



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 5 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio municipal de conservación y mantenimiento de las vías públicas (EXP. 326/2023 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen -solicitado mediante oficio de 4 de julio de 2023 (con registro de entrada en esta Institución consultiva el día 6 de ese mismo mes y año) por la Excm. Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria- tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento administrativo de reclamación en concepto de responsabilidad extracontractual de dicha Administración municipal promovido por (...) y en cuya virtud se solicita la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la vivienda del reclamante, sita en la calle (...), puerta izquierda, como consecuencia del empuje provocado por el crecimiento de una palmera plantada en la acera contigua al domicilio del perjudicado.

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 [6.920,51 € - folio 10-] supera los límites cuantitativos establecidos por el precitado artículo de la LCCC.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Por otra parte, la legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Sra. Alcaldesa, según lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, LPACAP].

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación la citada LPACAP; 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 [en adelante, LRBRL]; y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias [en adelante, LMC].

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. 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. En este caso, el reclamante está legitimado activamente porque pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios que supuestamente le ha irrogado el deficiente funcionamiento del servicio municipal de conservación y mantenimiento de la vegetación ubicada en las vías públicas, al permitir el crecimiento descontrolado de una palmera plantada en la acera contigua a la vivienda del perjudicado.

4.2. 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 art. 25.2, apartados b) y d) y 26.1, apartados a) y d) LRBRL*.

El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario. Por lo que, al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le corresponde a la Sra. Alcaldesa.

Competencia esta que, de acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho tercero de la Propuesta de Resolución, ha sido delegada a la Concejala de Gobierno del Área de Economía, Hacienda, Presidencia y Cultura.

4.3. Asimismo, en el presente supuesto se encuentra legitimada pasivamente la entidad mercantil (...) -en adelante, (...)-, en su calidad de adjudicataria del *«servicio de mantenimiento y conservación de espacios verdes, áreas caninas y*

arbolado urbano de Las Palmas de Gran Canaria. Lote 2» -folio 108-, y a cuya defectuosa actuación se imputan los daños irrogados al reclamante.

Sobre esta cuestión, 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, 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 -en lo sucesivo, LCSP-.

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 270/2019, de 11 de julio, y 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.

Pues bien, en el presente supuesto consta acreditado que la empresa contratista ha sido llamada al procedimiento administrativo, dándole traslado de las actuaciones practicadas y brindándole la posibilidad de formular alegaciones y/o proponer los medios de prueba que estimara convenientes en defensa de sus intereses -folios 105 a 224-.

5. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo primero LPACAP; tratándose de un daño continuado que estaba produciendo efectos en el momento mismo de presentarse la reclamación de responsabilidad patrimonial. Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Propuesta de Resolución.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses, transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio [art. 91.3 LPACAP]. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [art. 21 LPACAP].

II

1. El reclamante insta 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.

En este sentido, se interesa el resarcimiento de los daños materiales causados al muro perimetral de la parcela que separa la vivienda propiedad de (...) de la vía pública, a la altura del n.º 109 de la calle (...), término municipal de Las Palmas de Gran Canaria. Daños que traen causa del crecimiento descontrolado de un ejemplar de palmera plantado en la acera pública y cuyo tronco se encuentra unido al muro perimetral de la vivienda; lo que ha ocasionado numerosas grietas y fisuras, el desplazamiento lateral del muro, así como de las cajas de registro de los diversos suministros -luz, agua, etc.- y, en última instancia, el peligro de colapso de la pared que linda con la acera.

2. A la vista de lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas en el informe pericial aportado a las actuaciones por el perjudicado [*« (...) se considera que la causa de las patologías detectadas en el muro procede de un desplazamiento lateral, tanto de la cimentación como del paramento, provocado por el empuje producido por el crecimiento de la palmera situada en la acera en estrecho contacto con el muro. (...) . Las deficiencias ocasionadas son relevantes, existiendo peligro de colapso a corto plazo, debido al crecimiento inexorable de la palmera, por lo que (...) el estado en que se encuentra el muro es irreparable, siendo necesaria una reposición completa incluyendo su cimentación»*], el reclamante solicita ser resarcido en la cantidad de 6.920,51 € -gastos correspondientes, en síntesis, a la demolición y posterior reposición del muro afectado, cajas de registro, enrejado, etc.-.

