

Expediente Núm. 1/2015
Dictamen Núm. 22/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de febrero de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 23 de diciembre de 2014 -registrada de entrada el día 2 de enero de 2015-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños y perjuicios derivados de filtraciones de agua en un local comercial.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de mayo de 2014, una abogada, como mandataria verbal de la interesada, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Ayuntamiento de Gijón, por los daños y perjuicios derivados de las filtraciones de agua originadas en un local comercial de titularidad municipal.

El reclamante refiere que la comunidad de bienes de la que es administrador "es arrendataria" del local comercial que indica en el estadio municipal de El Molinón, en el que explota un negocio de hostelería. A principios "del mes de noviembre del año 2013 comienzan a manifestarse importantes humedades en el interior de la planta primera del local, en la zona destinada a cafetería; humedades que se originan por las filtraciones de agua procedentes del forjado del piso superior que corresponde a elementos estructurales de los graderíos del estadio municipal".

Según el informe pericial que acompaña, "la importante filtración de agua se acumuló en los diferentes paramentos de la planta primera, afectando a falsos techos, pavimentos e instalaciones, llegando a acceder a la planta baja del local en zona de almacén y cocinas, afectando igualmente a diferentes elementos constructivos, instalaciones (...), equipo de congelación e incluso a la instalación de la iluminación del voladizo exterior".

Afirma que "para proceder a la reparación de los daños que se manifestaron en el local fue necesario cerrar el establecimiento durante 47 días, entre los días 5 de noviembre al 21 de diciembre -ambos inclusive- del año 2013", y señala que "durante las obras de reparación no fue posible prestar los servicios de hostelería y restauración, por lo que se estima que se ha producido un lucro cesante de 17.409,60 €; cantidad resultante de la aplicación de los criterios de indemnización que se detallan en el apartado n.º 6 del señalado informe pericial".

Indica que "la reparación de los daños materiales que afectaron a falso techo, sistema de aislamiento acústico, reparación de tarima de madera y rodapié del comedor, instalación de iluminación interior y exterior se ha fijado pericialmente en la cantidad de 8.535,20 €, conforme se detalla en el apartado n.º 5 del informe pericial".

Sostiene que "del informe pericial que se acompaña resulta evidente que los daños (...) son consecuencia del deficiente estado de conservación y mantenimiento de las gradas del estadio municipal El Molinón, en uno de cuyos

bajos se encuentra dicho establecimiento, y que no se hubiesen producido con un adecuado mantenimiento”.

Fija “el importe del lucro cesante y la reparación de los daños materiales en la cantidad total” de veinticinco mil novecientos cuarenta y cuatro euros con ochenta y cinco céntimos (25.944,85 €).

Solicita el recibimiento del expediente a prueba y una indemnización en el citado importe.

Adjunta los siguientes documentos: a) Documento de constitución de la comunidad de bienes el día 3 de mayo de 2013, en el que consta que la representación de la misma será ejercida “exclusivamente” por el reclamante. b) Informe pericial de un arquitecto, de 7 de febrero de 2014, en el que se analizan los daños del local indicado en la reclamación en los términos que en ella se exponen. c) Tres facturas de dos empresas, correspondientes a la sustitución y localización de averías por entrada de agua en registros y enchufes e iluminación, por importe de 722,86 € y 408,63 €, y a la reparación del falso techo decorativo, por importe de 2.341,92 €, todas ellas sin IVA.

2. Mediante oficio de 26 de mayo de 2014, un funcionario municipal traslada una copia de la reclamación a la correduría de seguros.

3. Con fecha 27 de mayo de 2014, el mismo funcionario solicita informe sobre la reclamación presentada al Servicio de Obras Públicas.

