



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 0 2 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de mayo de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Turismo en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.L.D., por daños ocasionados como consecuencia de los desperfectos producidos por la ejecución de una obra pública (EXP. 241/2010 ID)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud de la Consejera de Turismo del Gobierno de Canarias es la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños que se imputan derivados de la ejecución de una obra pública.

La legitimación de la Consejera para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

La preceptividad de solicitud del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo prevenido en el art. 11.1.D.e) de la citada Ley, en relación con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones Públicas de Canarias.

### II

Los hechos en lo que se basa la presente reclamación, presentada por M.L.D., son los siguientes:

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

*“PRIMERO.- Que desde el año 1992 tengo arrendado el B.P.F., sito en la Calle Santo Domingo, esquina con Punto Fijo, del Puerto de La Cruz (...).*

*SEGUNDO.- Que con motivo del Plan de Infraestructura y Calidad turística, Recuperación y Embellecimiento de la C/ Punto Fijo y Santo Domingo del Puerto de La Cruz, de la Consejería de Turismo, se realizaron obras en dicha calle que desde el 28 de agosto de 2008 comenzaron a producirme daños y perjuicios en el bar arrendado, ya que estando el mismo ubicado en la esquina de la C/ Santo Domingo con la C/ Punto Fijo, cerraron el paso por las dos calles y colocaron las máquinas y los materiales de la obra justo en la entrada del bar, lo que impedía el paso de los clientes, haciéndose igualmente bastante incómodo la estancia en el bar debido al fuerte ruido de las obras, lo que ha provocado una merma bastante importante de clientes, acarreando importantes perjuicios económicos.*

*Debido a las tareas de descarga de encofrados metálicos para la realización de muros de hormigón en el paseo peatonal Punto Fijo y en concreto con la esquina C/ Santo Domingo, los medios auxiliares, impactaron éstos contra el zócalo de aplacado de piedra y peldaño de granito de umbral de la puerta, lo que ocasionó serios desperfectos, vulnerando igualmente la seguridad del establecimiento al quedar holguras entre la carpintería de la puerta automática y el peldaño roto, lo que facilitaría el palanquear en caso de robo.*

*Igualmente debido a las vibraciones derivadas de los trabajos con máquina perforadora en el paseo peatonal en obra viva, han generado grietas en el interior del bar, en concreto en el falso pilar o mocheta.*

La interesada reclama las cantidades de 2.490 euros en concepto de daños materiales, 10.879,46 euros por las pérdidas económicas sufridas y 22.094,79 euros por las ganancias dejadas de obtener.

Aporta con su reclamación copias de los contratos de arrendamiento de industria suscritos con fechas 1 de abril de 1992 y 1 de enero de 2007, informe pericial sobre los daños materiales producidos y copia de la cuenta de explotación correspondiente a los meses de enero a diciembre de 2008.

### III

1. La reclamante, en su condición de arrendataria del negocio, ostenta la condición de interesada en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la ejecución de una obra pública. Consta acreditado en el expediente a estos efectos que había suscrito

un contrato de arrendamiento de industria con fecha 1 de enero de 2007, con una duración de cinco años, cuyo cómputo comenzó a partir del 1 de enero de 2007, por lo que en el momento de la producción del daño por el que se reclama era la persona que explotaba el establecimiento.

Por otra parte, se cumple la legitimación pasiva de la Administración autonómica, y en particular de la Consejería de Turismo, como responsable de la ejecución de la obra "Recuperación y Embellecimiento de la C/ Punto Fijo", en el marco del Plan de Choque del Puerto de La Cruz, actuación comprendida en el Plan de Infraestructura y Calidad Turística de Tenerife.

La reclamación fue presentada el 31 de julio de 2009, en relación con las obras iniciadas el 28 de agosto de 2008 y concluidas el 1 de abril de 2009. No puede, por consiguiente, ser calificada de extemporánea al haberse presentado dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con el art. 5.2.k) del Reglamento Orgánico de la citada Consejería, aprobado por Decreto 240/2008, de 23 de diciembre.