III

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

1.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia mediante escrito con registro de entrada en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el día 8 de julio de 2022, en el que, como ya se ha indicado anteriormente, el interesado solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a la vivienda de su propiedad, sita en la calle (...), puerta izquierda, como consecuencia del empuje provocado por el crecimiento de una palmera plantada en la acera contigua a la casa de referencia.

El escrito de reclamación se acompaña de diversos documentos: informe pericial, reportaje fotográfico, presupuesto de ejecución de las obras de reparación del muro, etc.

2.- Con fecha 11 de julio de 2022 se acuerda dar traslado del siniestro a la compañía aseguradora con la que el Ayuntamiento tiene concertada póliza de seguro para la cobertura de este tipo de eventualidades.

3.- El día 21 de julio de 2022 se admite a trámite la reclamación interpuesta y se designa instructor y secretario del procedimiento.

Dicha resolución consta debidamente notificada al interesado.

4.- Consta en el expediente la petición de informe sobre los hechos objeto de la reclamación extrapatrimonial a la Unidad Técnica de Parques y Jardines; informe que es, finalmente, evacuado (y, aparentemente, asumido por la citada Unidad Técnica) por la empresa adjudicataria -(...)- del contrato de mantenimiento y conservación de

los espacios verdes, áreas caninas y arbolado urbano de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 24 de agosto de 2022.

5.- Con fecha 22 de septiembre de 2022 el órgano instructor acuerda la apertura del periodo probatorio. Resolución que consta debidamente notificada al interesado y a la aseguradora municipal.

6.- Con fecha 24 de octubre de 2022 el reclamante formula escrito de alegaciones, proponiendo los medios de prueba de los que pretende valerse.

7.- Figura en el expediente administrativo tramitado la evacuación de informe - con fecha 4 de noviembre de 2022- por parte de la aseguradora municipal en el que, tras reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la entidad asegurada -Ayuntamiento de Las Palmas-, propone una « (...) una indemnización por importe de 3941 euros, descontada la franquicia de 600 euros estipulada en la póliza» -folio 77 y ss.-.

8.- Instruido el expediente e inmediatamente antes de dictar Propuesta de Resolución, se le notifica al reclamante la iniciación del trámite de audiencia acordado con fecha 6 de marzo de 2023; facilitándosele una relación de los documentos obrantes en el procedimiento -a fin de que pudiera obtener copia de los que estimase convenientes-, y se le concede un plazo de diez días para que formule alegaciones y presente cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes.

9.- Con fecha 13 de marzo de 2023 el reclamante formula escrito de alegaciones, mostrando su conformidad expresa con la cantidad indemnizatoria -3.941 €- ofrecida por la entidad aseguradora municipal.

10.- Con fecha 12 de abril de 2023 el órgano instructor da traslado de las actuaciones a la empresa (...) a fin de que, si lo estimaba oportuno, se personase en el expediente de referencia, formulando las alegaciones y proponiendo las pruebas que considerara convenientes en defensa de sus derechos e intereses.

11.- Con fecha 31 de mayo de 2023 se formula Informe-Propuesta de Resolución en cuya virtud se acuerda desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), al no darse la necesaria relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público municipal.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación porque considera que no se ha acreditado la requerida relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público afectado y el daño reclamado.

Así, la Propuesta de Resolución entiende que las palmeras plantadas de forma aleatoria y sin seguir un orden es debido a que ya se encontraban plantadas antes de la construcción de las viviendas y de la acera, y que la proximidad al muro fue determinado a la hora de la ejecución de éste, ya que la palmera es anterior a dicha estructura. Por tanto, siguiendo al informe técnico de la concesionaria del servicio, afirma que *«el problema radica en la proximidad con la que se realizó el muro y que debido al estrecho contacto con el que iba a estar del ejemplar, no se tomaran las medidas estructurales pertinentes en su ejecución. Así como la existencia de un jardín en el interior de la vivienda y próxima al radio de desarrollo de las raíces de las palmeras, las cuales han tomado la dirección en la búsqueda del agua con el que se riega el jardín»*.

2. Respecto a la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas este Consejo Consultivo ha venido manteniendo reiteradamente la siguiente doctrina [ver, por todos, el Dictamen 540/2021, de 11 de noviembre]:

«2. Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts.78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo.

