

Expediente Núm. 129/2016
Dictamen Núm. 161/2016

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 7 de julio de 2016, 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 11 de mayo de 2016 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños y perjuicios causados en la mercancía almacenada en las instalaciones de un centro comercial por filtraciones de agua de lluvia.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de julio de 2015, el representante de la mercantil interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad

patrimonial por los daños y perjuicios causados en la mercancía almacenada en las instalaciones de un centro comercial por filtraciones del agua de lluvia.

Tras exponer que su representada es titular de un local destinado al almacenamiento de todo tipo de productos, fundamentalmente electrodomésticos, "que se ubica bajo una superficie municipal destinada a parques y jardines públicos cuya conservación y mantenimiento" corresponde al Ayuntamiento de Gijón, manifiesta que el 15 de diciembre de 2014 se produjeron fuertes lluvias en Gijón que, sin tener carácter extraordinario, por lo que no cabe hablar de fuerza mayor, provocaron una "serie de filtraciones" que afectaron a la mercancía allí almacenada hasta el punto de dejarla "inutilizable".

Señala que pasadas las lluvias el seguro de la comunidad de propietarios donde se ubica este almacén encargó a un perito un informe relativo a las causas del siniestro. En él se consigna que, girada visita a las instalaciones el 29 de diciembre de 2014, "verificamos la zona de penetración de las aguas de lluvia por jardines en plaza pública a nivel de calle, la cual en la zona indicada presenta una falta de mantenimiento evidente en la estanqueidad del drenaje de los jardines, estando la tela asfáltica totalmente deteriorada en la zona de zabaletas de murete perimetral, por lo que en el momento de insuficiencia de drenaje por copiosas precipitaciones el agua embalsa en los parterres alcanzando dicha cota de zabaleta y penetrando las aguas hacia el interior de las instalaciones mencionadas. Dicha zona ajardinada es propiedad del Ayuntamiento de Gijón, y por tanto responsabilidad del mismo el mantenimiento y los daños causados. Ya que una vez finalizadas las obras del centro comercial" se procedió "a la cesión de los viales públicos (...) y a las zonas de parques públicos realizados como determina la ley".

Apoyándose en las conclusiones de este perito, el firmante de la reclamación considera que "los daños y perjuicios sufridos (...) (inutilización e imposibilidad de comercialización de los electrodomésticos averiados por su contacto con el agua filtrada) traen causa de un funcionamiento anormal del

servicio público de conservación y mantenimiento de parques y jardines públicos, competencia del (...) Ayuntamiento de Gijón”.

Cuantifica los daños sufridos en la cantidad total de quince mil ciento dos euros con veinticuatro céntimos (15.102,24 €), “IVA incluido, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento”.

Por medio de otrosí, indica que “simultánea y acumuladamente” se “ha presentado también escrito de reclamación de responsabilidad frente a Emulsa, por ser la sociedad mercantil local que tiene encomendada por el (...) Ayuntamiento de Gijón la prestación del servicio público de mantenimiento y conservación de los jardines públicos en el municipio”. Al hilo de lo anterior, solicita que se le “indique (...) cuál de las dos entidades tramitará el expediente”.

Adjunta a este escrito una copia de los siguientes documentos: a) Poder general y especial para pleitos otorgado por la mercantil interesada a favor, entre otros, del letrado que firma la reclamación. b) Licencia de apertura de actividades clasificadas, de 21 de septiembre de 1994. c) Relación detallada y valorada de la mercancía deteriorada por el siniestro. d) Veintidós fotografías que reflejan el estado de diversas instalaciones y del material en ellas almacenado tras las inundaciones. e) Informe de valoración de daños confeccionado por una compañía aseguradora.

2. El día 11 de agosto de 2015, la Técnica de Gestión del Servicio de Patrimonio y Administración General del Ayuntamiento de Gijón comunica a la correduría de seguros el siniestro acaecido, remitiéndole una copia de la reclamación presentada al objeto de conocer si el mismo se encuentra incluido en la póliza suscrita.

