

Dictamen Núm. 186/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 28 de julio de 2022, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de mayo de 2022 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos en su vivienda como consecuencia de las obras de construcción del nuevo Instituto de Educación Secundaria de La Fresneda.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 16 de julio de 2021, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en una vivienda de su propiedad a causa de “las obras de excavación para la construcción” de un Instituto de Enseñanza Secundaria en La Fresneda.

Manifiesta que debido a la obra señalada, que promueve la Administración a la que se dirige, se han producido en su vivienda “fisuras capilares (...)”,

agrietamientos”, desprendimientos de “mortero monocapa (...), daños en ladrillo de cara vista” en la fachada y en murete vertical, “desnivelación del terreno del jardín trasero (...), agrietamientos en el solado cerámico de baldosas (...), desanclaje de malla Hércules y sus postes (...), separación y apertura de la junta del suelo cerámico” del porche con respecto a la fachada, “apertura vertical de junta de mortero en toda la altura de la vivienda (...), rotura de ladrillos cerámicos vistos y rotación *in situ* de los mismos en el empotramiento de una viga horizontal continua de los porches”.

Señala que “la Policía Local de Siero, con fecha 24 de julio de 2020, paralizó momentáneamente las obras al detectarse daños en el chalet”, y que “el 30 de septiembre de 2020 a requerimiento de la reclamante se persona la Policía Local”, que levanta “el correspondiente atestado”.

Indica que no ha sido “indemnizada ni resarcida por ninguna entidad, mutua u organismo”, y evalúa los perjuicios cuyo resarcimiento solicita en ocho mil trescientos veintitrés euros con noventa y seis céntimos (8.323,96 €).

Propone que se incorpore al expediente a modo de prueba el informe de los servicios competentes sobre el “origen de los hechos” y el atestado policial librado por la Policía Local de Siero.

Adjunta el informe pericial librado a su instancia el día 28 de abril de 2021 por un Ingeniero Industrial y un Ingeniero Técnico Industrial de una compañía de seguros y un informe emitido por el Registro de la Propiedad de Pola de Siero relativo a la inscripción de la vivienda.

2. Mediante Resolución de la Consejera de Educación de 3 de diciembre de 2021 se nombran instructor y secretaria del procedimiento.

Al expediente de responsabilidad patrimonial se incorporan diversos documentos relativos a las obras de referencia, entre ellos el pliego de cláusulas administrativas particulares, la resolución de adjudicación, la garantía definitiva constituida por el adjudicatario, el contrato formalizado y la póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita por la contratista.

3. Con fecha 18 de enero de 2022, la Secretaria del procedimiento comunica a la interesada la fecha de recepción de su solicitud en el servicio instructor y le indica que la misma ha sido admitida a trámite y que han sido nombrados instructor y secretaria del procedimiento los funcionarios que identifica. Asimismo, le especifica los plazos de resolución del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

4. El día 2 de marzo de 2022, el Instructor del procedimiento libra un informe en el que refiere que el contrato de construcción del nuevo Instituto de Educación Secundaria de la Fresneda fue adjudicado a la mercantil que identifica el día 1 de febrero de 2019, con un plazo de ejecución de 15 meses, formalizándose el contrato el día 28 de febrero de 2019.

Afirma que “los desperfectos ocasionados en la vivienda de la reclamante no son un daño causado con ocasión de la prestación de una actividad docente o servicio público educativo, ni la causa obedece a una decisión organizativa interna de la Administración titular del servicio al establecer su forma de prestación, sino que se atribuyen a unas obras llevadas a cabo por la empresa” que reseña “por medio de un contrato público (...). Tampoco de los antecedentes y documentación obrante en el expediente queda acreditado que los daños materiales invocados (...) sean debidos a una orden inmediata y directa de la Administración y/o un vicio del proyecto de las obras de ejecución”, por lo que “al amparo del art. 196.1 de la LCSP”, y teniendo en cuenta lo establecido en “la cláusula 19.6.4 del (pliego de cláusulas administrativas particulares) rector del contrato”, entiende que la obligación de pago “corresponde al contratista en cuanto responsable, en su caso, del hecho lesivo por (el) que se solicita indemnización”.

Concluye que “la ausencia de nexo causal entre el daño material sufrido con el funcionamiento del servicio público educativo determina (...) que se informe desfavorablemente la petición indemnizatoria presentada”, y que “no considerándose procedente la apertura de periodo probatorio” debe darse audiencia a los interesados por un plazo de diez días.

5. Mediante oficios de 2 de marzo de 2022 se comunica a la contratista y a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

6. El día 18 de marzo de 2022, la interesada presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que “se afirma y ratifica íntegramente en su (...) reclamación de responsabilidad patrimonial”, pues entiende que “aun existiendo una empresa contratista de las obras siempre quedaría a salvo la acción de regreso o repetición del titular de la instalación contratante de las obras frente a la empresa contratista”, como vienen señalando la doctrina y la jurisprudencia.

