

Expediente Núm. 126/2018
Dictamen Núm. 201/2018

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 20 de septiembre de 2018, 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 9 de mayo de 2018 -registrada de entrada el día 22 de ese mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por los daños y perjuicios que atribuyen a la pasividad del Ayuntamiento de Oviedo ante el cierre de un camino de uso público por el que accedían a una finca de su propiedad.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de marzo de 2017, los interesados presentan en el registro del Ayuntamiento de Oviedo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuyen a la pasividad de esa Administración local ante el cierre de un camino de uso público por un tercero.

Exponen que son "propietarios de una finca situada en (parroquia de Limanes) que se corresponde con las parcelas catastrales 'A' y 'B' del polígono La finca y la vivienda unifamiliar que está construida sobre ella fueron adquiridas (...) en escritura pública otorgada el 7 de abril de 2006". Señalan que "el acceso a dicha finca se realiza por un camino público, de titularidad municipal, que desemboca en la carretera de", y precisan que dicho camino "está incluido en el inventario de caminos del Ayuntamiento de Oviedo". Relatan que a finales de octubre de 2013, "el camino fue cortado de forma violenta por parte de la propiedad (...) de una de las fincas colindantes, la parcela 'C'", hecho que denunciaron ante el Ayuntamiento de Oviedo ese mismo mes, aunque su petición fue desestimada mediante Resolución de la Junta de Gobierno Local, de 27 de marzo de 2014, "aduciendo la supuesta naturaleza privada del camino (pese a que éste estaba y está inscrito en el inventario)". Añaden que para solventar esta situación, acudieron a los tribunales, y si bien en primera instancia el recurso contencioso-administrativo fue desestimado, finalmente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, mediante sentencia de 30 de marzo de 2016 (notificada el día 31 de ese mes, según manifiestan), "estimó el recurso de apelación (...), revocó la sentencia del Juzgado y estimó el recuso (...) obligando al Ayuntamiento a abrir el camino y restablecer su uso público". No obstante, comentan que "el Ayuntamiento dilató la ejecución, presentando al juzgado, todavía el 19 de septiembre, un escrito en que alegaba 'que ha surgido la controversia tanto acerca de la traza del camino que hay que recuperar (...), como del modo en que ha de producirse la recuperación de la posesión', lo que nos obligó nuevamente a acudir a la vía judicial, en la que el auto (...) de 4 de noviembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Oviedo (en procedimiento de ejecución definitiva 14/2016) zanja definitivamente la cuestión".

Atribuyen el daño sufrido a "la ilegal inactividad de la Administración (es decir, el incumplimiento de sus obligaciones tal como han sido declaradas

posteriormente por los tribunales) y los daños que hemos sufrido. Si la Administración hubiera estimado nuestra solicitud de octubre de 2013, en lugar de desestimarla expresamente, no se habría producido ningún daño. Esta responsabilidad administrativa es independiente y ajena a la responsabilidad de quien cerró el camino, puesto que, tratándose de un camino público, el ciudadano tiene que dirigirse a la Administración para que sea ésta la que defienda la propiedad pública y, en su caso, restablezca el uso público, y no contra quien lo cierra por la fuerza (contra quien (puede) dirigirse, en su caso, la Administración, que dispone para ello, incluso de la potestad sancionadora administrativa)".

Cuantifican el daño sufrido en veintisiete mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros con setenta y nueve céntimos (27.464,79 €), que desglosan en los siguientes conceptos: honorarios de abogados (520,31 €); poder para pleitos (45,29 €); honorarios de procuradores (1.660,89 €); incremento en la ejecución de la obra de cierre del camino (respecto al presupuesto inicial) (319 €, IVA incluido), y obra adicional de recuperación (531,30 €); trabajos de recuperación del jardín, que "se ha visto en un estado de abandono durante estos tres años, cuya recuperación ha supuesto también costes importantes", incluyendo desbrozado (720 €), herbicida (220 €) y recuperación (1.337,10 €); costes de la formalización notarial de las declaraciones juradas de los testigos (110,90 €), y por último, 18.000 € por la privación del uso de la vivienda "durante tres años", "si partimos de que el arrendamiento de una vivienda equivalente (vivienda unifamiliar con parcela) tendría, como mínimo, un coste de 500 euros mensuales". A lo anterior añaden 4.000 € en concepto de daño moral "por la situación de incertidumbre e impotencia que supone verse privado por la fuerza del acceso a la propia vivienda y privado de la protección de la Administración". Asimismo, solicitan que la cuantía solicitada se calcule con referencia a la fecha en que se produjo el daño, abonándose, en su caso, los intereses de demora que procedan.