Con fecha 14 de septiembre de 2015 la compañía aseguradora comunica que “el siniestro en principio sí estaría cubierto por la misma, sin perjuicio de que posteriormente se incorpore documentación al expediente que pueda modificar nuestro pronunciamiento”.

3. Mediante oficio de 1 de septiembre de 2015, la Técnica de Gestión de la Sección de Gestión de Riesgos solicita informe al Servicio de Obras Públicas y a la Policía Local.

El día 2 de septiembre de 2015, el Comisario-Jefe de la Policía Local señala que en sus archivos “no hay constancia alguna sobre los hechos a que se hace referencia”.

Por su parte, la Jefa de la Sección Técnica de Apoyo del Servicio de Obras Públicas informa el 14 de septiembre de 2015 “que las zonas ajardinadas a las que se refiere la reclamación están bajo mantenimiento del Servicio de Parques y Jardines”.

4. Obra incorporado al expediente, a continuación, un correo electrónico de 25 de noviembre de 2015 en el que la correduría de seguros comunica que la compañía aseguradora, tras haber solicitado “intervención pericial para determinar las posibles causas y responsabilidades en el siniestro”, considera que no cabe atribuir responsabilidad al Ayuntamiento. Subraya que “toda edificación debe de estar dotada de su sistema de impermeabilización en su estructura, tanto en lo referente a cubierta como perimetral (forjado), para evitar las filtraciones de agua desde el exterior (lluvia por cubierta, humedades del terreno, acumulación de agua en viales públicos ante precipitaciones, etc.)./ Es obligación de la propiedad de la edificación mantener dicha impermeabilización en perfecto estado de conservación y mantenimiento, siendo concedores del desgaste que el tiempo produce en dicha impermeabilización./ La zona ajardinada propiedad del asegurado fue construida por la promotora del complejo del centro comercial y zonas aledañas, entregado en cesión tras su finalización (...). Sobre dichas zonas no se han realizado trabajos posteriores de reforma o modificación, encontrándose en las mismas condiciones y disposición (formas, áreas, etc.) a como fue entregado./ El sistema de drenaje de los jardines compete al asegurado, quien

lo mantiene y conserva./ El sistema de drenaje de los jardines no incluye la conservación de la impermeabilización del edificio del centro comercial (...) en las partes en que su estructura linda o es anexa a las zonas de jardín. Dicha impermeabilización es responsabilidad de la propiedad del edificio./ Signo evidente de la falta de mantenimiento de esta impermeabilización del edificio es la existencia de humedades en el interior de los almacenes de la planta sótano sitios bajo las zonas de jardín evidenciadas durante nuestra visita pericial./ En base a todo lo (...) expuesto, entendemos que se produjo un acontecimiento de precipitaciones en fecha 15 de diciembre de 2014 que, no siendo de naturaleza extraordinaria, quizás por producirse de forma racheada debido al viento (Gijón es una ciudad costera), pudieron producir un embalsamiento de agua en una determinada zona de jardines públicos./ Nos referimos a una determinada zona lindante con un murete de la estructura del edificio donde las aguas embalsadas entrarían en contacto con este murete sobrepasando la tela asfáltica, pero no en altura, sino por encontrarse la misma totalmente deteriorada y con roturas visibles. Por ello se producirían filtraciones de agua de lluvia a través del forjado sanitario hasta llegar a los almacenes del reclamante, cayendo agua desde el techo del mismo y en la zona de almacenaje de los productos reclamados (almacenados para su venta en tienda)./ Sobre esta tela asfáltica se instalan zonas de piedra a modo decorativo en el lateral del murete que en muchos casos están caídas, desaparecidas o rotas./ Esto hace que quede visible y a la intemperie la lámina de impermeabilización, con sus roturas también descritas./ Finalmente, establecemos (...) la causa del siniestro en las filtraciones de agua de lluvia hacia el interior de las instalaciones del reclamante por un deterioro de la impermeabilización propia del edificio donde se albergan dichas instalaciones, y no por un defecto de mantenimiento y conservación del sistema de drenaje de los jardines públicos propiedad del asegurado./ Por lo expuesto entendemos que debe desestimarse la reclamación”.