3. *Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP).*

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art. 386 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

Pero sin prueba del acaecimiento del hecho lesivo, la Administración no lo puede considerar probado con base en la mera afirmación de la reclamante porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

La Administración, cuya actividad está siempre dirigida a la consecución del interés público y por ello regida por el principio de legalidad, no puede disponer el objeto de un procedimiento de reclamación de su responsabilidad patrimonial (art. 281.3 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC) y admitir sin prueba la existencia del hecho lesivo; puesto que la indemnización sólo procede en caso de que la lesión haya sido producida por el funcionamiento del servicio público (art. 139.1 LRJAP-PAC), por cuyo motivo la resolución (y por ende su propuesta y el Dictamen sobre ella) debe pronunciarse necesariamente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida (art. 13.2 RPAPRP y concordante art. 12 del mismo). Como no existe relación de causalidad sin que exista la causa que es el hecho lesivo, la propuesta de resolución debe pronunciarse sobre la existencia de éste, fundamentándola en las pruebas aportadas; y si éstas no son directas, razonando por qué a partir de las indirectas debe presumirse su realidad. Esta motivación sobre la prueba del acaecimiento del hecho lesivo es ineludible tanto en virtud de la remisión del art. 80.1 LRJAP-PAC al art. 386 LEC, como por el art. 54.1, f) LRJAP-PAC en relación con el art. 13 RPAPRP.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, como resulta de que el art. 6.1 RPAPRP obligue a que el escrito de reclamación debe proponer los medios de prueba y aportar los documentos e informes oportunos; del art. 7 RPAPRP que prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la reclamación, entre los que se hallan, según los arts.12 y 13 RPAPRP, la causa de la lesión o hecho lesivo; del art. 9 RPAPRP que contempla un período probatorio; y, por último, del art.

14 RPAPRP que permite recurrir al procedimiento abreviado únicamente cuando de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general resulte inequívoca, además de otros datos, la relación de causalidad.

El art. 80.2 LRJAP-PAC sólo permite que la Administración pueda tener por ciertos los hechos alegados por los interesados cuando su realidad le conste por actuaciones y documentos anteriores, por ser notorios o porque el interesado, al iniciar el procedimiento, ha aportado pruebas documentales o de otro tipo que los demuestren incontestablemente, deviniendo innecesaria la práctica de prueba.

Por último, si se admitiera que la Administración puede admitir sin prueba la realidad de la causa de la lesión o, lo que es lo mismo, sin razonar por qué establece la presunción de su certeza, entonces se lesionaría la prohibición de interdicción de la arbitrariedad, porque sus agentes, según su libre albedrío y sin parámetro legal alguno, en unos casos admitirían su existencia y en otros la negarían; y, además, todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, basado en el requisito de que la lesión sea causada por el funcionamiento de un servicio público, se derrumbaría, porque bastaría que cualquiera alegara sin más que la actividad de la Administración le ha causado un daño y probara su cuantía para que automáticamente obtuviera su reparación».

3. Pues bien, centrándonos ya en la cuestión de fondo, resulta oportuno señalar que, en el presente supuesto, consta debidamente acreditado -a través del diverso material probatorio obrante en las actuaciones: informe pericial aportado por el reclamante, reportaje fotográfico anexo, informe pericial de la entidad aseguradora municipal, etc.-no sólo la realidad del hecho lesivo [crecimiento desmedido de un ejemplar de palmera que se halla plantada en la acera pública que discurre por la calle (...), y pegada al muro perimetral de la vivienda propiedad del reclamante], sino, además, las propias consecuencias derivadas del mismo [daños estructurales en el muro de cerramiento de la parcela propiedad del Sr. (...) -con el alcance descrito en los informes periciales que obran en las actuaciones-, determinantes de su estado ruinoso y la necesidad de su demolición y posterior reposición].

