



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 3 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de mayo de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por daños ocasionados en su vivienda, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de carreteras (EXP. 158/2018 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad extracontractual de dicha Administración, por los daños materiales sufridos en la vivienda de un particular como consecuencia del derrumbe de un muro de contención del talud de una carretera.

2. La cuantía indemnizatoria en este procedimiento supera los 6.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta última Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Resulta igualmente aplicable el 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

II

1. (...) expone, en escrito presentado el 16 de diciembre de 2008 ante el Cabildo Insular de Tenerife, que es propietario de una vivienda situada en (...) en el municipio de Arico y que como consecuencia de los trabajos de reparación del muro de contención de la carretera de acceso a dicho barrio se ha destruido aproximadamente el 30% del inmueble debido al paso reiterado de una pala mecánica por el techo de la misma.

El reclamante solicita que lo pongan en contacto con los servicios técnicos de la obra para llegar a un acuerdo a efectos del arreglo de la vivienda y que se inicien los trabajos de reposición de daños según consta en el punto 4.i) del escrito-compromiso que se le remitió por fax el 22 de agosto de 2008.

Adjunta a su escrito copia incompleta de la escritura de propiedad de la vivienda, diversas fotografías en las que se aprecian los desperfectos en el inmueble y fotocopia, también incompleta, del «documento de compromiso» al que alude en su reclamación, que, a tenor de la documentación que aporta, parece ser una Resolución del Presidente del Cabildo en la que se declara la emergencia de las obras de reparación del muro de contención, incluyendo, entre los trabajos a ejecutar, la «reposición de los diversos daños causados por los derrumbes y las obras».

2. El reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega daños materiales como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración insular, en cuanto titular de la carretera en el momento en que se produjo el desprendimiento causante de los daños.

3. El derrumbe del que trae causa la presente reclamación se produjo el 2 de junio de 2008, por lo que la misma se ha presentado dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC. No puede por tanto ser calificada de extemporánea.

4. El Consejo de Gobierno Insular es competente para resolver el presente procedimiento, en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 29.5 letra j) del Reglamento Orgánico de la Corporación Insular.

5. Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo que se dicte resolución, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

6. Constan en el expediente las siguientes actuaciones:

- Con fecha 12 de febrero de 2009 se informa por el Servicio Técnico de Conservación y Explotación de Carreteras que la obra de reposición del muro de contención de la carretera TF-625, entre los puntos kilométricos 6+620 al 6+700, margen izquierdo, se encuentra finalizada.

- Mediante Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Consejera Insular de Carreteras, Cooperación Municipal y Vivienda, se acuerda la incoación del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

- En fechas 24 de junio y 7 de septiembre de 2009 se requiere al interesado la aportación de determinada documentación efectos de la subsanación de su solicitud, lo que cumplimenta durante el plazo concedido en ambas ocasiones.

Se notificó asimismo la reclamación a la entidad aseguradora de la Administración, que informa que la póliza suscrita con el Cabildo Insular no cubre los daños por los que se reclama.

- Con fecha 10 de junio de 2009 y previa inspección de las viviendas se emite informe por el ya citado Servicio Técnico en el que se señala, entre otros aspectos, los siguientes:

4. Debido al estado de ruina de éstas, para poder proceder a la valoración de los daños es necesario como primera medida proceder al apuntalamiento de las casas, desescombro y limpieza de las mismas. Para realizar estas operaciones, la maquinaria, los materiales y el personal accederían por la entrada existente al este de la vivienda de la familia (...), la cual se muestra en las fotografías adjuntas.

5. El Concejal de Urbanismo y técnico municipal emiten conformidad verbal al uso de este acceso.

6. Se ha realizado consulta del deslinde oficial marítimo terrestre a la Demarcación de Costas de Tenerife del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, resultando que las viviendas de referencia se encuentran fuera del dominio público marítimo terrestre, estando afectadas por la franja de servidumbre marítima, por lo que la autorización para su reparación implica la necesidad de solicitar autorización a la Viceconsejería de Ordenación del Territorio. En conversación mantenida con técnicos responsables de esa Administración, la rehabilitación es viable, siendo necesario presentar Proyecto Básico de la actuación, el cual se redactará una vez se hayan valorado los daños y definida la actuación a acometer.