La Resolución de la reclamación es competencia de la Consejera de Turismo, de acuerdo con lo establecido en el art. 29.1.m) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias y 3.1 del citado Reglamento Orgánico.

2. Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

La reclamación fue presentada por la interesada el 31 de julio de 2009 en el Registro auxiliar de la Dirección General de Ordenación y Promoción Turística, con entrada en la Secretaría General Técnica de la Consejería el 7 de agosto siguiente. En esta fecha se inicia el procedimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 42.2.b) LRJAP-PAC.

El 14 de agosto de 2009 se requiere por la Secretaría General Técnica a la Dirección General de Infraestructura Turística la emisión de informe acerca de los hechos relatados en la reclamación presentada. Esta solicitud se reitera en fecha 18 de septiembre de 2009.

El 5 de octubre de 2009 se remite escrito por el Jefe de Servicio de Infraestructura Turística en el que se pone en conocimiento de la Secretaría General que la actuación "Plan de Choque del Puerto de La Cruz" fue encomendada a la empresa pública GESPLAN mediante Orden departamental de 9 de noviembre de 2006, por lo que se le remitió la solicitud de informe sobre la incidencia acaecida en la obra. Este informe se adjunta al presente escrito, junto con la restante documentación obrante en poder del citado Servicio.

El 7 de octubre de 2009 se dicta Orden de la Consejera por la que se admite a trámite la reclamación.

Esta Orden fue notificada a la interesada el 25 de noviembre de 2009, tras un primer intento que no pudo llevarse a efecto.

El 8 de octubre de 2009 se solicita a GESPLAN informe complementario sobre los daños ocasionados en el local, así como las fechas de cierre y, en su caso, de reapertura de las calles en que se ubica el establecimiento y finalmente, teniendo en cuenta las afirmaciones de la interesada, si se colocó maquinaria y materiales de obra que impedían el paso a los clientes. Se requiere además su pronunciamiento acerca del informe pericial aportado por la interesada con su escrito de reclamación inicial.

Este informe se emite el 30 de octubre de 2009.

En escrito de 10 de diciembre de 2009 se solicita a la interesada la proposición de pruebas de que las que desee valerse en el procedimiento en curso. En su contestación, la reclamante propone la práctica de prueba testifical y aporta copia de su declaración de la renta y reportaje fotográfico de las obras realizadas en el exterior del local. En momento posterior aporta informe pericial elaborado por auditor de cuentas relativo a las pérdidas económicas sufridas.

El 10 de diciembre de 2009 se solicita nuevo informe complementario de G., que se emite el siguiente 23 de diciembre.

Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de 29 de diciembre de 2009, notificada el 4 de enero de 2010, se admiten las pruebas propuestas por la interesada.

El 25 de enero de 2010 se practica la testifical en presencia de la interesada, compareciendo únicamente uno de los cuatro testigos propuestos.

El 28 de enero de 2010 se acuerda la concesión del trámite de audiencia, notificado el siguiente día 1 de febrero. Durante el plazo concedido la interesada no formuló alegaciones, toda vez que en el escrito presentado se limitó a solicitar la resolución del expediente en sentido estimatorio a su pretensión y a solicitar copia de determinada documentación obrante en el mismo. Remitida ésta por el órgano instructor, presenta con fecha 22 de febrero de 2010 nuevo escrito en el que reitera su petición de resolución en sentido favorable.

El 2 de marzo de 2010 se elabora Propuesta de Resolución por la Secretaría General Técnica en la que se propone la estimación parcial de la reclamación, solicitándose ese mismo día el informe del Servicio Jurídico, que se emite el 26 de marzo, en el que se considera que la citada Propuesta es conforme a Derecho.

Finalmente, el 29 de marzo de 2010 se elabora la definitiva Propuesta de Resolución en el mismo sentido estimatorio parcial, solicitándose seguidamente el Dictamen de este Consejo Consultivo.