Asimismo, consta acreditado el mecanismo de producción del hecho lesivo. Tal y como se indica en el informe pericial aportado a las actuaciones por el perjudicado, el origen de las grietas presentes en el muro perimetral « (...) se debe, sin duda, al empuje provocado por el crecimiento de la palmera plantada en la acera y completamente pegada a este de cerramiento por el exterior. (...) . Dada la envergadura que presentan estas grietas, su avanzado estado y la forma integral en que afectan al muro, se considera que éste se encuentra en estado de ruina, siendo necesaria su demolición completa previa a su reposición. (...) . (...) la causa de las patologías detectadas en el muro procede de un desplazamiento lateral, tanto de la cimentación como del paramento, provocado por el

empuje producido por el crecimiento de la palmera situada en la acera, en estrecho contacto con el muro» -folios 8 y 9-.

En idéntico sentido se pronuncia el informe encargado por la aseguradora municipal -folio 80-:

«Podemos observar en la acera lindante a la propiedad de (...), la existencia de una palmera ubicada en una jardinera muy próxima al muro de parcela (...) . Dicha palmera, debido a su crecimiento y a su ubicación, tan próxima al muro de parcela, ha ocasionado la rotura por varias partes de dicho muro y ha provocado su desplazamiento lateral y por ende el de las cajas de contadores de las instalaciones de suministros y mecanismo de apertura de puerta automática, que están embutidas, dando lugar al riesgo de desperfectos en dichas instalaciones. Cabe destacar que el desplazamiento del muro ha ocasionado desperfectos en la reja de barrotes metálicos ocasionando daños en la chapa y el desprendimiento de barrotes, con el consecuente peligro de colapso de esta estructura metálica.

(...).

Los daños ocasionados en dicho muro son de orden estructural afectando a la base del mismo y ocasionados por el crecimiento desmedido de la palmera citada, con lo que habrá de ser demolido y construido nuevamente dado el peligro de colapso del mismo. Por tanto, se valora la demolición y la restitución posterior del muro, incluyendo su vallado, desconexión de instalaciones de suministros y colocación de sus respectivas cajas en la nueva construcción.

Entendemos que no existe otra circunstancia que haya provocado los daños descritos que el crecimiento desmedido de la palmera ubicada frente al muro, destacando que su localización está más cerca del muro de parcela en este caso que en el resto de las palmeras de la misma calle, por lo que a nuestro juicio existe responsabilidad civil».

Así pues, las pruebas presentadas por el reclamante acreditan, en efecto, la realidad del hecho dañoso por el que se reclama; la efectividad y alcance de los daños materiales irrogados a la vivienda de referencia, así como la propia dinámica de producción del hecho lesivo.

4. Por último, y contrariamente a lo sostenido por la Propuesta de Resolución - véase, en este sentido, lo manifestado en su Fundamento de Derecho séptimo-, entiende este Consejo que figura convenientemente acreditada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público municipal y el daño alegado.

A este respecto cabe indicar que el hecho de que la palmera se encontrase plantada con anterioridad a la construcción de la vivienda -privada- y de la acera -

pública- [argumento principal del órgano instructor para excluir el nexo causal] no es una circunstancia que atempere o en su caso, elimine la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.

Los daños materiales que afectan gravemente a la vivienda del reclamante son el resultado no sólo de una inexistente planificación pública de los espacios verdes - arbolado urbano-, en donde la plantación de especies arbóreas de gran porte -como es el caso de las palmeras- responda a criterios de racionalidad [tanto el informe pericial de parte como el confeccionado por la aseguradora municipal ponen de manifiesto que « (...) en la calle existen plantadas en ambas aceras ejemplares de palmera dispuestas de forma aleatoria y sin seguir un orden determinado, con la peculiaridad de que todas ellas están plantadas en medio de las aceras, separadas un mínimo de 0.70 cm de los muros que delimitan las propiedades. La única que se encuentra completamente adosada al muro es la que nos ocupa»], sino, además, la consecuencia de una defectuosa conservación y mantenimiento del arbolado urbano que se ha mantenido en el tiempo [en este sentido, y valga como ejemplo, ni tan siquiera se hace mención en el expediente a la existencia, aprobación y/o puesta en práctica del denominado «programa de seguridad del arbolado y palmeras» recogido en el apartado 3.13 del pliego de prescripciones técnicas para la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de los espacios verdes, áreas caninas y arbolado urbano de Las Palmas de Gran Canaria -folios 195 y 196-]. Circunstancias éstas que, aparte de crear una situación de peligro objetivo que se ha materializado en la producción del evento dañoso [tanto en la propiedad privada - daños estructurales en el muro de la vivienda del reclamante, con el consiguiente «peligro de colapso», como ponen de manifiesto los diversos informes periciales incorporados a las actuaciones- como en la pública -rotura de alcorque, levantamiento y rotura de las losetas de la acera, imposibilidad de paso para personas con movilidad reducida, etc.-] y no satisfacer los estándares mínimos exigibles a la prestación del servicio público implicado, determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública [tal y como reconoce la aseguradora municipal en su informe pericial -folio 80- y el propio Ayuntamiento asegurado -folio 85-; no así el órgano instructor -folios 227 y 228-].