5. Con fecha 3 de diciembre de 2015, y previa petición formulada al efecto, emite informe el Jefe del Servicio de Parques y Jardines. En él reseña que “el Servicio de Parques y Jardines (...) tiene encomendado el mantenimiento de los espacios públicos en los Jardines bajo los que se encuentra el centro comercial (...). Hasta donde alcanza el conocimiento del funcionario que suscribe, el edificio subterráneo fue ejecutado por los promotores del mismo, incluida la necesaria impermeabilización que protege el edificio subterráneo tanto en la plaza como en las jardineras./ En las jardineras se realizó el ajardinamiento, siendo entregado posteriormente al Ayuntamiento para proceder al mantenimiento, cosa que así se viene haciendo hasta la fecha. Bajo ningún concepto puede considerarse que el mantenimiento de la jardinera incluya el mantenimiento de la impermeabilización, siendo esta responsabilidad del propietario del edificio./ Sin perjuicio de que se analice la cuestión desde un punto de vista jurídico, se recuerda que en la Ley de Ordenación de la Edificación (...) se establece que la estanqueidad es una condición que pertenece al requisito de habitabilidad que se exige a todo edificio, y el artículo 10.1.a LPA-EDL 1960/55 (*sic*) establece que los trabajos y obras necesarias para el adecuado mantenimiento y conservación del inmueble son responsabilidad de los propietarios. Por todo lo expuesto se estima que no es el Ayuntamiento quien debe hacer frente a la reparación de la impermeabilización”.

6. Por su parte, la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos señala, el 7 de enero de 2016, que “el terreno en el que se sitúa el jardín a que se refiere el reclamante es de titularidad municipal, incluido en el Inventario General de Bienes y Derechos de este Ayuntamiento (...) con la calificación jurídica de bien de dominio público, uso público, procedente de la delimitación de la Unidad Reparcelable Aislada, Reparcelación Voluntaria y Constitución de Derecho de Subedificación (...) en el ámbito del PERI-8, en El Llano (...), y tiene la siguiente descripción: trozo de terreno con destino a viales, espacios libres y

zonas verdes de uso público y con aprovechamiento privativo en su subsuelo según la (...) Ordenanza Reguladora del PERI-8 del Plan General de Ordenación Urbana de Gijón (...). En el subsuelo del terreno descrito se constituye un derecho real de subedificación cuya delimitación física es el siguiente: el terreno que soporte los viales, zonas verdes y espacios libres de uso público tendrá una profundidad mínima de sesenta centímetros; esa profundidad será medida desde el límite o parte superior de la última de las losas y/o forjados que, a su vez, constituyen la estructura portante de los citados viales, espacios libres y zonas verdes./ La profundidad de lo que se edifique en el subsuelo de los repetidos terrenos de destino público será de 25 metros como máximo./ El titular del derecho real de subedificación hará suyo en pleno dominio privado lo que se construya en la parte del subsuelo de los terrenos anteriormente definidos, debiendo estar la construcción que se realice, en todo caso, ajustada a las determinaciones y usos que se contienen en la Ordenanza Reguladora del PERI-8, siendo estos usos los de guardería de vehículos y comercial e instalaciones al servicio de estos usos./ El contenido del derecho real de subedificación tiene, entre otras, la siguiente concreción:/ Por parte de los terrenos de uso público discurrirán las conducciones de servicios públicos municipales (abastecimiento de agua, semáforos, alumbrado y saneamiento) y otros servicios públicos. Además sobre estos terrenos de destino público, y concretamente en los espacios y zonas libres (plaza y zonas verdes), se ubicarán las salidas de emergencia peatonales, rampas de vehículos y otros elementos arquitectónicos (lucernarios y huecos de ventilación) que comunicarán y servirán a la edificación que se construya en el subsuelo de tales terrenos./ En ejercicio del derecho de subedificación descrito se construyó el centro comercial (...) en el que se encuentra el almacén a que se refiere el escrito de reclamación, construido en la manzana n.º 7, que ocupa en el subsuelo, según la inscripción registral (...), la superficie total de la finca o Manzana 7 sobre la que se construye la totalidad de la superficie afectada por los derechos reales de subedificación que le corresponden a la misma como