3. A la vista de las actuaciones practicadas, procede considerar que se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, con la excepción del plazo para resolver, que no ha sido suspendido en ningún momento. La demora producida, sin embargo, no impide la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

## IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación presentada, al considerar que concurren los requisitos necesarios para que proceda la declaración de responsabilidad de la Administración en lo que respecta a los daños materiales causados en el local, consistentes en la rotura de un zócalo de aplacado de piedra y peldaño de granito del umbral de la puerta y en la presencia de grietas en el interior del establecimiento. Se desestima en cambio la reclamación en lo que afecta a las pérdidas económicas y ganancias dejadas de obtener.

Los informes obrantes en el expediente acreditan que efectivamente durante la ejecución de la obra se causaron los citados daños materiales. Así, por lo que se

refiere a la rotura del zócalo, ya se tuvo constancia desde el mismo momento en que se produjo este desperfecto, pues se cursó por la empresa contratista un parte de incidencias con fecha 30 de noviembre de 2008 en el que se relata que el día 26 del mismo mes, cuando se estaba procediendo al desencofrado de los muros de la jardinera central de la obra y acopiando los paneles sobre camión bandeja para posterior retirada al parque móvil de la obra, uno de los mismos se deslizó de la bandeja cayendo sobre la pieza de granito artificial que presenta la entrada del bar. Consta igualmente que la contrata se puso en contacto con la arrendataria del local, comunicándole que al finalizar los trabajos se le repondría el peldaño, si bien no se ha llevado a efecto, debido a que este peldaño consta de dos piezas de las cuales sólo se rompió una y en el momento de proceder a su sustitución la interesada se negó porque no era el peldaño completo. En el último informe remitido por G. con fecha 23 de diciembre de 2009 se indica en relación con este extremo que la empresa constructora estaría dispuesta a sustituir el peldaño roto y pulimentar la otra mitad en buen estado con el fin de aproximar la tonalidad del color del granito viejo al nuevo, a lo que la responsable del bar en principio no había puesto objeciones, si bien precisa de contestación por quien corresponda para corregir dicho desperfecto. Se acredita con ello que no se ha procedido a la *reparación in natura* del daño causado.

También ha de considerarse acreditado en el expediente que las obras fueron las causantes de la aparición de grietas en el interior del local, en los términos sostenidos en la Propuesta de Resolución. La interesada aportó informe pericial de fecha 1 de diciembre de 2008 en el que, además de dejar constancia de la rotura del zócalo, se señala que las vibraciones derivadas de los trabajos con máquina perforadora en el paseo peatonal en obra viva, han generado grietas interiores en el falso pilar o mocheta, conclusión que alcanza tras la inspección del local y la encuesta tanto a la arrendataria como al encargado de la obra. Por el contrario, los informes elaborados por los responsables de área y proyecto de G., así como por la empresa contratista de la obra, sostienen que la relación de causalidad de la obra con las grietas no es posible determinarla sin un informe pericial externo. Sobre este extremo, la Propuesta de Resolución, acertadamente, estima que procede considerar acreditados estos daños, basándose en el informe pericial antes señalado y en el reportaje fotográfico aportado por la interesada, pues los informes técnicos no han rebatido las conclusiones que aquél alcanza, limitándose a indicar su imposibilidad de emitir un pronunciamiento sin una pericia externa, a pesar de haber inspeccionado el local.

Los daños materiales descritos y acreditados son, pues, consecuencia de la ejecución de la obra pública, por lo que existe la necesaria relación de causalidad entre su producción y la actuación administrativa producida. Concurren, además, los restantes requisitos legalmente exigidos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues se trata de un daño individualizado en la persona de la reclamante y que ésta no tiene el deber de soportar, revistiendo el carácter de daño antijurídico.