7. En base a lo expuesto se solicita al Servicio Administrativo de Carreteras lo siguiente:

“Contactar con los propietarios de las viviendas afectadas con objeto de que éstos presten su conformidad para las operaciones de apuntalamiento, desescombros y limpieza.

Solicitar a la oficina técnica del Ayuntamiento de Arico informe de conformidad para el acceso nombrado en el punto 4.

Proceder a la contratación de una empresa externa para realizar las labores de apuntalamiento, desescombros, limpieza y valoración de los daños sufridos”.

- En consecuencia con lo señalado en este informe, se solicitó por el Cabildo Insular autorización a los propietarios afectados, así como al Ayuntamiento de Arico, al objeto de comprobar el estado de la parcela y de la vivienda y proceder a la valoración de los daños.

Una vez obtenidas las autorizaciones solicitadas, por el Área de Carreteras, Cooperación y Vivienda del Cabildo de Tenerife se acordó contratar a la empresa (...), mediante la figura de contrato menor, para la realización de los trabajos de desescombros y aseguramiento estructural de dos viviendas, una de ellas la del reclamante. Consta en el expediente acta de recepción de la citada obra con fecha 30 de marzo de 2011.

- Con fecha 23 de junio de 2011, se emite informe relativo a la necesidad de llevar a cabo la rehabilitación integral de las viviendas, a cuyos efectos se calificaba de «indispensable la redacción de un proyecto técnico redactado por técnico competente que defina, describa y valore las actuaciones y obras necesarias a llevar a cabo, así como la dirección y supervisión de las mismas durante su ejecución»,

proponiéndose un contrato menor con dicho objeto. Tramitada y adjudicada esta contratación, el «Proyecto Básico de Arquitectura de Rehabilitación Integral de dos viviendas en el Porís de Abona», fue entregado a la Corporación por el arquitecto contratado el 14 de noviembre de 2011.

Previamente y con la finalidad de redactar el citado Proyecto Básico se solicitó informe urbanístico al Ayuntamiento de Arona sobre la situación urbanística de la parcela. Este informe, emitido el 13 de octubre de 2011, pone de manifiesto, entre otros extremos, que la edificación se encuentra afectada por las alineaciones de las calles (...) y (...), así como por la Ley de Costas (servidumbre de protección), circunstancia que obliga a dirigirse previamente a la Dirección de Costas para obtener su autorización.

- El 21 de enero de 2012 se solicita a la Viceconsejería de Política Territorial del Gobierno de Canarias autorización para la ejecución de las obras consistentes en la rehabilitación de las dos viviendas, dado que éstas se encuentran en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre.

Tramitado el oportuno procedimiento, con fecha 16 de julio de 2012 se dicta Resolución por el Viceconsejero de Política Territorial por la que se deniega la autorización para la ejecución del mencionado proyecto, con fundamento en la siguiente argumentación:

Segundo: Las edificaciones objeto del proyecto se hallan fuera de ordenación y, de acuerdo con el Plan Especial de Reforma Interior del Porís de Abona, están afectadas por las alineaciones de calle (...), así como calle (...), La primera afecta a la zona delantera de claraboya y la segunda al edificio completo al afectarlo diagonalmente.

El proyecto prevé "la demolición de todo el forjado a antepecho en estado ruinoso y que implique riesgo de derrumbe, así como aquellos muros de carga que presenten grietas que debiliten su capacidad estructural.

La nueva estructura portante se resolverá con pilares y vigas de hormigón armado soportando forjados unidireccionales realizados "in situ" de 25+6 de espesor, utilizándose bovedillas aligeradas de hormigón vibrado".