A efectos probatorios solicitan que se incorpore al procedimiento en curso la documental aportada por la parte, así como el contenido de los expedientes administrativos municipales "X" y "Y".

Adjuntan a su escrito los siguientes documentos: a) Sentencia 238/2016 de 30 marzo de 2016, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los recurrentes y anulando la sentencia de instancia. En su fundamento de derecho segundo se afirma que "la Administración hace caso omiso de su propio inventario, negándose a defender la posesión pública de un bien que tiene inventariado como tal sin modificar el inventario, siendo así que esto junto con toda la prueba practicada en las actuaciones así la documental; planos catastrales que constituye prueba de uso público, como que el mismo fue acondicionado con gravilla por el Ayuntamiento y que por él pase un colector, siendo así que del conjunto de las pruebas consta acreditado tanto el uso público como su usurpación, razones ellas que llevan a la estimación del recurso de apelación interpuesto, sin perjuicio del derecho de acudir a los Tribunales Civiles al objeto de dirimir su titularidad por quien se crea perjudicado". b) Escrito enviado a la interesada por sus procuradores, donde consta como fecha de notificación de la Sentencia 238/2016, el 31 de marzo de 2016. c) Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3, de Oviedo, de 2 de noviembre de 2016, disponiendo "que por el Ayuntamiento de Oviedo se adopten sin dilación, y en el plazo de los quince días siguientes a la notificación del presente Auto, las medidas necesarias para la recuperación del camino público CAM_000_000 del Inventario Municipal". Consta que por escrito de 2 de agosto de 2016, los ahora reclamantes "solicitan la ejecución forzosa de la sentencia, ordenando al Ayuntamiento de Oviedo que la lleve a puro y debido efecto, procediendo a la inmediata apertura al uso público del camino inventariado CAM_000_000". En la solicitud se alega que "un simple examen de las actuaciones seguidas hasta este momento por el Ayuntamiento de Oviedo en trámite de ejecución de la

Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del (Tribunal Superior de Justicia) de Asturias de 30 de marzo de 2016, y sin necesidad de realizar una laboriosa actividad hermenéutica, evidencia bien a las claras lo que es una actuación administrativa renuente a cumplir lo ordenado, realizando un torticero uso del procedimiento administrativo con la única finalidad de no cumplir lo debido, en un ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de ejecución de lo resuelto./ Lo anteriormente expuesto resulta, en primer lugar, del contenido del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de mayo de 2016, el cual resuelve dejar sin efecto los Acuerdos de 27 de marzo de 2014 y 19 de junio y 3 de julio de 2015 cuando lo cierto es que la nulidad de dichos acuerdos es inherente al pronunciamiento de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del (Tribunal Superior de Justicia) de Asturias de 30 de marzo de 2016 cuyo fallo, es obvio al estimar el recurso de apelación contra la Sentencia de 1 de junio de 2016, lleva consigo la nulidad citada, sin que este pronunciamiento judicial tenga que ser ratificado por ningún órgano administrativo./ En segundo lugar, el Acuerdo de 27 de mayo de 2016 resuelve iniciar el expediente de recuperación de la posesión del camino CAM_000_000, olvidando que el objeto de este contencioso fue la desestimación administrativa de apertura al uso público del referido camino, y por tanto, una vez estimado el recurso contencioso lo que procede es, sin más, realizar las actuaciones materiales necesarias para llevar a la práctica tal recuperación./ En tercer lugar, a la vista de lo alegado por la defensa de la Administración en su escrito presentado el 22 de septiembre de 2016, parece que ahora surgen problemas en relación con el trazado del camino, así como del modo en que debe procederse a su recuperación, debido a la existencia de unos pilares y portillas colocadas hace más de veinticinco años. Estas alegaciones (...) resulta(n) claramente inaceptable(s)./ Efectivamente, el camino se encuentra perfectamente identificado en el inventario municipal (...) y así resulta del propio informe del Topógrafo Municipal de 14 de septiembre de 2016 que se ha aportado a este incidente (...). Por lo tanto, ninguna controversia existe en