El día 16 de junio de 2014, la Arquitecta Municipal señala que “en el pliego de condiciones administrativas particulares que rige la concesión demanial para la explotación de diversos locales comerciales sitos en el estadio de El Molinón, en el anexo IV, Obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario, aparecen entre otras: (...) `Impermeabilización de forjados sobre locales´”. Por tanto, concluye que “no cabe reclamación alguna al Ayuntamiento para el resarcimiento de los gastos incurridos, ya que es la empresa concesionaria (...) la que estaría obligada a haber realizado esas obras previamente”.

4. Mediante oficio de 18 de junio de 2014, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Gijón solicita un informe a la empresa concesionaria.

El día 4 de julio de 2014, un representante de la empresa concesionaria presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias al que adjunta el informe suscrito por el Director del Área de Producción. En él aclara que “la impermeabilización de los forjados en gradas Este y Sur era una partida del presupuesto de las obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario de la concesión que, según lo establecido en el proyecto de ejecución alcanzaba 1.500 m² de superficie distribuida en varios puntos del estadio”.

Respecto a “la ejecución de dicha partida, así como su consecuencia en la relación de causalidad de daños a los locales objeto de la concesión, entre los que se encuentra el que es objeto de la reclamación”, manifiesta que “la impermeabilización establecida por el proyecto únicamente contemplaba la actuación en determinadas zonas horizontales de forjados (zonas de circulación), obviando en todo caso el sellado de la zona de graderío (zonas de asientos), siendo la falta de sellado de esta última causante de buena parte de la entrada de agua a los locales situados bajo la misma (...). La partida 7.04 del presupuesto de las obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario de la concesión, relativa a la impermeabilización de gradas Este y Sur de 1.500 m² de superficie, fue objeto de sustitución en su totalidad, por instrucción de la Dirección Facultativa municipal, para la ejecución de la partida no prevista en el proyecto correspondiente al tratamiento de peldaños y zonas de circulación de espectadores de la grada Oeste. Dicha modificación fue introducida por los técnicos municipales con el fin de subsanar las filtraciones de agua que se estaban produciendo en los recién inaugurados vestuarios y sala de prensa los días ventosos de lluvia, ya que esta entraba a través de la fachada Oeste, discurría por las escaleras de plantas, depositándose en zona de circulación y goteaba finalmente en los vestuarios y zonas anexas a los mismos”. Concluye que la concesionaria, “siguiendo instrucciones de los técnicos municipales, bajo su supervisión y control, ejecutó nuevas partidas no previstas en el proyecto

mediante su permuta por otras sí incluidas inicialmente, como así consta en la liquidación suscrita por el Ayuntamiento de Gijón obrante en el expediente de la concesión”.

Añade que “como consecuencia de la ausencia de sellados de los graderíos, unido a la eliminación de la partida de impermeabilización de forjados horizontales de zonas de circulación, se producen las filtraciones sobre los locales situados bajo ambas zonas”. Afirma que la concesionaria, “a petición de los técnicos municipales, hubo de ejecutar el sellado de una parte del graderío de grada Sur, en su ubicación coincidente sobre el centro de transformación instalado en dicha ubicación por el Ayuntamiento de Gijón, ante la entrada de agua que se estaba produciendo sobre el mismo por dicho graderío”. Y que “en evitación de daños mayores hubo de ejecutar (...), con carácter de urgencia, ante la reclamación de varios arrendatarios de locales en grada Este que estaban sufriendo filtraciones de agua en momentos de intensas lluvias combinadas con fuertes vientos sufridas en la ciudad en los pasados otoño e invierno, la impermeabilización de los forjados horizontales en zona de circulación, el sellado de encuentro de gradas y sellado de graderío vertical con consiguiente desmontaje y posterior montaje de los asientos. El coste de dichas obras ha sido objeto de reclamación a este Ayuntamiento, que insiste en rehusar su responsabilidad amparándose en la ejecución por (la concesionaria) de una partida de impermeabilización de forjados que (...) ni hubiera resuelto plenamente la causa de las filtraciones ni, lo que es aún más importante, constituye una obligación por parte de esta, al habersele sustituido la misma por la ejecución de nuevas partidas no previstas en el proyecto”.