2. La interesada reclama, por otra parte, los daños producidos en concepto de pérdidas económicas y ganancias dejadas de obtener que, según su valoración, ascienden a la cantidad total de 32.974,25 euros. En su escrito inicial manifiesta que la ejecución de las obras produjo daños y perjuicios en el bar *ya que estando ubicado el mismo por las C/ Santo Domingo con la C/Punto fijo, cerraron el paso por las dos calles y colocaron máquinas y materiales justo en la entrada del bar, lo que impedía el paso de los clientes, haciéndose igualmente incómodo la estancia en el bar debido al fuerte ruido de las obras, lo que ha provocado una merma importante de clientes, acarreando importantes perjuicios económicos.*

A los efectos de acreditar estos daños aporta inicialmente copia de la cuenta de explotación correspondiente a los meses de enero a diciembre de 2008, si bien en período probatorio incorpora un informe pericial elaborado por un economista y auditor de cuentas, además de la declaración del testigo propuesto que se llevó a cabo durante la instrucción del procedimiento.

El informe pericial cifra los perjuicios económicos ocasionados en la facturación entre el 28 de agosto al 31 de diciembre de 2008, como consecuencia de la obra, en 24.640,89 euros, a los que añade la cantidad de 2.017,86 euros en concepto de intereses devengados a la fecha del informe. Para el cálculo de estos daños de carácter económico durante el citado período de tiempo se tienen en cuenta las declaraciones relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 2007 y 2008, de las que se obtienen datos relativos a ingresos de explotación, consumo de explotación, gastos de personal, gastos generales y beneficio o pérdida. El importe del perjuicio económico se obtiene en este informe sobre la base de los siguientes índices:

Cálculo de la variación de facturación en euros que se produce en el ejercicio económico 2008 con respecto al ejercicio 2007, tomando como base los dos primeros meses del ejercicio económico 2007, debido a que a partir del mes de marzo de 2008

(y hasta el día 30 del mes de junio) la arrendataria cierra el establecimiento para realizar obras en su interior.

Comparación de la facturación en el período comprendido entre el 28 de agosto al 31 de diciembre de los años 2007 y 2008 y cálculo de las diferencias de facturación obtenidas y las que realmente se tendrían que haber obtenido en el caso de no haber existido la obra, respetando el incremento en la facturación del 17,51%. Este porcentaje resulta del incremento que se observa en los dos primeros meses del ejercicio 2008 con respecto a los dos primeros meses del ejercicio 2007, por lo que el perito considera que el bar facturaría este 17,51% más en aquel ejercicio con respecto a éste.

El cálculo de los intereses al tipo legal se calcula a partir del 1 de enero de 2009 a diciembre del 2009.

Por otra parte, el testigo propuesto por la interesada declara que frecuenta el establecimiento en calidad de usuario turístico, que como consecuencia de las obras se vieron alteradas las vías de acceso al establecimiento y que los daños sufridos, además de los materiales ya descritos, consistieron en los de tipo económico, toda vez que la clientela dejó de asistir, si bien el establecimiento permaneció abierto en todo momento.

3. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada en lo que se refiere a estos daños de carácter económico. Se fundamenta para ello en las siguientes consideraciones:

Resulta acreditado en el expediente por medio del reportaje fotográfico aportado por la interesada y por la declaración testifical, que el establecimiento nunca permaneció cerrado al público durante la ejecución de las obras, continuando los clientes accediendo al local. Ello evidencia que la realización de tales obras no impidió el acceso al bar por las calles que conducen al mismo, así como que los materiales necesarios para su ejecución no fueron colocados justo a la entrada del inmueble, por lo que el acceso de clientes no se vio vetado por este motivo.

Las molestias, ruido y dificultades de acceso en los establecimientos causadas por las obras públicas que se llevan a cabo de manera legítima, han sido conceptuados jurisprudencialmente y de forma doctrinal como cargas que los particulares están obligados a soportar a causa de su generalidad. Se sostiene, en este sentido, con cita del Dictamen del Consejo de Estado 52.061, de 13 de octubre de 1998 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias nº 735/2005, de 16

de mayo, que para que el daño, perturbación o disminución de ingresos pueda llegar a ser clasificado como daño antijurídico, como sacrificio especial, es necesario que se haya producido una privación total de acceso de clientes, que es el que alimenta los ingresos del bar, ya que constituye su actividad esencial.