Así pues, y a la vista de cuanto se ha expuesto anteriormente, se entiende que cabe apreciar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público municipal y el daño alegado.

5. Por lo demás, y dada la similitud con el supuesto ahora examinado, se hace preciso reproducir y aplicar la doctrina establecida por este Consejo Consultivo en su reciente Dictamen 211/2023, de 11 de mayo:

«B) (...) ha de tenerse presente (...) que, a fin de garantizar la reparación integral de los daños y evitar que se vuelvan a producir en el futuro, la Administración deberá poner solución en origen dentro de los propios jardines del Conservatorio Profesional de Música para evitar que las raíces de los árboles vuelvan a producir destrozos en las viviendas colindantes, con la prestación de reparación in natura imprescindible para que el daño no se vuelva a producir.

El informe pericial propuesto por la reclamante propone una solución para que las raíces no invadan su propiedad.

En el sentido expuesto, cabe invocar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón n.º 442/2018, de 20 de septiembre, que señala:

«En el supuesto litigioso, la indemnidad total de la Comunidad de Usuarios apelada no puede obtenerse sin la eliminación de la fuente u origen del daño que viene padeciendo continuamente a causa del incumplimiento municipal de las funciones de tutela sobre un bien de su titularidad, de manera que, para conseguir la plenitud de la reparación, es necesario ejecutar las obras de subsanación de los desperfectos y de las deficiencias constructivas del aparcamiento, lo que es posible encuadrar dentro del resarcimiento "in natura" a que se refieren el último párrafo del artículo 141.4 de la Ley 30/1992, así como el preámbulo y el artículo 2.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sin que, optando por una interpretación restrictiva de los preceptos citados, los tribunales hayan rechazado de plano tal posibilidad, como resulta de la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala parcialmente transcrita en la de instancia y también de la del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2004, en la que se declaró el derecho de la demandante a obtener, por parte de la Administración, la restauración de unos montes de utilidad pública como reparación "in natura", y en cuyos fundamentos jurídicos se declaraba que "Una de las innovaciones más significativas en el instituto de la responsabilidad patrimonial se produjo en el apartado 4 del artículo 141 de la Ley 30/1992, al permitir que la indemnización pueda también ser satisfecha en especie o ser abonada mediante pagos periódicos. Una y otra modalidad convenientemente se adaptan y complementan a la exigencias resarcitorias de ciertos eventos dañosos, similares al que contemplamos, pues la reparación integral del daño exige que la víctima o perjudicado resulte indemne, de ahí que la indemnización debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, de la que una de sus manifestaciones es la reparación in natura a través de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada", por todo lo cual procede concluir que, al no haberse desvirtuado en esta instancia los fundamentos de la sentencia impugnada, no resulta procedente estimar el presente recurso de apelación».

De forma similar se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2010 (rec. 161/2009):

«El otro punto sobre el que gira el recurso es la reclamación por daños en las personas que derivan del ruido provocado por la elevada circulación en la Autopista A-6.

Sería absurdo desconocer los efectos que el ruido provoca en esta zona colindante con la Autopista.

La solución no puede venir, empero, de una indemnización sino de la instauración de medidas para evitar que se siga produciendo ruido molesto e insalubre para las personas que viven en la zona próxima. Es justo compensar con cargo a la Administración los perjuicios que genera el ruido-ambiental tomando en consideración, entre otros factores, el tipo de hábitat al que está destinado el territorio próximo».