Las obras proyectadas "no son autorizables conforme a lo que establece la Disposición Transitoria Cuarta 2.c) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y la Disposición Transitoria Decimotercera 1.c) de su Reglamento, aprobado Real Decreto

1471/1989, de 1 de diciembre, por cuanto, según consta en el proyecto presentado y en el informe técnico evacuado en el expediente administrativo, implican demolición y posterior reconstrucción. En este sentido, establece el último inciso de la Disposición Transitoria cuarta 2.c) de la Ley de Costas, que en caso de demolición total o parcial, las nuevas construcciones deberán adaptarse íntegramente a las Disposiciones de esta Ley.”

“El artículo 25.1 de la Ley de Costas prohíbe expresamente, en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre las edificaciones destinadas a residencia o habitación”.

- Con fecha 13 de junio de 2013 se remite al Ayuntamiento de Arico copia del Proyecto Básico de Rehabilitación de la vivienda propiedad del reclamante, a efectos de la emisión de informe municipal de adecuación urbanística.

Este informe se emite con fecha 19 de marzo de 2014 y en el mismo se informa desfavorablemente el Proyecto al no cumplir con la ordenación pormenorizada del Plan Especial de Reforma Interior y por encontrarse la edificación afectada por la zona de servidumbre de la Ley de Costas.

- El 29 de octubre de 2015, por el reclamante se presenta escrito en el que, tras poner de manifiesto que la rehabilitación de la vivienda no ha sido posible debido a los informes y Resoluciones desfavorables, solicita una indemnización por importe de 214.500,00 euros, comprensiva de los daños morales y materiales sufridos.

- Con fecha 7 de marzo de 2016, se solicita a la Administración municipal, teniendo en cuenta el sentido desfavorable del informe urbanístico de 19 de marzo de 2014, información acerca de las posibles actuaciones que podrían realizarse en el lugar, así como las características de cualquier proyecto para que sea viable de acuerdo con la legislación urbanística vigente y asimismo con la legislación sectorial que podría ser de aplicación a ese proyecto.

- Con fecha 27 de abril de 2016 el interesado presenta nuevo escrito en el que, reiterando su solicitud de indemnización por importe de 214.500 euros, propone la suspensión del procedimiento general e inicio del procedimiento abreviado.

En contestación a este escrito, se indica al reclamante la imposibilidad de acordar el inicio de procedimiento abreviado, al encontrarse su petición indemnizatoria, visto el tiempo transcurrido, desestimada por silencio administrativo negativo.

- El 12 de agosto de 2016 se emite informe técnico municipal por el Área de Urbanismo relativo a la información solicitada por la Corporación el 7 de marzo del mismo año.

En este informe se indica, entre otros extremos, que la vivienda objeto de informe se ha ejecutado en dos fases, la primera con el volumen que se observa en el vuelo aéreo del año 1956 y la segunda con una ampliación que afecta al viario, tal y como se observa en el vuelo aéreo actual. En relación con la edificación efectuada en la primera fase, se considera que existe situación legal de consolidación, dado que fue construida con anterioridad al año 1956. Por ello se entiende de aplicación lo previsto en el art. 44 bis.2.a) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias y se considera viable técnicamente ejecutar obras de demolición que devuelva la vivienda a su estado de consolidación o, lo que es lo mismo, demoler esa segunda fase que afecta al viario y a partir de ese estado ejecutar cuantas obras de consolidación, rehabilitación o remodelación sean necesarias para mantener y alargar la vida útil del inmueble, sin que sea admisible el incremento de volumen o edificabilidad en contra del nuevo planeamiento.

Se informa por otra parte, en relación con las posibles autorizaciones sectoriales que afecten a la parcela de referencia, que ésta se encuentra afectada por la servidumbre de la Ley de Costas, por lo que se considera que requiere de autorización sectorial.

Por todo ello se concluye en este informe que técnicamente existe viabilidad urbanística para la redacción del proyecto básico y de ejecución para la consolidación, rehabilitación y remodelación de la vivienda, siempre y cuando exista cumplimiento de los condicionantes urbanísticos señalados anteriormente y sin perjuicio de la normativa sectorial de aplicación, así como de la normativa técnica (CTE-Habitabilidad), que se deberá justificar en el correspondiente proyecto básico y de ejecución.