torno a la identificación del camino a recuperar". d) Minutas de los letrados (520,31 €) y de los procuradores (563,38 € y 497,51 €). e) Factura por los gastos de notaría (poder para pleitos), por importe de 45,29 €. f) Presupuesto de la obra de cierre de la finca, de 3 diciembre de 2013 (1.570 €, sin IVA) y factura de la ejecución de esa obra el 29 de julio de 2016 (2.046 €, IVA incluido). En esta última factura figura como "incrementos de obra" una cantidad de 290 €, sin IVA. g) Factura de las obras de reparación de la finca, con un coste de 531,30 €, de fecha 20 de octubre de 2014. Entre otros conceptos, consta lo siguiente: "1 día de oficial = subir los 2 *pallets* de ladrillo en carrito a la finca del propietario y los 15 sacos de cementos a la casa del mismo". h) Facturas correspondientes a los trabajos de recuperación del jardín, incluyendo desbrozado (720 €) -19 de julio de 2016-, herbicida (220 €) -22 de agosto de 2016- y recuperación (1.337,10 €) -11 de octubre de 2016-. i) Facturas de la formalización notarial de las declaraciones juradas de los testigos (110,90 €), de 25 de abril de 2014.

2. Mediante Resolución del Concejal de Gobierno de Interior del Ayuntamiento de Oviedo de 29 de marzo de 2017, se acuerda iniciar expediente de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del procedimiento a la Sección de Gestión del Patrimonio -con mención del plazo para resolver y el efecto del silencio administrativo-, así como requerir informe al topógrafo municipal y al Servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la presunta lesión indemnizable. Asimismo se decide la suspensión del procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

La resolución se notifica a la correduría de seguros y a los interesados, los días 5 y 11 de abril de 2018, respectivamente.

3. El 5 de abril de 2017, el Topógrafo Municipal emite un informe en el que recoge el contenido de los librados con ocasión de los expedientes "X" (denuncia de cierre CAM_000_000 en) y "Y" (recuperación de

CAM_000_000 en), comentando que "la parcela propiedad de (el reclamante) denominada '.....', dispone de un frente de aproximadamente 16 metros a la carretera de (CAM_000_001) además de un antiguo acceso por esa zona, es de entender que por dicho frente se habría de materializar el acceso que se recoge como compromiso del adquirente en el documento de compraventa (...). Se adjunta una fotografía explicativa de esta circunstancia".

4. Previa petición formulada por la Concejala Delegada de Gestión del Patrimonio, Estadística y Archivo Municipal del Ayuntamiento de Oviedo, con fecha 27 de octubre de 2017 emite informe la Asesora Jurídica de Gestión de Patrimonio, con el conforme de la Jefa de Servicio Área Interior. Sobre los antecedentes del caso, expone que "la Sección de Gestión de Patrimonio tramitó expediente número 'X', de denuncia de cierre del camino denominado en el Inventario de la red de caminos del concejo de Oviedo como CAM_000_000, sito en, que finalizó por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (TSJA) de 30 de marzo de 2016, recaída en el recurso de apelación número 6/16, que estimó el recurso de apelación interpuesto por -los ahora reclamantes- contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Oviedo, de 1 de junio de 2015, en autos PO 157/2014, sentencia que fue anulada por no se ajustada a Derecho./ En ejecución de la citada Sentencia del TSJA, y dentro del expediente 'Y', de recuperación del camino CAM_000_000, el Ayuntamiento de Oviedo procedió a la apertura de dicho camino al uso público mediante los oportunos requerimientos al responsable del cierre del mismo./ El último requerimiento al ocupante del camino fue efectuado mediante Resolución de Alcaldía n.º 2016/17915, de 22 de noviembre de 2016, que fue notificada al requerido el 24 de noviembre de 2016, quien, tras una deficiente ejecución de lo ordenado, fue advertido de ejecución subsidiaria a su costa el 5 de enero de 2017 (recibió la notificación el 14 de enero de 2017) si en el plazo de cinco días no procedía a retirar el pilar y la portilla del margen izquierdo del camino./ El Servicio de

