por cuanto la sidrería que regenta queda “prácticamente incomunicada del resto del barrio”. Hemos de advertir que la pretensión indemnizatoria se anuda únicamente al retardo en la terminación de los trabajos, sin perseguir compensación alguna por el hecho mismo de la obra pública, pues el detrimento patrimonial se concreta en “la diferencia entre las ventas de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2008 y las ventas de los mismos meses de 2009”, cuando ya “desde el día 26 de febrero de 2009 está cortado el paso de vehículos por las inmediaciones (...) y dificultado el paso de peatones (...) debido a las vallas de la obra y a los escombros”. En suma, la reclamante soporta pacíficamente la ejecución del paso subterráneo y su incidencia negativa en el local de negocio, impetrando solo la compensación de esos efectos nocivos en cuanto se prolongan más allá de la fecha prevista para la finalización de los trabajos.

Queda acreditada la titularidad del establecimiento de hostelería y, aunque no se prueba la existencia de un sacrificio patrimonial ligado a los requerimientos de la obra pública -y que se prolonga con la demora en su ejecución-, cabe presumir que la ejecución de las obras ocasionó molestias en el acceso de los clientes al establecimiento, y de ahí que pudiera haber afectado negativamente a su captación y al resultado económico del negocio.

Sentada la existencia de un daño colateral a la ejecución de una obra pública -y a las vicisitudes que encierra su complejidad-, hemos de tener presente que su origen en una actividad de servicio público no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de estudiarse si el daño alegado es o no antijurídico y, en su caso, indemnizable.

En el supuesto sometido a nuestra consulta, el paso subterráneo se inicia el 25 de junio de 2008, según constata el primer informe librado por el Servicio de Obras Públicas, siendo el plazo de ejecución de un año, solicitándose por la adjudicataria, antes del agotamiento de ese plazo, una prórroga que el Consistorio concede -por tres meses y medio- con fundamento en el propio contrato (que ampara la prórroga, según se recoge en la Resolución que la otorga) y en la ley (que la permite ante retrasos no imputables al contratista), y habida cuenta de que “las compañías de servicios afectadas por la obra no adecuaron sus instalaciones a tiempo para el buen desarrollo de la misma, fundamentalmente Hidroeléctrica de Cantábrico y Telefónica (...), quedando así la fecha de terminación el 09 de octubre de 2009”.

Detectada la necesidad de una ulterior actuación de acondicionamiento del nuevo vial, reclamada por los propios vecinos de la zona, la Alcaldía aprueba el correspondiente proyecto y lo adjudica a la misma contratista el 29 de septiembre de 2009, formalizándose el contrato el día 24 de noviembre del mismo año, con un plazo de ejecución de dos meses. La actividad administrativa se desenvuelve, en suma, dentro de la legalidad en lo que atañe a la prolongación de las obras a la que se imputa el daño (se reclama la pérdida de ingresos hasta el mes de febrero de 2010).

Constatada la legitimidad de la actuación del Consistorio, hemos de reparar en que la jurisprudencia y el Consejo de Estado han venido manteniendo que la privación de un acceso necesario, a consecuencia de la ejecución de una obra pública, puede producir una situación que, legítima dentro del marco de la actividad de la Administración pública para mejorar las infraestructuras públicas, resulte lesiva, directa e inmediatamente, para el particular que sufre efectivos y evaluables perjuicios. Sin embargo, se ha circunscrito la consideración de lesión jurídica indemnizable, a estos efectos, a la privación total o dificultad extrema de acceso a las propiedades o actividades mercantiles o industriales colindantes (Dictámenes núm. 685/1993, de 8 de julio; 1248/1994, de 21 de julio; 549/1996, de 16 de mayo, y 5616/1997, de 11 de diciembre). Por tanto, cuando la lícita actividad administrativa ha producido como resultado una mayor complejidad -que no imposibilidad- en el acceso, no se genera necesariamente la responsabilidad administrativa, pues, como ya puso de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 52061/1998, de 13 de octubre, no constituye lesión indemnizable “la mayor distancia a una carretera o la menor comodidad de un acceso”. En otros términos, cualquier alteración -permanente o temporal- de las condiciones de acceso a un inmueble que no implique una privación constituye una carga general que los administrados tienen el deber jurídico de soportar, sin que sus consecuencias puedan conferir derecho indemnizatorio alguno. De ahí que las eventuales repercusiones desfavorables que se deriven de la reordenación transitoria de los accesos o de una novedosa configuración de los mismos -común y sustancialmente, pérdida de clientela- no se integran bajo el concepto jurídico de lesión indemnizable a los efectos de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el supuesto analizado, las restricciones al tránsito que perjudican la actividad de la sidrería regentada por la reclamante encajan en esa complejidad o incomodidad de acceso no resarcible, y vienen cabalmente impuestas por la propia envergadura de la obra acometida y su ejecución en plenas condiciones de seguridad para operarios y viandantes, al igual que la postrera intervención

de acondicionamiento responde a las garantías demandadas por los propios usuarios, sin que se aprecie actuación alguna que agrave injustificadamente los efectos perniciosos asociados al proceso constructivo de una infraestructura que, tampoco podemos olvidar, revierte ahora en beneficio de los vecinos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.