anejos con titularidad ob-rem y que suponen prolongación del suelo al que está vinculado./ Dicho edificio forma un complejo compuesto de dos zonas. Una subterránea, dividida en cuatro niveles o plantas (...), y una entreplanta. Tales plantas subterráneas se comunican con las vías públicas mediante rampas para vehículos y por escaleras, y con la parte del edificio en superficie mediante escaleras y rampas peatonales que van a parar a superficies comunes de esa zona, y mediante estas con la vía pública a la que se accede por la entrada principal para personas de todo el edificio, estando dotada esta zona de salidas de ventilación y de dos huecos para claraboyas o lucernarios con un mínimo de ocho por dieciséis metros cada uno en la plaza pública central que, con fines de iluminación y ventilación directa sobre el exterior, comunicarán con el nivel de planta baja calle Río de Oro. Asimismo, existirá otra claraboya de un mínimo de ocho metros con igual finalidad de la antedicha que se ubicará en los espacios libres públicos exteriores y comunicará con el mall central de uso público del centro comercial en planta baja calle Río de Oro y otra de ocho por treinta y dos metros ubicada en espacios públicos exteriores frente a la citada anteriormente al lado Este de la misma./ Otra zona construida toda ella sobre la rasante del terreno, de forma hexagonal, dividida en cinco plantas. Este edificio (...) se dividió horizontalmente en cuatro locales, fijándose un régimen de comunidad y unos estatutos en los que se enumeran los elementos comunes, entre otros:/ El derecho real de subedificación/. La cubierta del centro comercial, constituida tanto por el techo o terrado de lo edificado sobre superficie como por la losa o forjado superior de lo construido en el subsuelo en uso del derecho de subedificación/. Y en la cubierta de los construido en el subsuelo se ubicarán las escaleras de emergencia, salidas de ventilación, claraboyas y lucernarios/. Las conducciones e instalaciones y canalizaciones generales de agua, energía eléctrica, saneamiento, extinción de incendios, aire acondicionado y ventilación, etc. En conclusión, el contenido del derecho real de subedificación definido faculta a su titular a hacer suyo lo construido en el subsuelo, estableciéndose una autorización para ubicar sobre el terreno público,

al servicio de lo construido en el subsuelo, las salidas de emergencia peatonales, rampas de vehículos y otros elementos arquitectónicos (lucernarios y huecos de ventilación); elementos que deberán tener la consideración de cualidad descriptiva a los efectos de la oportuna declaración de obra nueva de lo que se edifique./ Haciendo uso de esta facultad, en la declaración de obra nueva y división horizontal del edificio comercial construido en la Manzana 7, que ocupa en subsuelo la superficie total de dicha manzana y la totalidad de la superficie afectada por el derecho real de subedificación, se establece como elemento común la cubierta del centro comercial, constituida tanto por el techo o terrado de lo edificado sobre superficie como por la losa o forjado superior de lo construido en el subsuelo en uso del derecho de subedificación. Y en la cubierta de lo construido en el subsuelo se ubicarán las escaleras de emergencia, salidas de ventilación, claraboyas y lucernarios./ Teniendo en cuenta que dichos elementos son imprescindibles y necesarios en la edificación del centro comercial, las obligaciones de conservación y mantenimiento de tales elementos, por estar configurados como elemento común y no establecerse excepción al respecto, recaen sobre la comunidad de propietarios”.