Infraestructuras informó el 1 de febrero de 2017 que, girada visita de inspección, tras la retirada del pilar y la portilla el camino estaba abierto al uso público, según se muestra en la fotografía que obra en dicho informe (página 144 del expediente `Y´)”. De otro lado, señala que en la estipulación VI de la escritura de compraventa de la finca de los reclamantes, la parte vendedora “se comprometen a no cerrar el camino de servicio a fincas sito al norte de esta parcela, en tanto no materialice por parte de la compradora el nuevo acceso a la finca objeto de esta transmisión”. Teniendo en cuenta lo anterior, así como el informe del topógrafo municipal de 5 de abril de 2017, considera “evidente” que “no es cierta la manifestación hecha por los interesados en su escrito de reclamación de que su finca no tiene ninguna otra salida a camino público”. A su juicio, “resulta probado (...) que la finca de los recurrentes tenía acceso a otro camino público por el norte -carretera de (CAM_000_001) - disponiendo de una portilla de acceso al mismo, sin perjuicio del compromiso asumido en dicha escritura pública de materializar un nuevo acceso a la misma./ Por tanto, el hecho de que los reclamantes no pudiesen utilizar el camino en litigio (CAM_000_000) no les impedía haber accedido a la finca por la entrada existente al norte de la parcela (el acceso original, que aún permanece con una portilla) o bien crear el nuevo acceso a la misma y tal y como se comprometieron en la escritura de compraventa”. Añade que “no puede ser responsabilidad de la Administración que quien voluntariamente haya decidido no utilizar la entrada original para acceder a su finca, siendo conocedor de esa circunstancia y teniendo, además, el compromiso de crear un nuevo acceso a la misma, no lo haya hecho. En los casos en que el daño se autoinflige por quien lo sufre, no puede haber lesión, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo./ No existe nexo causal, por tanto, entra la actuación administrativa y los supuestos daños y perjuicios alegados, y de haberlo, estaría roto por la dolosa o negligente conducta de los recurrentes de abandonar la finca a su suerte teniendo la posibilidad de acceder a la misma por la entrada existente al norte de la parcela, que estaba

perfectamente operativa desde antes de octubre de 2013 y durante todo el tiempo en que se sustanciaron los expedientes administrativos y el recurso contencioso-administrativo". A mayor abundamiento, destaca que según el presupuesto aportado por los interesados, se realizaron diversos trabajos en la finca de referencia, durante el tiempo que dicen haberse visto privados de la finca. Consideran que "lo anterior evidencia (...) cierta mala fe por parte de los reclamantes que lo que pretenden no es otra cosa que acondicionar su finca a costa del Ayuntamiento de Oviedo".

5. Mediante escrito de 30 de octubre de 2017, el Instructor del procedimiento comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, durante el cual podrán examinar el expediente y presentar las alegaciones que consideren oportunas.

Consta que el 9 de noviembre se hace entrega al reclamante de una copia de las hojas 47 a 58 del expediente administrativo.

El 10 de noviembre de 2017, los interesados presentan en el registro municipal un escrito solicitando la ampliación del plazo de alegaciones en cinco días más, hasta el 23 de noviembre de 2017.

El 16 de noviembre, los reclamantes presentan en el Registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito de alegaciones en el que reiteran que su vivienda "siempre ha tenido acceso por el camino público que fue cortado por un vecino y cuyo uso público ha sido restablecido por el Ayuntamiento en virtud de sentencia judicial". Afirman que habían comprado "otra finca colindante y que ésta es colindante a su vez con la carretera, pero nunca ha tenido acceso por la misma, al estar situada varios metros sobre la misma con un considerable desnivel". Respecto a la portilla situada en la parte trasera de esa finca, señalan que "no comunica la finca con la carretera, sino con una finca privada situada a sus espaldas", lo cual se debe a que "antiguamente tenían el mismo dueño y pasaban por ella para usos agrarios y ganaderos, pero ahora no podríamos utilizarla para entrar a otra finca y pasar a través de ella a la

carretera por razones obvias". Afirman que para poder acceder a su vivienda a través de la otra finca de su propiedad (la colindante con la carretera), "habríamos tenido que solicitar a la Administración el acceso directo a dicho camino y, en caso de obtenerlo, habría sido necesaria la ejecución de una costosa obra de desmonte para superar el desnivel". Además, "ante la decisión del Ayuntamiento de no restablecer el uso público del camino, no estábamos obligados a ejecutar obras para construir un acceso alternativo, sino que estábamos en nuestro derecho de recurrir la decisión municipal, que desde luego nos estaba perjudicando". Sobre el daño consistente en la privación del uso de la vivienda, consideran "notorio" que 500 euros "es la renta mensual mínima, puesto que prácticamente cualquier piso o apartamento en prácticamente cualquier zona de Oviedo, aunque sea más pequeño, tiene una renta más alta"; para ello, dicen haber tomado como referencia el precio del alquiler medio en Oviedo, según un portal inmobiliario. En cuanto al resto de los conceptos cuya indemnización se solicita, consideran que "están perfectamente acreditados, incluida la factura a la que se hace referencia en el último informe de transporte de material en carretillo, que lo único que acredita es el sobrecoste que tuvimos que soportar por no disponer de acceso rodado a la finca".