7. A continuación se incorpora al expediente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 10 de Gijón de 11 de enero de 2022, por la que se resuelve el proceso iniciado mediante demanda presentada por la representación procesal de la propietaria de otra vivienda dañada por las obras de construcción del nuevo Instituto de Educación Secundaria de La Fresneda contra la empresa constructora y la aseguradora que garantiza su responsabilidad civil al objeto de obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos. Concluye la citada sentencia que “el resultado dañoso producido tiene su causa en los trabajos constructivos llevados a cabo (por la mercantil) y es atribuible a la conducta negligente de la misma a la hora de prevenir y evitar los movimientos del terreno tras la excavación realizada, viniendo por ello obligada a responder de tales daños, conforme a lo dispuesto por el artículo 1902 del Código Civil, y con ella la aseguradora garante de dicha responsabilidad y frente a la que se ejercita la acción directa autorizada por el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro”.

8. El día 28 de abril de 2022, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio por “ausencia de nexo causal entre el daño material sufrido con el funcionamiento del servicio público educativo”, pues los desperfectos “no son un daño causado con ocasión de la prestación de una

actividad docente o servicio público educativo, ni la causa obedece a una decisión organizativa interna de la Administración titular del servicio al establecer su forma de prestación, sino que se atribuyen a unas obras llevadas a cabo por la empresa” que especifica. Destaca, asimismo, que no ha quedado “acreditado que los daños materiales invocados por la reclamante sean debidos a una orden inmediata y directa de la Administración y/o un vicio del proyecto de las obras de ejecución”.

Finalmente, pone de manifiesto que “hubo varios perjudicados que efectuaron reclamación sobre los mismos fundamentos” y que “uno de ellos presentó demanda sobre responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Educación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, dando lugar al procedimiento abreviado” que señala, “en cuya tramitación se tuvo conocimiento de otros procedimientos judiciales con idéntico objeto, de modo que en uno de ellos recae sentencia estimatoria de fecha 11 de enero de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 10 de Gijón”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de mayo de 2022, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Educación, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo 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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), 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), está la interesada, en tanto que copropietaria con su esposo del inmueble dañado, activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación, estando también interesada en el procedimiento la empresa adjudicataria del contrato de obras de construcción del nuevo Instituto de Educación Secundaria de la Fresneda.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el caso ahora examinado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo podría situarse, a tenor de lo señalado por la propia reclamante a los autores del informe pericial que se adjunta a su solicitud, en una fecha indeterminada a principios del mes de agosto de 2020, en el que aparecen los primeros daños en su vivienda. Teniendo en cuenta que la Administración no ha cuestionado en ningún momento que los perjuicios alegados se hayan producido en el momento indicado por la interesada, ha de considerarse que, presentada la reclamación el

día 16 de julio de 2021, la acción para reclamar ha sido ejercitada 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 audiencia con vista del expediente respecto de la reclamante y de la contratista, ambas interesadas en el procedimiento, y propuesta de resolución.

No se ha incorporado a aquel, sin embargo, el informe del servicio responsable que, a tenor de lo señalado en el artículo 81.1 de la LPAC, tiene carácter preceptivo en esta clase de procedimientos. Como viene señalando este Consejo reiteradamente desde el inicio de su función consultiva, el informe del servicio afectado debe ser minucioso, razonado y referido singularmente a los daños y nexo causal invocados por quien reclama. Además, en casos como el presente, en el que los daños han sido causados a terceros como consecuencia de las operaciones que requiere la ejecución de un contrato público, el informe debe indagar en los desencadenantes técnicos de los perjuicios reclamados para determinar a continuación si los mismos han podido ser ocasionados por el contratista, a causa del incumplimiento de sus deberes, o bien como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). El fundado análisis de las cuestiones que se acaban de mencionar precisa de información tanto de tipo técnico como fáctico relativa a la ejecución de las obras, el origen de los daños y la atribución de responsabilidad,

y por ello no puede ser despachado mediante el simple examen de los documentos contractuales incorporados al procedimiento de responsabilidad patrimonial, pues estos no ofrecen la información necesaria a efectos de elaboración del referido informe. Tampoco puede suplir al informe técnico del Servicio responsable la resolución judicial aportada al expediente -cuya firmeza, por otra parte, no consta-, pues se refiere a partes y a bienes distintos de los implicados en el procedimiento que examinamos y emplea parámetros de análisis en orden a la atribución de la responsabilidad -artículo 1902 del Código Civil- que son, en parte, distintos a los que resultan de aplicación en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. A tal efecto hemos de recordar que, como indicamos en el Dictamen Núm. 220/2018, la Administración también está obligada a responder cuando los daños no son imputables a vicios del proyecto, a una orden directa o inmediata de la Administración o a una deficiente ejecución del contrato por parte del adjudicatario, toda vez que debe hacerse cargo de los perjuicios irrogados a los particulares en los casos de funcionamiento normal de servicios públicos que se prestan en beneficio de la colectividad, cuyos resultados dañosos no tienen obligación de soportar los afectados de forma individualizada. La citada omisión instructora exige retrotraer las actuaciones a fin de que por la Administración consultante se recabe el informe técnico del servicio responsable en el que se analicen los daños reclamados en lo relativo a su importe, origen y relación de causalidad con la ejecución de las obras, para determinar finalmente quién debe hacerse cargo de los daños sufridos. Atendiendo a lo señalado en la cláusula 19.1 del pliego de las administrativas particulares, y de acuerdo con el artículo 12, letras f) y g), del Decreto 82/2019, de 30 de agosto, por el que se establece la Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Educación, el Servicio responsable es el de Infraestructuras Educativas de la Dirección General de Planificación e Infraestructuras Educativas. Una vez obtenido el informe se dará audiencia a la reclamante y a la contratista y, formulada nueva propuesta de resolución, deberá instarse el dictamen de este Consejo.