7. Con fecha 12 de enero de 2016, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos comunica a la mercantil reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 21 de enero de 2016 comparece en las dependencias administrativas un representante de la interesada que, una vez que “tomó vista y copia del expediente”, estimó necesario que le fuera concedida una ampliación del plazo para presentar alegaciones, por lo que formuló la pertinente solicitud.

El día 29 de enero de 2016, presenta un escrito en una oficina de correos de Madrid en el que, tras denunciar lo que considera “serias irregularidades (...) en (...) la copia del expediente administrativo (...)” (nótese que al analizar su contenido se ha advertido que, posiblemente debido a un error al realizar la

copia del expediente administrativo, documentos muy relevantes del mismo se encuentran incompletos”, solicita que le sea concedido “un nuevo trámite de audiencia”.

No obstante, a la espera de ver atendida su petición y partiendo de la incompleta documentación facilitada, formula alegaciones sin perjuicio de su derecho a presentar otras “complementarias”. En ellas se reafirma en todos los términos de su reclamación inicial, reiterando que “el mantenimiento del sistema de drenaje e impermeabilidad del jardín público es responsabilidad del (...) Ayuntamiento de Gijón”.

8. Mediante oficio de 2 de febrero de 2016, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos comunica a la mercantil interesada la apertura de un nuevo trámite de audiencia.

Tras comparecer el 15 de febrero de 2016 un representante de la perjudicada en las dependencias municipales, con fecha 22 de febrero de 2016 se presenta un escrito de alegaciones en una oficina de correos en el que la perjudicada se reafirma en todos los términos de su reclamación inicial.

Alude, en primer lugar, a las obligaciones de conservación y mantenimiento del sistema de impermeabilidad del Ayuntamiento de Gijón, oponiéndose a las conclusiones que en sentido contrario se extraen de los diferentes informes incorporados al expediente por parte del Ayuntamiento frente al que se reclama; en concreto, las explicitadas en el informe del Servicio de Patrimonio y Administración General y en el pericial que aportó la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

Sostiene que los citados informes “no explican, ni justifican, ni razonan, por qué consideran (...) que el sistema de drenaje de los parques y jardines públicos -cuyo mantenimiento reconocen que es responsabilidad del Ayuntamiento de Gijón- no incluye la conservación de la impermeabilización que separa tales dotaciones y zonas verdes públicas del edificio del centro comercial (...) y (...) que el mantenimiento de dicha impermeabilización no es

responsabilidad del Ayuntamiento, sino de la `propiedad del edificio´. En este sentido, debe advertirse de que las afirmaciones efectuadas en el expediente administrativo por el Servicio de Patrimonio y Administración General y la compañía aseguradora del Ayuntamiento, además de estar infundadas, son incorrectas, en tanto que son contrarias al criterio que vienen reiterando nuestros tribunales al analizar supuestos de filtraciones o humedades relacionados con parques o jardines públicos que, con carácter previo al suceso que se denuncia, han sido cedidos al Ayuntamiento correspondiente y han sido recepcionados por dicha Administración local (...). Sirva de ejemplo la Sentencia de 12 de diciembre de 2013 de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura”, en la que se concluye -a su entender- en un caso análogo al que nos ocupa que “por mor de una cesión” el mantenimiento de “los elementos constructivos (pavimento y capa impermeabilizadora) sobre los que descansan dichos jardines (...) corresponde únicamente al Ayuntamiento que aceptó la cesión de tales parques y jardines”.

En la misma línea, y frente a la afirmación del Servicio de Patrimonio del Ayuntamiento de que “los forjados constituyen un elemento arquitectónico cuyo mantenimiento no corresponde al (...) Ayuntamiento de Gijón”, se alega “lo declarado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears” en su Sentencia de 10 de enero de 2006, en la que, de manera resumida, se reconocía el derecho de un particular que regentaba un local de negocio en la Plaza Mayor de Palma de Mallorca a ser indemnizado por este Ayuntamiento como consecuencia de las filtraciones provenientes del agua de lluvia habidas en su local y que hicieron su aparición tras unas obras de reforma y adecuación de la citada Plaza Mayor.