6. Con fecha 20 de noviembre de 2017, el Instructor del expediente elabora un informe-propuesta en el que razona que "no es cierto que los reclamantes se vieran privados del acceso y uso de su finca y vivienda, pues como señalábamos la finca dispone de un antiguo acceso por su parte norte, que conserva una portilla, como se puede ver en las fotografías incorporadas al informe del Técnico municipal (...); y que los compradores, y ahora reclamantes, se comprometieron en la escritura de compraventa (...) a hacer un nuevo acceso a la finca, y que, hasta tanto no se materializase el mismo, no se cerraría el antiguo camino de servicio sito al norte de la misma, resultando de ello la evidencia de la falaz aseveración efectuada por estos al manifestar que

su finca no tiene ninguna otra salida a camino público, máxime cuando junto con su reclamación aportan precisamente facturas de acometida de obras en la finca en cuestión con anterioridad a que se ordenara la apertura del camino controvertido, lo que sin duda evidencia a todas luces que podían acceder a dicha finca por otro camino, como así lo hicieron, tal como se desprende del contenido de las facturas aportadas. (...) el hecho que invocan de que estuvieron privados durante tres años del acceso y uso de su finca, no es cierto, por cuanto que disponían del acceso original, que aún permanece con portilla, por la entrada existente al norte de la parcela, o bien hubieran podido crear un nuevo acceso a la misma, tal como así habían convenido en la escritura de compraventa./ Por tanto, no existe ese pretendido nexo causal, y como ya se señala en el informe del Servicio, 'de haberlo estaría roto por la dolosa o negligente conducta de los recurrentes'. Concluye su informe proponiendo "que se desestime la solicitud de indemnización", "se acuerde solicitar la emisión del correspondiente dictamen del Consejo Consultivo", "se acuerde la suspensión del procedimiento hasta la recepción del dictamen" y "se ponga en conocimiento de los interesados en el procedimiento la suspensión".

7. El 13 de abril de 2018, la Jefa de Sección de Gestión de Patrimonio del Ayuntamiento de Oviedo, con el conforme de la Jefa de Servicio de Interior, emite informe explicando que "del informe-propuesta del instructor y del propio expediente se dio traslado para examen a la Jefatura de Servicio de Interior a petición propia, siendo posteriormente devueltos a la Sección de Gestión del Patrimonio, dándose la circunstancia de que durante ese tiempo se produjo el nombramiento de quien suscribe como Jefe de Sección (a mediados del mes de enero), teniendo conocimiento del expediente con la toma de razón e distintas actuaciones pendientes de trámite todo lo cual justifica la demora en la remisión del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias". De otro lado, considera "correctos" los apartados primero, segundo y tercero de la propuesta del Instructor, de fecha 20 de noviembre de 2017, y en

consecuencia, propone “que se desestime la solicitud de indemnización”, “se solicite la emisión del correspondiente dictamen del Consejo Consultivo” y “se notifique a los interesados la solicitud del dictamen al Consejo Consultivo”.

8. Mediante escrito de 25 de abril de 2018, se pone en conocimiento de la correduría de seguros el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, dada la inexistencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida, así como la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de mayo de 2018, 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 Oviedo objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo y de los expedientes núm. “X” y “Y”, en soporte digital.

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 Oviedo, 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados 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 Oviedo 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 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”. Y precisa en su segundo inciso que, “En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”. En el caso que analizamos, la reclamación se formula el día 27 de marzo de 2017, por lo que habiéndose notificado el 31 de marzo de 2016 la Sentencia 238/2016, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, es claro que la acción se ejercita dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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 la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas consiste en que, como venimos señalando reiteradamente a esa autoridad consultante, observamos que el Concejal de Gobierno de Interior del Ayuntamiento de Oviedo acuerda, por Resolución de 29 de marzo de 2017, iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial. Al respecto, debemos recordar que en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada, como el que nos ocupa (artículo 54 de la LPAC), la mera presentación de la reclamación a instancia de parte supone que el procedimiento se ha iniciado sin necesidad de acto expreso alguno de la Administración, con independencia de las formalidades que la entidad local considere oportunas para el nombramiento del instructor.

