



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 580/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de julio 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 en el establecimiento B.P.F., como consecuencia del funcionamiento del servicio público de la citada Consejería (EXP. 532/2010 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. 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 a 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 del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo prevenido en el art. 11.1.D.e) de la misma 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

1. Los hechos en lo que se basa la presente reclamación, presentada por M.L.D. con fecha 31 de julio de 2009, son los siguientes:

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

PRIMERO.- Que desde el año 1992 tengo arrendado el establecimiento B.P.F., sito en 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.

2. Sobre este mismo asunto ha emitido este Consejo su Dictamen 302/2010, de 12 de mayo, en el que se estimó la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución exclusivamente en lo que respecta a la estimación de los daños materiales sufridos.

Por lo que concierne a las pérdidas económicas asimismo reclamadas, se concluyó en la procedencia de retrotraer el procedimiento en los siguientes términos:

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.

La Administración, una vez practicadas las citadas actuaciones, ha solicitado nuevamente la emisión del Dictamen de este Consejo, que se pronunciará ahora sobre la conformidad a Derecho de la desestimación de la reclamación en lo que afecta a las señaladas pérdidas económicas.

III

1. La interesada reclama 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 periodo 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 periodo de tiempo se tiene 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 periodo 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 de carácter material, consistieron en los de tipo económico, toda vez que la clientela dejó de asistir, si bien el establecimiento permaneció abierto en todo momento.

2. El informe del Servicio de Infraestructura Turística emitido a solicitud de este Consejo señala:

Con respecto a la maquinaria utilizada, se informa que la empresa contratista utiliza o selecciona maquinaria para la ejecución de los trabajos teniendo en cuenta el tipo de unidad de obra en el que tenga que intervenir, el tiempo disponible para su ejecución, el coste por su utilización y la accesibilidad hasta el tajo. Se considera que la maquinaria utilizada en esta obra fue adecuada para el tipo de trabajos realizado, manifestando que durante la ejecución de la obra se comprueba que la maquinaria tenga el marcado CE y las inspecciones técnicas obligatorias.

El perjuicio a los comerciantes de la calle o a los vecinos se causa por la propia ejecución de la obra, las incomodidades como ruidos, el cierre de tramos de calle al tráfico, etc. son inherentes a la obra.

Concluye sobre este extremo que la maquinaria empleada no ha sido determinante en el retraso en la ejecución de la obra ni ha provocado desperfectos en los edificios por su utilización.

Por lo que se refiere a los retrasos en la ejecución de la obra se indica que ésta se inició el 28 de julio de 2008 según consta en el acta de replanteo y se terminó el 1 de abril de 2009, según el acta de recepción. Se aclara no obstante, que aunque la recepción de la obra fue en el mes de abril, se había solicitado desde el mes de febrero, al haber concluido los trabajos.

El plazo de ejecución era de tres meses, ampliándose el mismo por razones justificadas en su momento.

Se citan como causas que motivaron los retrasos las obras ejecutadas en calles colindantes con la calle Punto Fijo, que interfirieron en el desarrollo de la obra, dificultando el acceso a la misma y la llegada de materiales, así como los cambios

producidos en el diseño de la obra promovidos por el Ayuntamiento del Puerto de La Cruz, la demolición de parte de los muros de las jardineras y el cambio de diseño de las barandas.

Concluye señalando que la situación del bar Punto Fijo, entre las calles Punto Fijo y Santo Domingo, hizo que se viera afectado por la ejecución de las dos obras, en ambas calles, si bien el paso de peatones no se interrumpió durante la ejecución de los trabajos.

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.

Se añade que, a la vista del informe del Servicio de Infraestructura Turística antes citado, resulta que la maquinaria utilizada, con el marcado de la Comunidad Europea y las inspecciones técnicas obligatorias, era la adecuada para la realización de la obra, así como que la causa que motivó el retraso sobre el plazo inicial previsto fue la ejecución de otras dos obras, que interfirieron en el desarrollo de la que se llevaba a cabo entre las calles Punto Fijo y Santo Domingo, sin que se interrumpiera el paso de peatones a las indicadas calles durante toda la ejecución de los trabajos.