Por último, y en relación con “la supuesta titularidad de la comunidad de propietarios del centro comercial (...) sobre el forjado que argumentan los técnicos municipales”, pone de manifiesto que “nuestros Tribunales también han declarado que, a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración que aquí se reclama, resulta intrascendente la titularidad de la

cubierta perimetral o forjado que separa el almacén (del centro comercial) del parque público”. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia de 3 de septiembre de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que se recordó “el criterio jurisprudencial (...) por el que, a los efectos del régimen de la responsabilidad administrativa patrimonial, se interpreta que la actividad de servicio público no se altera por la circunstancia de que el mismo se preste en una construcción privada cuyos elementos no se diferencian de los elementos arquitectónicos afectos al servicio”.

9. El día 11 de mayo de 2016, la Técnica de Gestión y el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos, con el visto bueno de la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos, elaboran propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, tras reseñar los antecedentes del caso y los diferentes informes incorporados al expediente, así como lo alegado por el representante de la mercantil interesada, que se rechaza, toda vez que las pretendidas sentencias “similares” no son tal, se argumenta que “el artículo 396 del C. Civil determina como elemento común las cubiertas de los edificios, como así recoge igualmente la jurisprudencia”, citando como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2000. Consideran que “al fijarse en el régimen de comunidad y en los estatutos que la cubierta del centro comercial (techo y losa del subsuelo) son elementos comunes es la comunidad de propietarios (...) la que debe de atender el mantenimiento de dichos elementos”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de mayo de 2016, 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 de conformidad con 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, en los términos de 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 mercantil 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 29 de julio de 2015, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el

día 15 de diciembre de 2014, por lo que es claro que fue formulada 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.

Sin embargo, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la reclamante, 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.

Igualmente, 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.- Es objeto de análisis un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la mercantil interesada, titular de unos almacenes en un centro comercial ubicados en el subsuelo de un parque público de Gijón, reclama al Ayuntamiento una indemnización por la inutilización de determinada mercancía allí guardada como consecuencia de las filtraciones de agua provenientes de la superficie con ocasión de las fuertes lluvias que asolaron esta ciudad el 15 de diciembre de 2014.

En cuanto a la realidad de los daños cuya reparación se reclama -un total de 66 aparatos electrodomésticos que la reclamante afirma que quedaron "inutilizables"-, nos encontramos con que el Ayuntamiento de Gijón, que no tuvo conocimiento del siniestro cuando sucedió, no ha realizado a lo largo de la instrucción del procedimiento ninguna actividad tendente a comprobar la realidad del daño, ni el destino final dado por la interesada a este conjunto de bienes muebles. Así, la única constancia de la realidad de los daños por los que se reclama queda limitada a una relación pormenorizada de los electrodomésticos que facilita la perjudicada con su escrito inicial, complementada con 22 fotografías de las instalaciones donde se encontraban almacenados, y por la valoración de cada uno de estos aparatos realizada con posterioridad al 29 de diciembre de 2014; día en el que un perito de la compañía aseguradora de la comunidad de propietarios del complejo comercial donde se ubica el almacén subterráneo compareció en el lugar al objeto de investigar las causas y circunstancias del siniestro por encargo de la citada

comunidad. Por otro lado, un perito de la compañía aseguradora del Ayuntamiento de Gijón habría comparecido en una fecha que no podemos determinar en las instalaciones afectadas, y al margen de comprobar la existencia de ciertas humedades nada nos indica sobre el estado y destino de los electrodomésticos presuntamente “inutilizables”, pues su única intervención quedó reducida a investigar el origen de las humedades.