De otro lado, resulta improcedente la suspensión acordada en la citada Resolución de 29 de marzo de 2017, dado que el órgano competente para instruir y resolver el procedimiento es, a su vez, la dependencia administrativa a considerar como servicio causante de la presunta lesión.

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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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 34 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuyen a la pasividad del Ayuntamiento de Oviedo ante el cierre de un camino de uso público por el que accedían a una finca de su propiedad.

Con carácter general, el inciso segundo del artículo 32.1 de la LRJSP establece que la “anulación (...) por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos (...) no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”. Del tenor literal del citado precepto se desprende que del hecho cierto de la invalidación de un acto administrativo no cabe presuponer sin más la existencia de una responsabilidad objetiva y directa a la que deba hacer frente la Administración autora del acto invalidado, sino que incluso en este supuesto el éxito o el fracaso en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial vendrá determinado por la concurrencia o no de la totalidad de los requisitos establecidos con carácter general al efecto, y que hemos dejado consignados en la consideración anterior. Por ello, resulta necesario determinar en este caso, como presupuesto necesario, la existencia de un daño real, efectivo, individualizado y evaluable económicamente, y que reúna además la nota de la antijuridicidad.

En cuanto a la efectividad del daño alegado, los interesados manifiestan haberse visto privados del acceso a la vivienda sita en una finca de su propiedad, cuyo acceso venían realizando, según refieren, por un camino con el que linda por el noroeste y desemboca en la carretera de, que fue cortado por la propiedad de una de las fincas colindantes a finales de octubre de 2013, hasta que mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de marzo de 2016, se declara tanto el uso público del camino como su usurpación.

En contraposición a ello, el Instructor del expediente propone desestimar la reclamación, negando la efectividad del daño puesto que los reclamantes no se vieron privados del acceso y uso de su finca y vivienda, ya que “la finca dispone de un antiguo acceso por su parte norte, que conserva una portilla, como se puede ver en las fotografías incorporadas al informe del Técnico municipal”; apoya su tesis en que los interesados aportan “facturas de acometida de obras en la finca en cuestión con anterioridad a que se ordenara la apertura del camino controvertido, lo que sin duda evidencia a todas luces que podían acceder a dicha finca por otro camino”.

Según informa el Topógrafo Municipal, de 5 de abril de 2017, “la parcela propiedad de (el reclamante) denominada ‘.....’, dispone de un frente de aproximadamente 16 metros a la carretera de (CAM_000_001) además de un antiguo acceso por esa zona”. Como se observa en las fotografías incorporadas a este informe, la vivienda se ubica al sur de esta finca, encontrándose el camino “CAM_000_000” al noroeste de la vivienda. Respecto a la portilla situada en la parte norte de esa finca (al lado de la carretera de), los interesados aclaran que “no comunica la finca con la carretera, sino con una finca privada situada a sus espaldas”, lo cual se debe a que “antiguamente tenían el mismo dueño y pasaban por ella para usos agrarios y ganaderos, pero ahora no podríamos utilizarla para entrar a otra finca y pasar a través de ella a la carretera por razones obvias”. Y añaden que para poder acceder a su vivienda a través de la otra finca de su propiedad (la colindante con la carretera y que está agrupada con la finca donde se ubica la vivienda), “habríamos tenido que solicitar a la Administración el acceso directo a dicho camino y, en caso de obtenerlo, habría sido necesaria la ejecución de una costosa obra de desmonte para superar el desnivel”.

En las fotografías se aprecia la existencia de una vieja portilla, a escasos metros de la carretera; sin embargo, no juzgamos viable el acceso rodado por

la misma dado el estado en que se encuentra, y el acceso a pie por esta zona tampoco parece el más adecuado, puesto que supondría tener que atravesar toda la parcela para acceder a la vivienda, además de invadir la finca de al lado, aspectos que no pondera la Administración municipal.