Y, en fin, también cabe la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León n.º 1297/2010, que considera que la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial reclamada por los daños ocasionados a causa de humedades procedentes de filtraciones de una calle conduce a acordar que:

« (...) por el Ayuntamiento demandado se proceda a ejecutar las siguientes medidas necesarias para evitar que se produzcan filtraciones de agua en la vivienda de la actora:

La ejecución de un sumidero con rejilla metálica delante de la puerta del pajar que haga de elemento de corte de acceso de las de las aguas hacia el interior del pajar, la longitud del sumidero sería el doble del ancho de la puerta.

La colocación de bordillos y de aceras. Sobre esta medida de corrección la obra mínima a realizar consiste en hacer un acerado de 50 cm. de ancho con bordillo en borde, que se eleve sobre la rasante de la calle de 7 a 8 cm., y que se ejecute cuando menos desde la esquina del canalón de la foto número 9, hasta la esquina de la tapia de la demandante foto número 7.

En lo que afecta al albañal particular, (foto 14 del informe) lo que se debe hacer con dicho albañal es anularlo, verter hormigón sobre el fondo del albañal hasta superar la rasante de la calle, dando pendiente desde fachadas a interior de la calle para que el agua de la lluvia del tejado que llega ahora al albañal discurra por la calle como sucede en el resto de las calles del municipio. En todo caso conforme resulta del informe pericial, además de la anulación en el exterior del citado albañal, debe hacerse un sumidero-imbornal con rejilla de protección y conducir y canalizar en inicio y final del trayecto los vertidos del albañal a la red de saneamiento».

Pero mayor relevancia si cabe, acerca de la reparación del origen de los daños causados, tiene la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (Rec. 303/1993), a cuya doctrina los interesados apelan en su escrito de reclamación cuyos pasajes más destacados reproducen igualmente en dicho escrito y se transcriben también ahora:

«en modo alguno puede sostenerse, en los términos absolutos en que se afirma, que el hecho de que la Ley se refiera únicamente a indemnización ello signifique que quede excluida en todo caso la reparación in natura. (...)

El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo contenido ha quedado constitucionalizado por el artículo 106.2 de la Constitución, configura el deber del Estado de tener que indemnizar, reparar, compensar o resarcir el daño producido, o lo que es lo mismo la responsabilidad u obligación en definitiva de dejar el patrimonio del administrado, que ha resultado perjudicado, en la situación en la que estaba antes de ser perturbado por la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor, resarcimiento que podrá ser in natura o por equivalente al tener que abonar una suma dineraria que sea la que satisfaga el "it quod interest" más los perjuicios producidos ulteriormente.

Tal criterio interpretativo viene ya sostenido desde antaño por la Sala 1ª de este Tribunal Supremo en relación con los supuestos del artículo 1902 del Código Civil, precepto con el que el recurrente incardina el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción que ahora examinamos. En efecto, la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1978 afirma que los verbos indemnizar a que alude el artículo 1101 del Código Civil, al igual que lo hace el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que ahora nos ocupa, el verbo reparar a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, con el que el recurrente incardina el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico al regularse en ambos casos, en definitiva, una responsabilidad extra contractual, responden a la misma finalidad de restablecer la situación económica y patrimonial del perjudicado, con lo que ambos están incluidos en el concepto jurídico que a la palabra indemnización asigna el artículo 1106 (...) del Código Civil, según establecen ya entre otras las sentencias de 22 de Octubre de 1932 y 9 de junio de 1949, siendo el primero, indemnizar, de mayor amplitud que el segundo, reparar, cuyo significado, según el Diccionario Oficial de la Lengua, significa "componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa", por lo que, al estar este segundo concepto incluido en el primero de mayor amplitud, no puede excluirse la reparación in natura por el simple hecho de que el precepto en cuestión utilice el verbo indemnizar, dado que, como queda dicho, la finalidad esencial del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico es dejar el patrimonio del administrado, que ha resultado perjudicado, en la situación que estaba antes de ser perturbado por la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y esa reposición del patrimonio a su situación anterior a la lesión causada podrá serlo tanto mediante la reparación in natura como por la vía de la reparación equivalente en dinero. Pero no ha sido sólo la Jurisprudencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo la que ha declarado la procedencia de la reparación in natura en los supuestos del artículo 1902 del Código Civil, sino que también la Jurisprudencia Contencioso Administrativa se ha pronunciado ya sobre este punto en

relación con el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, así sentencia de 17 de junio de 1987 de la antigua Sala Cuarta y sentencias de esta misma Sala y Sección de 14 de febrero de 1990 y 20 de marzo de 1995.