Por ello, rechaza la responsabilidad de la deficiente impermeabilización de las gradas que, a su juicio, compete con carácter exclusivo “al propietario del inmueble, el Ayuntamiento de Gijón”.

5. Con fecha 11 de julio de 2014, el funcionario que instruye el procedimiento solicita al Servicio de Arquitectura un informe sobre lo expuesto por la concesionaria, así como documentación relativa a la concesión.

El día 25 de julio de 2014, la Arquitecta Municipal señala que “dentro de la documentación que obra en el expediente que nos ocupa no consta ninguna orden expresa por parte de los Servicios Técnicos Municipales ni de la Dirección Facultativa externa, contratada para llevar la Dirección de las mencionadas obras, para no ejecutar la impermeabilización de los forjados sobre locales; partida que estaba incluida dentro del alcance del proyecto de ejecución de adecuación del estadio de fútbol de El Molinón, y era además una de las obras consideradas obligatorias dentro del pliego de condiciones administrativas particulares que regía la concesión demanial./ La creación de los locales de explotación correspondía según los pliegos a la empresa concesionaria en todos sus extremos, incluyendo por lo tanto cualquier tratamiento de impermeabilización de los forjados propios de los locales o de las gradas, según se estimase lo más oportuno en cada caso./ Como figura en el expediente, con fecha 15 de abril de 2011 y entrada de registro de la misma fecha, (la concesionaria) solicita le sea concedida una prórroga por un periodo de un año por tener pendientes de ejecutar una serie de partidas contempladas dentro del anexo IV, obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario, entre las que se señala:/ `Grada Sur (...). Impermeabilización de las gradas en la zona que afecta a locales comerciales´”, especificando que la prórroga fue concedida por la Junta de Gobierno en la sesión del día 10 de mayo de 2011.

Por lo que se refiere a la ejecución de nuevas partidas, “es conveniente manifestar que con el objetivo de evitar entradas de agua en zonas bajo los graderíos o zonas de paso interiores del estadio, que no eran objeto de la concesión, sino propias del Ayuntamiento, se tramitaron precios contradictorios firmados por la empresa (concesionaria) y por la Dirección Facultativa en fecha 15 de marzo de 2011, y aprobados por la Junta de Gobierno de fecha 13 de abril de 2011./ Entre ellos figuran:/ Ud. Sellado de juntas entre gradas sobre C. T. esquina suroeste./ M2. Resina sobre pavimentos de hormigón, incluso impermeabilización con poliuretano./ Es decir, que cuando el Ayuntamiento entendió que era necesario impermeabilizar las gradas o pavimentos para evitar la entrada de agua sobre locales municipales que no eran objeto de la

concesión y cuyo coste no estaba contemplado en el proyecto de obras se tramitaron precios contradictorios para asumir a mayores el coste que suponía”.

Por último, “a la vista del contenido del pliego de condiciones administrativas particulares que rige la concesión demanial para la explotación de diversos locales comerciales sitos en el estadio de El Molinón, y de la documentación que obra en el expediente administrativo, este técnico entiende que no cabe reclamación alguna al Ayuntamiento para el resarcimiento de los gastos incurridos por el concesionario para la reparación de la causa de las filtraciones que se señalan en el escrito”.