- Con fecha 24 de octubre de 2016, el reclamante presenta escrito en el que expone que ha tenido conocimiento de que el Ayuntamiento de Arico ha remitido informe al Cabildo en el que comunica que el obstáculo urbanístico que impedía la reconstrucción puede solventarse simplemente retranqueando el frente 1,80 metros, que es un añadido a la casa original que se podría eliminar fácilmente, salvando así la propiedad. Por ello solicita que se le facilite copia del citado informe, así como de

cualquier decisión que al respecto haya tomado la Corporación y/o en su caso se le convoque para ser informado sobre la postura del Cabildo en relación con lo informado por el Ayuntamiento sobre la posibilidad de reconstrucción de lo derruido.

- Con fecha 2 de noviembre de 2016 se informa al interesado que no consta informe emitido por el Ayuntamiento, ya que el remitido se refiere a otra vivienda ubicada en el mismo lugar de otro titular.

No obstante, el reclamante comparece con posterioridad en las dependencias insulares a fin de solicitar el informe urbanístico de 19 de marzo de 2014 y, a la vista de la documentación, pone de manifiesto el error en que incurre el informe, pues si bien sí era referido a su vivienda, en el mismo se incurrió en error en cuanto al número de orden de la misma.

No consta en el expediente que se le facilitara copia del informe urbanístico de 12 de agosto de 2016.

- Con fecha 29 de noviembre de 2016 se remite escrito por la Corporación al Ayuntamiento de Arico en el que pone en su conocimiento que las viviendas afectadas son dos y el informe remitido en agosto de 2016 sólo se refiere a la de propiedad del reclamante, por lo que recaba nuevo informe en relación con la otra vivienda afectada y que es ajena al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

- Con fecha 4 de julio de 2017 se solicita, en aplicación del art. 10 RPAPRP, la emisión de informe técnico al Servicio de Carreteras insular relativo a las causa de los daños producidos en la vivienda propiedad del interesado.

Este informe, de fecha 26 de octubre de 2017, pone de manifiesto que los daños producidos fueron motivados por el desplome y colapso del muro de contención de la carretera, ubicado en el mismo margen en que se sitúan las viviendas, por lo que entiende que queda determinada la responsabilidad patrimonial del Cabildo, al ser el muro de contención un elemento funcional de la vía y de titularidad de la Corporación Insular. Se adjunta a este informe la propuesta para la contratación de la redacción del proyecto de rehabilitación de la vivienda.

- Consta finalmente la Propuesta de Resolución en la que se propone estimar la reclamación presentada y autorizar al Director Insular de Movilidad y Fomento a firmar un Acuerdo de terminación convencional del procedimiento, cuyo texto íntegro se transcribe en la Propuesta.

7. En este caso no procede considerar correctamente tramitado el procedimiento incoado, por las siguientes razones:

- En el expediente no se ha aclarado suficientemente el origen de los daños.

Por una parte, el interesado indica en su reclamación que el daño se produjo, en el curso de la ejecución de las obras de reparación del muro de contención, como consecuencia del paso reiterado de una pala mecánica por el techo de la misma, lo que reitera en escrito posterior señalando que una pala mecánica, que trabajaba para el Cabildo, rompió el techo de su vivienda, penetrando parcialmente en la misma.

Los informes técnicos y la Propuesta de Resolución no hacen mención alguna a esta circunstancia, indicando únicamente que los daños fueron originados por el derrumbe del muro de contención.

Es ésta una cuestión que ha de ser aclarada, pues de haberse causado el daño durante la ejecución de una obra pública por un contratista de la Administración, resulta de aplicación la normativa reguladora de la contratación administrativa.