Por tanto, la única constancia que nos asiste en orden a la realidad de los daños cuya indemnización se postula proviene de las afirmaciones que al respecto hace la reclamante, en absoluto investigadas o contrastadas por el Ayuntamiento, que, dando los daños por supuestos, ha centrado toda la instrucción del procedimiento en analizar el posible nexo causal entre los daños reclamados y el funcionamiento del servicio público, concluyendo que, descartado ese nexo causal, la reclamación ha de ser desestimada.

Así las cosas, este Consejo solamente puede emitir su dictamen en términos de suposición en lo que respecta a la realidad del daño que se dice producido. Sentado lo anterior, resulta forzoso advertir que si en el pronunciamiento final se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que, previas la comprobaciones oportunas, se verifique la realidad de los daños sufridos en la mercancía en los locales afectados por estas humedades, así como el destino final de los mismos; esto es, su inutilización.

Ahora bien, incluso formulada en términos hipotéticos -tal y como nos vemos obligados a afrontar esta cuestión en el presente supuesto por las razones expuestas-, la mera presencia de un daño como el alegado no implicaría sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el mismo tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de un servicio público.

Para la mercantil interesada esta cuestión resulta clara, toda vez que, partiendo del carácter público y de la titularidad municipal del parque y los

jardines existentes en la superficie de la plaza ubicada encima de sus instalaciones, al Ayuntamiento de Gijón le correspondería su adecuada conservación, de forma tal que si por un defectuoso mantenimiento de estos espacios públicos se produjeran daños en las instalaciones -o, más en concreto, en los bienes allí almacenados- el Ayuntamiento debería responder de ellos. Así considera la reclamante que ha sucedido en el caso que nos ocupa partiendo de las conclusiones que alcanzó el perito de la compañía aseguradora de la comunidad de propietarios del complejo comercial, conforme a las cuales las filtraciones de agua al almacén de la perjudicada fueron debidas a la "falta de mantenimiento evidente en la estanqueidad del drenaje de los jardines, estando la tela asfáltica totalmente deteriorada". Fijado de este modo el origen de las filtraciones del agua de lluvia, la interesada, invocando diferentes decisiones de "nuestros Tribunales" en lo que califica de "supuestos similares al que nos ocupa", y considerando que en ellas se declara "tajantemente que el Ayuntamiento, una vez adquirida la titularidad de los jardines previa cesión del promotor y aceptación por su parte, debe responsabilizarse de los elementos constructivos que posibilitan la existencia de los bienes de su titularidad y que se ubican sobre los mismos (pavimento y capa impermeabilizadora)", concluye que el Ayuntamiento de Gijón ha de responder de los daños causados en sus bienes como consecuencia de la falta de mantenimiento de los bienes de titularidad municipal.

Por su parte, el Ayuntamiento de Gijón, que comparte con el perito de la comunidad de propietarios del complejo comercial la causa de estas filtraciones de agua, toda vez que el perito de su compañía aseguradora pudo comprobar que la tela asfáltica que proporciona la necesaria impermeabilización al conjunto de la plaza y a lo construido debajo de ella se encontraba "totalmente deteriorada y con roturas visibles", declina cualquier responsabilidad en los daños sufridos, al estimar, con base en lo informado tanto por este perito como por los técnicos del Servicio de Patrimonio del propio Ayuntamiento, que siendo la tela asfáltica, en tanto que elemento de impermeabilización, una parte de lo

construido en ejercicio del derecho real de subedificación, es al titular de este derecho de subedificación -en concreto y en la actualidad a la comunidad de propietarios del centro comercial- a quien corresponde su mantenimiento. Por la misma razón, niega la "similitud" del caso que nos ocupa con los precedentes invocados por la reclamante.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, hemos de comenzar nuestro examen dando por sentado, a la vista de la coincidencia existente entre las conclusiones alcanzadas por el perito de la compañía aseguradora de la comunidad de propietarios y las del de la aseguradora del Ayuntamiento, que el origen de las filtraciones del agua de lluvia que produjeron los supuestos daños cuya indemnización pretende la mercantil interesada no es otro que el deterioro de la tela asfáltica encargada de garantizar la impermeabilidad de lo edificado en el subsuelo de la plaza, debiendo descartarse la existencia de desperfecto alguno en el pavimento de la plaza y zonas ajardinadas de titularidad pública capaz de provocar esas filtraciones.