Antes de concluir, y habida cuenta de que la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración se limita a declarar la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin establecer un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad correspondiente al contratista y su alcance, debemos recordar, tal y como venimos señalando desde el Dictamen Núm. 104/2021, que la declaración de responsabilidad del contratista interpuesto -atendiendo a la interrupción del nexo causal que origina su intervención, y con base en que los pliegos que rigen la contratación imponen al adjudicatario la indemnización de los daños a terceros- constituye un tema controvertido respecto del cual no existe una posición pacífica. El Consejo Consultivo no desconoce que la jurisprudencia no ha sido uniforme en el tratamiento de estos supuestos y que recientemente algunas sentencias de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo consideran que no procede someter al contratista al procedimiento administrativo, limitándose la obligación de la Administración a determinar si procede y a quién se imputa la responsabilidad por los daños causados.

Sobre dicha cuestión, este Consejo viene defendiendo desde el inicio de su función consultiva (entre otros, Dictámenes Núm. 210/2016, 287/2019 y 300/2019) que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del contratista, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama. Con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la LCSP -tal como se recogía ya en la normativa anterior- establece que la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, quien ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. La nueva

previsión contenida en el artículo 190 de la LCSP apunta en esta dirección cuando, entre las prerrogativas de la Administración pública, menciona expresamente la de “declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato”. Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en este caso, esta debe no solo dar audiencia al contratista, sino también declarar su eventual responsabilidad y acudir a la acción de regreso cuando la indemnización se abone por la Administración, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante.

Ahora bien, reconociendo la disparidad de criterios, instada la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, aunque materialmente alcance o pese sobre el contratista interpuesto, hemos de reafirmarnos en que el pago por la Administración asumiendo la obligación de repetir frente al contratista -obligado a responder por la normativa general contractual y la específica de los pliegos que disciplinan su vínculo con la Administración- es la postura más garante de la igualdad de la posición de los ciudadanos, en tanto que equipara la vía de resarcimiento cuando el servicio es prestado por la propia Administración y cuando es prestado por un contratista o concesionario, y evita con ello que se inutilice todo el procedimiento administrativo sustanciado a su instancia cuando el servicio es objeto de prestación indirecta. Se razona en la doctrina consultiva más reciente que “la Administración, como titular del servicio público, es responsable hacia los ciudadanos de los daños causados en la prestación de servicios públicos, sin perjuicio de su derecho a repetir frente a sus contratistas”, y que el perjudicado “ostenta el derecho, constitucional y legislativamente reconocido”, a reclamar por esos daños, pesando sobre la Administración el deber de asegurar la “completa reparación”, recordándose que también el artículo 1908 del Código Civil residencia la responsabilidad en “los propietarios” del elemento o instalación en diversos supuestos, por lo que se concluye que “ha de abonarse a la reclamante la cantidad por el Ayuntamiento,

sin perjuicio de que este pueda repetirla frente al contratista” (por todos, Dictámenes 173/20 y 86/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). En la misma línea se manifiestan otros Consejos Consultivos (entre otros, Dictámenes 44/2019 y 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias y Dictamen 511/2019 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana). Tal como se puntualiza en el Dictamen 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, cabe “la posibilidad de que la propuesta de resolución estime la reclamación, declare la responsabilidad del contratista y le exija a este el pago de la indemnización”, pero dado que se ha sustanciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial y pesa el deber de asegurar la plena indemnidad, la Administración “también tiene la posibilidad legal de pagar la indemnización a la entidad reclamante, y seguidamente ejercer el derecho de repetición sobre la empresa concesionaria”. Al efecto, interesa señalar que la Administración dispone de potestades y prerrogativas para exigir el reintegro al contratista, habiendo declarado el Tribunal Supremo, respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad imputando la misma a una empresa interpuesta, que “esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:4019-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Hemos de reparar además en que es común que el ciudadano, desconociendo la modalidad de gestión del servicio, dirija su reclamación frente a la Administración titular del mismo a través de un procedimiento administrativo que no requiere de asistencia técnica, de modo que una vez ventilada en ese procedimiento la causalidad del daño cuyo resarcimiento se impetra no procede inutilizar esta tramitación remitiendo al reclamante a reemprender su pretensión por otros cauces, pues ese peregrinaje no solo pugna con los criterios de eficiencia y buena administración sino también con la igualdad de los administrados, quienes disponen en los supuestos de gestión directa de la

garantía de un procedimiento administrativo informado por el principio de gratuidad.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos expresados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.