Requerido informe complementario por el funcionario instructor el día 28 de julio de 2014, la Arquitecta municipal remite los siguientes documentos: a) Pliego de condiciones administrativas particulares que rige la concesión demanial para la explotación de diversos locales comerciales de ‘El Molinón’. El artículo 1.º recoge la sujeción de la concesión “a lo dispuesto en las cláusulas contenidas en el presente pliego, lo establecido en el art. 93 y siguientes de la Ley 33/2003 (aquellos preceptos que tengan la consideración de básicos), de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el R. D. 1372/86, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y la normativa aplicable, en su caso, en la contratación de las Administraciones públicas”. En el artículo 4.º se contemplan las obligaciones del adjudicatario, entre las que figuran “gestionar, desarrollar, poner en funcionamiento y explotación una actividad comercial de calidad en las dependencias del estadio municipal de ‘El Molinón’ y ejecutar las demás obras recogidas en el proyecto arquitectónico” e “indemnizar a terceros por los daños que puedan producirse como consecuencia del uso o del funcionamiento normal o anormal de la actividad que se preste al público en el bien objeto de concesión, salvo que se hubiere realizado en cumplimiento de una orden forzosa acordada por la Corporación”. En el mismo artículo se contempla como derecho del adjudicatario el de “percibir de los arrendatarios de los locales los precios que, en su caso, procedan”. El artículo 5.º determina los deberes y obligaciones del Ayuntamiento, entre los que se encuentra el de “inspeccionar el bien objeto de

la concesión y supervisar las instalaciones, equipamientos o enseres que en el mismo se contienen, y su uso adecuado". En el artículo 18.º se dispone que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del concesionario, salvo en el caso de fuerza mayor. Se entenderá asimismo que el concesionario asume a su cargo la subsanación de las posibles carencias que pudiesen existir en el proyecto arquitectónico, sin que estas se puedan considerar razón para la no ejecución del mismo en los términos establecidos en este pliego". En el anexo IV, relativo a las "obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario", constan las de "acabados de pavimentos a base de hormigón pulido (...), impermeabilización de forjados sobre locales". b) Acuerdo de la Junta de Gobierno de 12 de abril de 2011, por el que se aprueban nuevos precios "que serán de aplicación para el abono de las unidades de obra necesarias para la ejecución de las obras contempladas, y que no figuran en el proyecto original", entre las que constan "PC 01 (...). Impermeabiliz. solera" y "PC 04 (...). Sellado de juntas entre gradas sobre C. T. esquina suroeste". c) Escrito de 15 de abril de 2011, en el que la concesionaria expone que a fecha "25 de abril de 2011 quedarán pendientes de ejecutar las siguientes partidas contempladas dentro del anexo IV, obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario, anejo perteneciente al pliego de condiciones administrativas particulares que rigen la concesión demanial para la explotación de diversos locales comerciales en el estadio 'El Molinón '", especificando, entre otras, "la impermeabilización de las gradas en la zona que afecta a locales comerciales" en la grada Sur, y "solicita le sea concedida una prórroga (...) con el fin de poder finalizar las obras".

6. El día 28 de octubre de 2014, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Gijón comunica a la entidad reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

No consta que se hayan formulado alegaciones.

7. Con fecha 3 de diciembre de 2014, un Letrado Asesor del Ayuntamiento de Gijón formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sostiene que, “a la vista del contenido del pliego de condiciones administrativas particulares que rige la concesión demanial para la explotación de diversos locales comerciales sitos en el estadio de El Molinón, es responsabilidad del concesionario la explotación de dichos locales comerciales y también la indemnización de los daños que se causen a terceros por los daños que puedan producirse como consecuencia del uso o del funcionamiento normal o anormal de la actividad que se preste al público en el bien objeto de concesión”, y que “la reclamante deberá dirigir su reclamación contra la entidad concesionaria de la explotación de los locales comerciales del Molinón (...) como responsable de la gestión y explotación de dichos locales comerciales, habida cuenta de los razonamientos que se contienen en los informes de la Arquitecta municipal que obran en el expediente administrativo”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de diciembre de 2014, 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:

ÚNICA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños y perjuicios que se atribuyen al “deficiente estado de conservación y mantenimiento de las gradas del estadio municipal El Molinón”, afirmando que los daños “no se hubiesen producido con un adecuado mantenimiento”.

Sin embargo, la reclamación no se formula a título de particular, sino en calidad de arrendataria de uno de los locales comerciales sitos en los bajos del estadio municipal, que explota en el mismo un negocio de hostelería.