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, constituyen un deber jurídico que ha de soportarse, resultado 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 desestimación de la reclamación por las alegadas pérdidas económicas, en tanto que las alteraciones que se pueden producir en las condiciones de acceso a los inmuebles y las restantes molestias que generan las obras públicas constituyen una carga general que las administrados tienen el deber jurídico de soportar, por lo que no revisten el carácter de daño antijurídico necesario para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Un daño reviste carácter de antijurídico cuando el interesado no tiene el deber de soportarlo de acuerdo con la ley (art. 141.1 LRJAP-PAC). Este requisito subraya la naturaleza objetiva de la responsabilidad de las Administraciones públicas, pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico, en la que no influyen las características de

aquella actividad (SSTS de 14 de julio y 22 de septiembre del mismo año y 23 de marzo de 2009).

Desde esta perspectiva, para que pese sobre el administrado la obligación de soportar el daño ha de concurrir algún título jurídico que se lo imponga, como es el caso, en lo que ahora interesa, del cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos (SSTS de 5 de febrero de 1996, 29 de octubre de 1998, 11 de marzo y 28 de junio de 1999, 12 de julio de 2001, 21 de abril de 2005, 14 de febrero de 2006, 31 de enero de 2008, 23 de marzo de 2009, entre otras), que incluye, como señala la STS de 23 de marzo de 2009, la existencia de una obligación en orden a tolerar los perjuicios que dimanar de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos.

Ahora bien, para el perjuicio no revista el carácter antijurídico no basta esta nota de generalidad, pues a ello ha de añadirse, siguiendo la jurisprudencia citada, que el perjuicio sufrido por quien lo alega no ha de superar el objetivamente admisible en función de los estándares sociales o, dicho en otros términos, que las limitaciones y restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye el objeto empresarial no excedan de las que afectaron por la realización de la misma obra al conjunto de los ciudadanos y otros negocios emplazados en la zona. En caso contrario, perderían esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría, singularizándose en el patrimonio de la reclamante (SSTS 16 de diciembre de 1997 y de 23 de marzo de 2009).

La reclamante no ha alegado ni en consecuencia probado que la ejecución de las obras en la calle le deparara, desde la perspectiva de los daños de carácter económico que ahora analizamos, perjuicios de diferente naturaleza de los que en general supone la realización de las obras, pues las mismas, si bien originan molestias, no impidieron el acceso a su establecimiento ni obligaron a su cierre durante la ejecución de los trabajos. No se aprecia en consecuencia una individualización del daño en relación con la reclamante, pues no se ha acreditado que se V. singularmente perjudicada en su negocio por dichas obras, más allá de las limitaciones generales derivadas de las obras que afectaron a las calles donde se llevó a cabo. Su propio reportaje fotográfico, por lo demás, evidencia que los restantes locales y negocios existentes en la zona se vieron igualmente afectados.

Estas conclusiones no se ven alteradas por el informe que, a requerimiento de este Consejo, se emitió por el Servicio de Infraestructura Turística pues, por una

parte, el mismo evidencia que la maquinaria utilizada era la adecuada para el tipo de obra a realizar y que contaba con las debidas garantías e inspecciones.

Desde otra perspectiva, el plazo de ejecución de la obra fue ampliado en cuatro meses, tal como resulta del citado informe, pues la recepción de la obra fue solicitada en febrero de 2009, si bien no fue suscrita la correspondiente acta hasta el mes de abril y, de hecho, la reclamante fija el plazo final de su reclamación en diciembre de 2008, fecha en la que entonces ha de suponerse que cesaron los daños por los que reclama. De la circunstancia de la ampliación del plazo de ejecución de una obra pública tampoco resulta, sin más, la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que esta materializa en estos casos una opción legalmente establecida en la normativa que rige la contratación pública. Sería necesario que tal ampliación hubiese causado a la interesada un perjuicio individualizado más allá de lo que supone la carga para la generalidad de los administrados de tolerar los perjuicios que dimanen de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos, extremo que tampoco se ha acreditado en el expediente.

El daño por el que se reclama no reviste pues el carácter de antijurídico, por lo que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por las alegadas pérdidas económicas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho.