



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 4 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 15 de octubre de 2020.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) en representación de (...), por daños materiales en la vivienda de su propiedad y en su esfera patrimonial, como consecuencia de obras en la vía pública (EXP. 358/2020 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen -solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Los Realejos mediante oficio de 21 de agosto de 2020, con registro de entrada en este Consejo el 2 de septiembre de 2020- tiene por objeto la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad extracontractual de dicha Administración municipal, iniciado el día 6 de febrero de 2019 a instancia de (...), en nombre y representación de (...), y en virtud del cual se solicita la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al reclamante como consecuencia de las filtraciones de agua que afectan a la vivienda titularidad de éste, sita en la calle (...), término municipal de Los Realejos.

2. Es preceptiva la solicitud de dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), habida cuenta de que la cantidad reclamada por el interesado, 55.586,97 euros, supera los límites cuantitativos establecidos por el precitado artículo de la LCCC en relación con el art. 81.2 -de carácter básico-, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Por otra parte, la legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Sr. Alcalde, según lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

3. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP, dado que el hecho lesivo, del que el interesado entiende que deriva el daño, es de carácter continuado y persiste en el momento de su presentación.

En efecto, las obras de repavimentación y acerado que según el reclamante constituyen la causa del daño alegado, fueron objeto de recepción el día 27 de septiembre de 2013 (folio 93 del expediente administrativo); y la reclamación de responsabilidad patrimonial se ha presentado el día 6 de febrero de 2019.

Sin embargo, según se deduce de la documentación que obra en el expediente administrativo, las filtraciones de agua y/o humedades persisten en esta fecha, constituyendo un daño continuado. Por lo que se considera que la reclamación planteada no es extemporánea. En idéntico sentido se pronuncia la propuesta de resolución -Fundamento de Derecho tercero-.

4. En el análisis a efectuar resultan de aplicación la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre; los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); el art. 54 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL); la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias (LMC); el art. 174 y 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; y el art. 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

5. En cuanto a la competencia en materia de responsabilidad patrimonial, el art. 107 LMC, establece que, salvo que en el reglamento orgánico se disponga otra cosa, corresponde al Alcalde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial excepto cuando la producción de la lesión o daño derive de un acuerdo plenario y la cuantía de la indemnización sea superior a 6.000 euros, en cuyo caso resolverá el Pleno.

En el presente asunto, el daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario. Por lo que, en principio, y al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC,

la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le correspondería al Sr. Alcalde.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en el fundamento de Derecho quinto de la Propuesta de Resolución, «la competencia viene delegada en la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de la Alcaldía Presidencia n.º 1217/2019, de 17 de junio. No obstante, al no celebrar sesiones en el mes de agosto procede la competencia en la concejalía delegada de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de la Alcaldía Presidencia n.º 2019/1220 y n.º 2019/1218, de fecha 17 de junio de 2019, relativo a la delegación de áreas y cometidos específicos, así como de la delegación de firmas y teniendo en cuenta las competencias de la Ley 7/1985, de 2 de abril y demás disposiciones concordantes».

6. En lo que se refiere a la legitimación activa, el reclamante ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alega daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de titularidad municipal [art. 26.1.a) LRBRL].

Además, y según consta en el expediente administrativo, el reclamante actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5 LPACAP).

7. Por otro lado, el Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la producción del daño al funcionamiento anormal de un servicio público de titularidad municipal ex arts. 25.2, apartados d) y 26.1, apartado a) LRBRL.

8. En el presente supuesto se encuentra, asimismo, legitimada pasivamente la entidad mercantil (...), en su calidad de adjudataria del contrato de obra pública denominado «*Renovación integral de la zona comercial abierta Toscal-Longuera*» - folios 65 y 93-, y a cuya defectuosa ejecución imputa el reclamante los daños (humedades) producidos en la vivienda de su propiedad.

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta oportuno traer a colación la doctrina sentada por este Consejo Consultivo respecto a la responsabilidad por daños causados en ejecución de contratos administrativos, regulada actualmente en el art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En relación con dicha responsabilidad por daños causados a particulares cuando el servicio es prestado por una entidad contratista de la Administración, este

Organismo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (dictámenes n.º 270/2019, de 11 de julio, y n.º 202/2020, de 3 de junio, entre otros):

«Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración municipal, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Se encuentra también pasivamente legitimada la entidad (...), en su calidad de concesionaria del servicio municipal (...). Consta en el expediente la fecha de adjudicación de este contrato el 29 de julio de 2002. Las sucesivas normas reguladoras de los contratos administrativos han mantenido una regulación similar en lo que se refiere a la responsabilidad de los contratistas por los daños causados a terceros como consecuencia de la ejecución de tales contratos arts.97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 214 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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, si bien, obviamente y por razones temporales, ésta última Ley no resulta aplicable en el presente asunto. La concreta legislación aplicable vendrá determinada por la fecha de adjudicación del contrato a (...), si bien, como se ha dicho, no difieren en su regulación material sobre este extremo.

Los citados artículos de la legislación de contratos están en relación con los dos últimos párrafos del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y con el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que atribuyen en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, o estos o la Administración cuenten con un seguro de responsabilidad, en cuyo caso la aseguradora está también legitimada pasivamente ante dicho orden jurisdiccional.

Según los referidos artículos de la legislación de contratos, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista ni mancomunada, ni solidaria, ni subsidiariamente. Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista y las aseguradoras de una y otro, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo. La entidad contratista y, en su caso, las aseguradoras ostentan por tanto la cualidad de

interesadas según el art. 4.1.b) LPACAP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013; 132/2013, de 18 de abril de 2013; y 91/2015, de 19 de marzo; 291/2015, de 29 de julio y 41/2017, de 8 de febrero. Por esta razón la Administración ha de llamar al procedimiento administrativo al contratista y, en su caso, a su aseguradora, lo que se ha llevado a efecto en el presente caso en relación con la concesionaria del servicio».

Así pues, tanto la legislación vigente en materia de contratación pública, como las pretéritas regulaciones relativas a la responsabilidad por daños causados en ejecución de un contrato administrativo, imponen al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable.

Por esta razón, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista, que ostenta la condición de interesado a tenor del art. 4.1, letra b) LPACAP, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo de acuerdo con la legislación reguladora de la contratación pública.

En definitiva, el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en la LPACAP cuando el perjudicado reclama a ésta el resarcimiento; y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el citado art. 4.1, letra b) LPACAP. De esta manera, resulta necesario que se le comunique la tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial a los efectos de que pueda personarse en el mismo, proponer las pruebas y realizar las alegaciones que estime oportunas en defensa de sus derechos e intereses legítimos (v. dictamen n.º 362/2020, de 1 de octubre).

Sin embargo, en el presente procedimiento no se ha dado trámite de prueba y audiencia a la contratista, asumiendo la Administración la responsabilidad en la Propuesta de Resolución, que es de estimación parcial, lo que constituye un vicio en la tramitación del procedimiento que nos ocupa, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

9. Finalmente, se ha de recordar que, como repetidamente ha razonado este Consejo Consultivo (Dictámenes 99/2017, de 23 de marzo, 166/2019, de 9 de mayo de 2019, y 214/2019, de 6 de junio, entre otros), el que la Administración mantenga relación contractual con una compañía de seguros, no significa que ésta sea parte en el procedimiento; puesto que la Administración responde directamente a los ciudadanos de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que considere precisos la Administración para la determinación y valoración del daño.

II

1. El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del servicio público municipal.

A este respecto, el perjudicado reclama la indemnización de los daños que le han sido irrogados como consecuencia de las filtraciones de agua existentes en la vivienda de su propiedad sita en la calle (...), término municipal de Los Realejos, y que, a su juicio, traen causa de la deficiente ejecución de una obra municipal (*«Proyecto de renovación integral de la zona comercial abierta Toscal-Longuera»*).

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, el reclamante solicita la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, desglosando su petición en las siguientes partidas -folios 55 y ss.-:

a) Gastos por la resolución del contrato de alquiler con opción de compra: 27.450 euros.

b) Gastos por la *«reclamación de los inquilinos al dejar el inmueble por el mal estado de la misma (...), exigiendo el reembolso de lo pagado más daños y perjuicios (...)*»: 10.200 euros.

c) Gastos por los *«desplazamientos al Ayuntamiento, (...), abogados, responsable del seguro, visitas con técnicos, etc.»*: 575 euros.

d) Abogados: 350 euros.

e) Informes técnicos: 850 euros.

f) Gastos Inmobiliarios: 3.100 euros.

g) Gastos por el arreglo de la vivienda: 14.486,97.

Todo ello totaliza un importe indemnizatorio reclamado de 55.586,97 euros.

III

1. Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

- La reclamación de responsabilidad patrimonial se inicia mediante escrito con registro de entrada en el Ayuntamiento de Los Realejos el día 6 de febrero, en el que, como ya se ha indicado anteriormente, el interesado solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de las filtraciones de agua que sufre la vivienda de su propiedad sita en la calle (...), del citado término municipal, y que traen causa de la deficiente ejecución de una obra pública municipal. En este sentido, se acompaña al escrito de reclamación un informe técnico elaborado por arquitecto técnico en el que se concluye que *«(...) las graves patologías detectadas en la vivienda son debidas a una deficiente ejecución de la obra civil de repavimentación y acerado de la calle El Toscal»*.

- Con fecha 15 de febrero de 2019 se da traslado de la reclamación extrapatrimonial presentada por (...), en representación de (...), a la compañía aseguradora con la que el Ayuntamiento de Los Realejos tiene suscrito contrato de seguro para la cobertura de este tipo de siniestros.

- Con fecha 19, 22 y 26 de febrero de 2019, la representante del perjudicado presenta diversa documentación complementaria, que es remitida nuevamente a la aseguradora municipal con fecha 28 de febrero de 2019.