Centrado así el fondo del asunto, resulta necesario que este Consejo Consultivo analice, con carácter preliminar, la naturaleza de la reclamación sometida a su dictamen y el procedimiento seguido en su tramitación, para poder abordar después el carácter de la consulta formulada y, en definitiva, su propia competencia para pronunciarse sobre ella; cuestión esta sobre la que ya hemos tenido ocasión de manifestarnos en ocasiones precedentes (Dictámenes Núm. 209/2011 y 210/2011, entre otros).

Siguiendo estos antecedentes, conviene comenzar el examen de la cuestión que se plantea recordando que el Consejo Consultivo es un órgano auxiliar del Principado de Asturias creado directamente en el Estatuto de Autonomía, cuya composición y competencias regula la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

El artículo 13 de la referida Ley enumera los asuntos o expedientes que, tramitados por "los órganos de la Administración Pública del Principado o las entidades locales radicadas en su territorio", deben someterse a consulta preceptiva del Consejo Consultivo. Entre ellos, el apartado 1, letra k), del citado artículo, que V. E. invoca al solicitar la consulta de este Consejo Consultivo, incluye las reclamaciones "de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración del Principado de Asturias o las de las entidades locales de su ámbito territorial a partir de seis mil (6.000) euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes". En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Examinado el asunto sometido a nuestra consideración, resulta que la explotación de un negocio de hostelería no es un uso común posible para cualquier ciudadano, sino un uso privativo. Si la reclamante ha podido instalar un negocio de hostelería en los bajos de El Molinón habrá sido merced al

contrato de arrendamiento en el que sostiene su condición de arrendataria (aunque no obra en el expediente) y por el que abonará un alquiler, lo que nos sitúa ante la existencia de una relación jurídica previa al daño. Únicamente en virtud de tal relación jurídica tiene derecho al mantenimiento de su local en el estado que le permita tener abierto su negocio de hostelería, y solo con base en la misma puede reclamar -como hace- los daños dimanantes del incumplimiento de dicha obligación frente al arrendador.

Pues bien, el arrendador no es el Ayuntamiento de Gijón, como propietario de El Molinón. La entidad local suscribió una concesión demanial para la explotación de diversos locales en virtud de la cual la concesionaria se ha obligado a gestionar, desarrollar, poner en funcionamiento y explotar una actividad comercial de calidad en las dependencias del estadio municipal, y ha adquirido el derecho a percibir de los arrendatarios de los locales los precios correspondientes, según consta en el pliego de condiciones particulares incorporado al procedimiento.

Nos encontramos, en suma, ante una relación jurídica entre particulares en el marco de la cual debe ventilarse la reclamación de los daños sufridos por la arrendataria del local.

En cualquier caso, y por lo que se refiere a la obligación de conservación del estadio de El Molinón, el Ayuntamiento de Gijón aporta el pliego de condiciones administrativas particulares que rige la concesión demanial en cuyo anexo IV, relativo a las obras obligatorias a ejecutar por el adjudicatario, constan, entre otras, la de "impermeabilización de forjados sobre locales". También se adjunta al procedimiento un Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 12 de abril de 2011, por el que se aprueban nuevos precios de aplicación en la ejecución de las obras que no figuraban en el proyecto original, entre las que se incluye la impermeabilización de la solera y el sellado de juntas entre las gradas.

Si las filtraciones de agua en el local arrendado se debieron a un defecto en la impermeabilización de otros elementos debe ser la arrendadora del mismo la que, una vez abonada la indemnización pertinente al arrendatario, reclame al

Ayuntamiento de Gijón, en vía de regreso, la indemnización que pueda eventualmente proceder dentro del marco contractual establecido entre ellos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede resolver el procedimiento iniciado por con arreglo a lo dispuesto para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y que al tratarse de una reclamación de responsabilidad contractual entre particulares, que no requiere dictamen preceptivo de este órgano consultivo, no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión en ella planteada.”

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.