Los hechos ocurrieron en 2008, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), por lo que, de haberse adjudicado el contrato siendo éste el texto normativo de aplicación, resultaría de aplicación lo dispuesto en su art. 97.1. Conforme a este precepto, el contratista está obligado a indemnizar los daños que en la ejecución del contrato cause a terceros, excepto cuando el daño haya sido ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

Esta regulación legal comporta consecuencias para los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados durante la ejecución de las obras, de tal forma que están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público como la entidad contratista, pues si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de ésta, entonces está obligado a resarcirlo. Ostenta por tanto la cualidad de interesada según el art. 31.1, b) de la LRJAP-PAC, en relación con el art. 97 TRLCAP, por lo que debió serle notificada la presentación de la reclamación así como los sucesivos trámites del procedimiento.

Por ello, es necesario que en el expediente se aclare si el daño fue producido o no como consecuencia de las obras o si fue producido por el derrumbe del muro de

contención. En el primer caso, habrá de llamarse a la entidad contratista al procedimiento.

- Por otra parte, no se ha otorgado trámite de audiencia al interesado, por lo que éste no ha podido emitir su parecer acerca de la posible terminación convencional del procedimiento en los términos que propone la Administración.

Dispone el art. 84 LRJAP-PAC que instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados (apartado 1) y se trata de un trámite del que sólo se puede prescindir cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por él.

En el presente caso, la propuesta de terminación convencional no ha sido conocida por el reclamante ni los términos en la que la misma se plantea.

Además, si bien el interesado inicialmente solicitó la rehabilitación de su vivienda, en línea con lo señalado por el propio Cabildo, en momento posterior, a la vista de los informes negativos, ya solicitó una indemnización económica. De esta cuestión sin embargo no se hace eco la Propuesta, en la que se sostiene que el interesado no solicita una cuantía económica, sino la reparación. Es cierto que en el último escrito presentado por el interesado, una vez enterado de la emisión del informe urbanístico municipal de 12 de agosto de 2016, solicita información sobre la posibilidad de reconstrucción de lo derruido, pero de ello no cabe deducir que haya prestado su asentimiento a una propuesta de terminación convencional que desconocía ni que esté dispuesto a admitir tal propuesta en los términos previstos por el Cabildo.

Es por ello necesario que se otorgue trámite de audiencia al interesado, poniendo en su conocimiento la Propuesta de la Administración de terminación convencional.

Por otra parte, la Propuesta de Resolución en relación con este trámite de audiencia, expresamente señala que «procede dar cumplimiento al trámite de audiencia que, en este caso, se considerará efectuado con la remisión (al interesado) del texto del "Informe-propuesta de resolución del expediente mediante terminación convencional (...) con carácter previo a la adopción del acuerdo por el consejo de Gobierno Insular». La terminación convencional del procedimiento, al que el interesado debe prestar su conformidad, está regulada en el art. 8 RPAPRP.

Dado que este trámite no se cumplimentó con anterioridad a la solicitud de Dictamen a este Consejo, parece desprenderse de la Propuesta que se otorgará tras la emisión del parecer de este Organismo. Ello no se compadece con la función que está llamado a cumplir el Consejo Consultivo de conformidad con su Ley reguladora, ya que su pronunciamiento no constituye un informe que se inserte en la instrucción del procedimiento a los efectos de fundamentar la resolución que haya de adoptar la Administración. Por el contrario, este informe recae sobre la Propuesta de Resolución que se elabore una vez concluida la instrucción. Además, dado que el trámite de audiencia ha de concederse inmediatamente antes de redactar la citada Propuesta, es claro que debió concederse en el momento procedimental oportuno y no con posterioridad al Dictamen de este Consejo.

En conclusión, procede la retroacción del expediente a los efectos de que se informe acerca del origen de los daños y, en su caso, la notificación de la reclamación a la entidad contratista en los términos señalados y de que se otorgue, en el momento procedimental oportuno, trámite de audiencia al interesado. Todo ello con la diligencia necesaria. Una vez realizados los trámites anteriores, se dictará una nueva Propuesta de Resolución que debe ser sometida a dictamen de este Organismo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho. Procede la retroacción del expediente en los términos indicados en el Fundamento II.7.