En cualquier caso, los reclamantes afirman que su vivienda “siempre ha tenido acceso por el camino público”, manifestación que figura en el acta incorporada al expediente ‘X’ (folios 165 y 171 EA), sin que la Administración haya acreditado que los interesados utilizaran el antiguo acceso durante este tiempo, ya que desde octubre de 2013 hasta el pronunciamiento judicial que declaró el uso público del camino, únicamente consta que un acceso a la vivienda en octubre de 2014 para la ejecución de una obra, lo que es de suponer contara con la tolerancia o inadvertencia del tercero que obstaculizaba indebidamente el paso por el camino en cuestión.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a concluir que los interesados se vieron privados del uso del camino que permitía el acceso a su vivienda, lo que a su vez supuso la paralización de la obra de cierre de la misma -cuya licencia ya les había sido concedida-, por lo que estamos ante un daño efectivo, con independencia de su entidad y valoración económica.

La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no implica por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer a la perjudicada el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, debe analizarse si los perjuicios sufridos son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del servicio público y si son antijurídicos.

Los reclamantes atribuyen el daño sufrido a “la ilegal inactividad de la Administración”; y entienden que “si la Administración hubiera estimado nuestra solicitud de octubre de 2013, en lugar de desestimarla expresamente, no se habría producido ningún daño. Esta responsabilidad administrativa es independiente y ajena a la responsabilidad de quien cerró el camino, puesto

que, tratándose de un camino público, el ciudadano tiene que dirigirse a la Administración para que sea ésta la que defienda la propiedad pública y, en su caso, restablezca el uso público”.

Por su parte, la Administración municipal además de negar el daño invocado por los reclamantes en los términos ya expuestos, considera que “no existe ese pretendido nexos causal, y como ya se señala en el informe del Servicio, “de haberlo estaría roto por la dolosa o negligente conducta de los recurrentes”, al sostener que aquellos “hubieran podido crear un nuevo acceso” a la finca “tal como así habían convenido en la escritura de compraventa”.

Es cierto que en la escritura de compraventa se estipuló que la parte vendedora “se comprometen a no cerrar el camino de servicio a fincas sito al norte de esta parcela, en tanto no materialice por parte de la compradora el nuevo acceso a la finca objeto de esta transmisión”. Pero de lo anterior no puede inferirse automáticamente la existencia de una obligación de hacer para los compradores -ahora reclamantes-, sino más bien que los transmitentes no impedirían el acceso a la finca cerrando al camino, lo que de otro lado ya hemos adelantado que no era posible al tratarse de un camino de uso público. Por tanto, ante la negativa de la Administración de recuperar el camino de uso público, no puede recaer sobre los perjudicados la obligación de ejecutar obras para construir un acceso alternativo, puesto que supondría gravar a los interesados con una carga desproporcionada e indebida.

Procede, en consecuencia, analizar la relación del daño alegado con el funcionamiento del servicio público. En este sentido hemos de recordar, como expusimos en casos similares (entre otros, Dictamen Núm. 187/2011), que la acción de responsabilidad también puede ejercitarse en un supuesto de inactividad o pasividad de la Administración frente a la acción de un tercero que es quien de manera directa provoca el efecto lesivo. A este respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran de manera unánime que el fundamento de la responsabilidad de las Administraciones por el funcionamiento de los servicios públicos establecido en el artículo 106.2 de la

Constitución ha de ser entendido como cualquier actuación administrativa cuyo control se somete a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, teniendo presente que el concepto de servicio público comprende cualquier actividad administrativa, incluida por supuesto la de policía, y que el concepto de actividad no debe entenderse en su literalidad, toda vez que la Administración puede responder tanto por acción como por omisión. Ahora bien, en este último caso la responsabilidad patrimonial solo surge si se acredita que la Administración tenía el deber jurídico de actuar y que tal deber se incumplió dando lugar a una situación de anormalidad en el funcionamiento del servicio administrativo. En palabras del Tribunal Supremo: "el funcionamiento anormal de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos (...), sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia (...), siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado" (Sentencia de 27 de marzo de 1998 -ECLI:ES:TS:1998:2032- Sala de lo Contencioso-Administrativo).

En el presente caso, el deber de actuar tiene su sustento tanto en el artículo 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), como el artículo 9 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que establecen que las Administraciones locales "tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos", pudiendo ejercer para ello las facultades de recuperación que se les atribuyen los artículos 82.a) de la LBRL y 70 y 71 del Reglamento.