- Con fecha 11 de abril de 2019 se solicita informe a la empresa pública de aguas del Ayuntamiento de Los Realejos (...), respecto a la *«(...) estanqueidad de la red de abastecimiento, saneamiento y pluviales que discurre frente al número (...) de la calle El Toscal»*. Dicho informe es emitido al día siguiente.

- Mediante nota de régimen interior de 12 de junio de 2019 se solicita a la Gerencia Municipal de Urbanismo la emisión de informe *«(...) sobre los motivos por los que dicha vivienda se ve afectada por humedades supuestamente producidas por una deficiente impermeabilización de las obras de urbanización frente al número (...) de la calle El Toscal»*.

La Gerencia Municipal de Urbanismo evacua su informe el día 28 de junio de 2019.

- Con fecha 18 de junio de 2019 se requiere al interesado para que aporte documentación acreditativa de su condición de propietario de la vivienda sita en calle (...).

Dicho requerimiento es debidamente cumplimentado por el reclamante con 10 de julio de 2019.

- Con fecha 19 de julio de 2019 se acuerda la apertura del trámite de audiencia. Una vez notificado al reclamante, éste solicita la ampliación del plazo para cumplimentar dicho trámite de audiencia.

- El día 11 de diciembre de 2019 se acuerda la apertura del periodo probatorio, al objeto de que el reclamante pudiera proponer los medios de prueba de que intente valerse en apoyo de su pretensión.

- Mediante instancia normalizada general con registro de entrada en el Ayuntamiento el día 6 de febrero de 2020, el interesado formula escrito de alegaciones.

- Por medio de nota de régimen interior de fecha 19 de febrero de 2020, se solicita a la empresa municipal de servicios (...), la emisión de informe relativo a la causa que provoca las filtraciones de agua. Dicho informe es evacuado el día 4 de marzo de 2020.

- Con fecha 29 de abril de 2020 se emite informe por parte de la aseguradora municipal proponiendo que se desestime la reclamación de responsabilidad patrimonial.

- El día 11 de junio de 2020 se acuerda, nuevamente, la apertura del trámite de audiencia.

- Mediante instancia normalizada general con registro de entrada en el Ayuntamiento el día 29 de junio de 2020, el perjudicado formula escrito de alegaciones.

- Consta en el expediente administrativo Propuesta de Resolución en virtud de la cual se acuerda estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial «(...) por humedades producidas al inmueble sito en la calle (...), debido a la rotura de la red de riego municipal ubicada en el alcorque de la calle (...)», moderando en un cincuenta por ciento la indemnización reconocida al reclamante como

consecuencia de la existencia de una concausa en la producción del daño imputable al interesado.

2. En el presente caso, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. Sin embargo, la demora producida no impide la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3 b) LPACAP.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación del interesado al entender que ha quedado acreditado el nexo de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento de la Administración, si bien al concurrir falta de diligencia del interesado [al no «(...) *llevar a cabo obras de impermeabilización de sus muros de contención o sótanos, bien por el trasdós o por el intradós (...)*»], se atribuye a cada uno un cincuenta por ciento de la responsabilidad.

2. Pues bien, como ya se ha indicado anteriormente, en la tramitación del procedimiento se ha incurrido en la irregularidad formal de no traer como parte del procedimiento a la empresa contratista a la que se adjudicó el contrato de obra pública denominado «*Renovación integral de la zona comercial abierta Toscal-Longuera*» -folios 65 y 93-, y a cuya defectuosa ejecución imputa el reclamante los daños (humedades) producidos en la vivienda de su propiedad. Circunstancia ésta que impide la emisión de un dictamen de fondo.

A pesar de que la Administración considera que no existe relación causal entre las obras públicas realizadas en la vía colindante al inmueble del reclamante (achaca los daños a una rotura del sistema de riego de los alcorques de la calle), no es posible entrar en el fondo del asunto dado el vicio procedimental en el que se ha incurrido, al no tener como parte del procedimiento a la empresa contratista encargada de la ejecución de la obra pública a la que se vincula el daño, lo que le causa indefensión; y cuya consecuencia es, irremediabilmente, la nulidad de lo actuado.

Como ha manifestado en distintas ocasiones este Consejo Consultivo (ver por todos los recientes Dictámenes n.º 94/2020, de 12 de marzo; n.º 202/2019, de 23 de mayo; n.º 158/2019, de 29 de abril, y n.º 454/2019, de 5 de diciembre), «*en palabras*

del Tribunal Supremo, "(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses" (STS de 11 de noviembre de 2003)».

3. Por tanto, debemos concluir que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento a fin de dar traslado del expediente al contratista, para que éste aporte los medios de prueba que a su derecho convenga y alegue lo que estime oportuno en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Posteriormente, se dará traslado de las actuaciones al interesado, concediéndole un nuevo trámite de audiencia. Y, finalmente, una vez concluida la referida tramitación y formulada la necesaria propuesta de resolución (arts. 88 y 92 LPACAP), ésta habrá de ser elevada a este Consejo Consultivo a los efectos de emitir su dictamen preceptivo en los términos del art. 11.1.D.e) LCCC en relación con el art. 81.2 LPACAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera que no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.