Aclarado este aspecto, la única cuestión que ha de ser resuelta en orden a dictaminar el acogimiento o rechazo de la reclamación dirigida frente al Ayuntamiento de Gijón queda limitada a tratar de encontrar respuesta a la duda que se suscita sobre si es obligación del Ayuntamiento llevar a cabo el adecuado mantenimiento de la tela asfáltica.

Pues bien, para este Consejo la respuesta a dicho interrogante no puede obtenerse -tal y como pretende la reclamante- de los criterios expuestos en las "decisiones" de algunos tribunales de justicia en supuestos que en modo alguno podemos considerar similares al que nos ocupa, sino que habrá de alcanzarse con base en la documentación incorporada al expediente, desde la perspectiva del concreto instrumento de gestión urbanística que posibilitó la actual configuración del conjunto que forman la plaza y el centro comercial allí construido de manera simultánea, parte en la superficie y parte en el subsuelo.

En este sentido, el Servicio de Patrimonio y Administración General del Ayuntamiento de Gijón señala, en su informe de 7 de enero de 2016, que el

instrumento de gestión urbanística utilizado en su día fue una “delimitación de la Unidad Reparcelable Aislada, Reparcelación Voluntaria y Constitución de Derecho de Subedificación (...) en el ámbito del PERI-8, en El Llano”, que posibilitó al titular del derecho de subedificación así constituido hacer suyo en pleno dominio lo construido en cuatro plantas subterráneas con un destino de guardería de vehículos y comercial e instalaciones de estos usos. En estas condiciones, resulta evidente que la tela asfáltica en su día instalada cumple la finalidad de garantizar en lo construido el pacífico disfrute de este pleno dominio por parte del titular de este derecho de subedificación, que viene obligado a llevar a cabo las labores de mantenimiento y conservación inherentes a este elemento estructural, y que nunca serían las mismas -pudiendo llegar a ser innecesarias en gran medida- en el supuesto de que debajo de la plaza pública existente en superficie no hubiera subedificación. Con el aprovechamiento obtenido por esta vía, y una vez llevada a cabo la urbanización del conjunto, el centro comercial estableció una propiedad horizontal en régimen de comunidad a la que se dotó de los correspondientes estatutos, entre cuyos elementos comunes ligados al derecho de subedificación así constituido se incluye “la losa o forjado superior de lo construido en el subsuelo en uso del derecho de subedificación”; forjado superior que forzosamente ha de estar dotado de la correspondiente tela asfáltica que garantice su impermeabilización.

En definitiva, al Ayuntamiento de Gijón, en cuanto titular, dado su carácter público, de la plaza y zonas ajardinadas existentes en superficie, no le corresponde ninguna obligación distinta en orden a la conservación y mantenimiento de la tela asfáltica que garantice la impermeabilidad de lo construido en el subsuelo que la de permitir el acceso de la propiedad de lo construido para la ejecución de estas labores de mantenimiento que, por lo indicado, a ella sola le incumben.

En consecuencia, y habiendo quedado acreditado que los supuestos daños que se reclaman en el asunto analizado se habrían producido como

consecuencia del defectuoso estado de conservación de la tela asfáltica que debe garantizar la impermeabilización de lo construido en el subsuelo, la reclamación formulada frente al Ayuntamiento de Gijón debe ser desestimada, toda vez que falta el imprescindible nexo causal entre el funcionamiento de un servicio público al que se pueda imputar el deficiente estado de conservación de este elemento estructural de lo edificado en beneficio exclusivo de la propiedad y los daños alegados.

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.