Trasladada esta doctrina al presente caso, se concluye que la realización de unas obras en la vía pública, que evidentemente origina una serie de molestias a todos los ciudadanos que transitan o que tienen sus establecimientos en donde se realizan, constituye un deber jurídico que ha de soportarse, resultando además acreditado que el acceso al establecimiento, aunque pudiera haber sido dificultoso, no resultaba imposible y las molestias que se originaron son inevitables en este tipo de obras.

Por lo que se refiere al lucro cesante como consecuencia de la disminución de la clientela, la jurisprudencia ha sido sumamente restrictiva respecto a su indemnización cuando no existen pruebas suficientes de su realidad, ante las dificultades de su distinción con lo que son meras expectativas de beneficio no indemnizables (SSTS de 21 de abril de 1977 y 29 de septiembre de 1979). En el caso presente, se considera que no se ha acreditado de manera fehaciente, no resultando suficiente la mera presentación de las cuentas de explotación del negocio ni el informe pericial aportado, pues en éste expresamente se señala que la valoración ha sido emitida con arreglo a los datos aportados por parte de quien reclama u obtenido por sus propios medios, *haciendo constar que la posible existencia de otros datos podría haber determinado un resultado distinto del expuesto en el informe o valoración*. Se cita, a estos efectos, las SSTS de 2 de noviembre de 1993 y 4 de febrero de 2005, conforme a las cuales ni el análisis económico documental aportado por una consultoría, ni la facturación contable son documentos que lleguen a tener bastante fuerza probatoria para establecer el convencimiento del perjuicio producido.

4. La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho en lo que se refiere a la estimación de la reclamación por los daños materiales sufridos. En este sentido es correcta la cantidad propuesta por la Administración, justificada en los informes técnicos emitidos y sobre los que la interesada no ha presentado alegación alguna. El citado montante habrá de ser en todo caso actualizado con arreglo a lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC, como así además se tiene en cuenta en la Propuesta de Resolución.

En relación con la reclamación por las pérdidas económicas, y aún teniendo en cuenta la línea jurisprudencial que recoge la Propuesta de Resolución examinada, este Organismo entiende que deben aportarse nuevos elementos de juicio que permitan un adecuado análisis de esta problemática cuestión. Así, se hace necesario que por el Servicio correspondiente (no por la empresa pública G.) se informe acerca de los siguientes extremos:

Si la maquinaria utilizada por la entidad contratista, "S.V., S.A.", era la adecuada para la ejecución de las obras, de modo y manera que causara el menor perjuicio posible a los comercios de la zona (en particular, si la referidas máquinas cumplían la reglamentación técnica en materia de ruidos y vibraciones).

Dado que, como se expone en la Propuesta de Resolución, el 28 de octubre de 2008 la contratista solicitó una ampliación del plazo de ejecución "por causas de no accesibilidad de materiales a la obra por la calle Quintana y difícil acceso por la Calle Santo Domingo", debe concretarse la demora sufrida hasta la completa finalización de la obra en la calle Punto Fijo (según G., la obra se inició el 28 de julio de 2008 y se terminó el 1 de abril de 2009), así como la incidencia que dicho retraso tuvo en el normal desarrollo de los comercios de la zona (en especial en el B.P.F., en la confluencia de las calles Punto Fijo y Santo Domingo).

5. Emitido este informe, previa audiencia de la reclamante, se elaborará una nueva Propuesta de Resolución que habrá ser remitida a este Consejo para su Dictamen sólo en lo que concierne a las pérdidas económicas reclamadas por la afectada.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho exclusivamente en lo que respecta a la estimación de los daños materiales sufridos; sin embargo, por lo que concierne a las pérdidas económicas asimismo reclamadas, debe retrotraerse el procedimiento a fin de que se emita el informe del Servicio a que alude el Fundamento IV.4; una vez que se cuente con dicho Informe, previa audiencia a la afectada, se elaborará una nueva Propuesta de Resolución, que habrá de ser dictaminada por este Organismo.