El incumplimiento de estas obligaciones municipales lo declaró de modo inequívoco el Tribunal Superior de Justicia, al concluir en su Sentencia de 30 de marzo de 2016, que "la Administración hace caso omiso de su propio inventario, negándose a defender la posesión pública de un bien que tiene inventariado como tal sin modificar el inventario", al tiempo que del conjunto de

la prueba practicada da por “acreditado tanto el uso público como su usurpación” del camino controvertido (CAM_000_000).

Asimismo, resulta acreditada la resistencia de la Administración a cumplir el citado pronunciamiento judicial, tal y como pone de relieve el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de Oviedo, de 2 de noviembre de 2016, según el cual “Un simple examen de las actuaciones seguidas hasta este momento por el Ayuntamiento de Oviedo (...) evidencia bien a las claras lo que es una actuación administrativa renuente a cumplir lo ordenado, realizando un torticero uso del procedimiento administrativo con la única finalidad de no cumplir lo debido”. Con esta actitud la Administración posterga una situación generadora de perjuicios para los reclamantes.

En definitiva, debemos dar por acreditado la existencia de una relación de causalidad entre el daño que los interesados dicen haber sufrido y la omisión municipal, dado que desde octubre de 2013 los reclamantes se vieron privados del único camino de uso público -así declarado por sentencia judicial firme- que permitía acceder a su vivienda, sin que la Administración municipal llevara a cabo durante este periodo ningún tipo de actividad tendente a recuperar la posesión del mismo.

SÉPTIMA.- Tras lo señalado, solo nos queda pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria que ha de reconocerse a los reclamantes.

Los interesados cuantifican el daño sufrido en 27.464,79 euros. Ahora bien, no todos los daños dimanantes de la actuación municipal son susceptibles de satisfacción por la vía de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre con los honorarios de abogado y procurador, ya que de acuerdo con la doctrina de este Consejo, teniendo en cuenta reiterada jurisprudencia al respecto, el resarcimiento de los mismos resulta, con carácter general, excluido, puesto que constituyen gastos procesales que tienen una vía específica de resarcimiento, como es la condena en costas (por todos, Dictamen Núm. 335/2010).

De igual forma, debe excluirse el coste de las obras de reparación de la finca realizadas en octubre de 2014, puesto que los interesados no justifican su relación con el funcionamiento del servicio público.

Respecto al incremento en el importe relativo a la ejecución de la obra de cierre de la finca (cuya licencia obra incorporada al expediente "X", folio 270, remitido a este Consejo), el interesado aporta un presupuesto por importe de 1.570 €, IVA no incluido, con fecha diciembre de 2013, mientras que la factura por este mismo concepto, emitida el 29 de julio de 2016, asciende a 2.046 €, incluido el IVA, figurando como "incrementos de obra" una cantidad de 290 €, IVA no incluido, importe que constituye el sobrecoste de la obra, respecto a si se hubiese llevado a cabo en el año 2013.

Asimismo, deben incluirse en el *quantum* indemnizatorio los costes derivados de los trabajos de recuperación del jardín, cuyo "estado de abandono" -en palabras de los interesados- es inherente a la limitación de acceso que sufrieron durante tres años a su vivienda. Las facturas aportadas incluyen desbrozado (720 €), herbicida (220 €) y recuperación (1.337,10 €).

Los reclamantes también han acreditado mediante los documentos correspondientes los gastos de la notaría por los costes del otorgamiento de un poder para pleitos (45,29 €) y de la formalización notarial de las declaraciones juradas de los testigos (110,90 €).

De otro lado, los interesados solicitan 18.000 € por la privación del uso de la vivienda durante tres años, tomando como criterio de valoración el importe del arrendamiento de una vivienda equivalente en el municipio de Oviedo. Ahora bien, no existe constancia de que se haya producido un menoscabo patrimonial que justifique la cuantía equivalente a la solicitada por este concepto; falta de prueba de la que también adolece la suma solicitada en concepto de daño moral. En cualquier caso, nos encontramos ante un mismo daño cuyo resarcimiento no cabe disociar, por lo que careciendo de datos adicionales, consideramos oportuno unificar el importe a satisfacer por el tiempo que se vieron privados de acceder a su vivienda por el camino

inventariado como CAM_000_000, que a su vez constituye el daño moral derivado de esta situación, y que estimamos prudencialmente en 2.000 euros.

En suma, la cuantía de la indemnización por todos los conceptos asciende a cuatro mil setecientos cincuenta y dos euros con veintinueve céntimos (4.752,29 €).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarla en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.