Conviene finalmente recordar aquí que la Ley 30/92 en su artículo 141.4 prevé ya de manera expresa la reparación in natura en aquellos casos en que resulte más adecuado para lograr la reparación debida, convenga al interés público y exista acuerdo con el interesado, precepto que, si bien no es aplicable al caso que nos ocupa por razón de la fecha, si nos sirve como elemento integrador de la interpretación favorable a la posibilidad de entender incluida la reparación in natura en el ámbito del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, si bien en la actual redacción del artículo 141.4 de la Ley 30/92 se produce una restricción, al exigirse acuerdo de las partes, no exigible en los supuestos como el que nos ocupa que se rigen por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico por razones temporales. En el caso que nos ocupa, del análisis de lo actuado se deduce con absoluta claridad que la reparación equivalente en dinero no garantiza la reparación del patrimonio lesionado y ello de una parte porque para conseguir tal fin ha de actuarse sobre bienes de dominio público mediante la realización, en los muros de contención de la C.N. 340 a su paso por la urbanización Alfamar, de las obras de reforzamiento necesarias para la consolidación definitiva de los terrenos, evitando así que continúen produciéndose daños en el patrimonio de los demandantes y de otra parte, como pone de relieve el informe emitido por el Ingeniero Sr. (...), ratificados por el Departamento de Geología de la Universidad de Granada, resulta conveniente una acción conjunta sobre la carretera y la urbanización en orden a la ejecución de las medidas que recomienda, acción conjunta que resulta extremadamente dificultosa ni hubiese de actuarse separadamente sobre cada clase de bienes, razón esta que justifica que la reparación deba efectuarse in natura por la propia Administración demandada, resolviéndose las discrepancias que en este punto puedan surgir en trámite de ejecución de sentencia, debiendo concretarse las reparaciones a efectuar sobre los bienes propiedad de los demandantes a las necesarias para eliminar los daños tanto en edificaciones como en solar y elementos afectados que se recogen en el informe pericial, practicado de periodo probatorio, emitido por el arquitecto (...) y las que han de efectuarse en suelo público a fin de lograr la estabilización de los terrenos a las que figuran en el informe del ingeniero (...), resolviéndose, como decimos, las discrepancias que puedan surgir al respecto en cuanto a la realización de las mismas en trámite de ejecución de sentencia, sin que la intervención de los técnicos que los demandantes puedan contratar a efectos de controlar dicha ejecución pueda interferir en la dirección y ejecución de las obras que haya de efectuarse en suelo público para la estabilización del terreno y que se recogen, como queda dicho, en el informe del Ingeniero (...) ».

Del mismo modo, por lo demás, este Consejo Consultivo, en multitud de Dictámenes (por todos DCCC 69/2021, de 18 de febrero), recoge el principio de

reparación integral del daño en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, señalándose que:

«Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 150, 191, 410/2018 y 86/2020) que, en virtud del principio de reparación integral del daño que rige en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, los interesados deben ser indemnizados en toda la extensión del daño realmente sufrido, teniendo en cuenta en este caso la referida concurrencia de concausa.

Al respecto se ha señalado en el mencionado Dictamen 410/2018, de 8 de octubre, que:

« (...) señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998, “la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos evaluables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985”».

C) Pues bien, ningún pronunciamiento acerca de los pormenores que acaban de señalarse contiene la Propuesta de Resolución sometida a nuestro parecer, pese a lo dispuesto por el art. 88.1 LPACAP: «La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo».

Se trata (...) de cuestiones que fueron suscitadas por los interesados ya desde el momento mismo en que formularon su reclamación, que igualmente han sido examinadas en el curso de la instrucción, y sobre las que por tanto se requiere ahora, en trance de resolver el presente procedimiento, el correspondiente pronunciamiento por parte de la Administración.

Aunque el derecho a obtener respuesta a todas las cuestiones planteadas no figura como tal en el elenco de los «derechos del interesado en el procedimiento administrativo» que enumera el art. 53 LPACAP, resulta inequívoca su consideración como uno de los derechos subjetivos de los que los interesados son titulares, dado el propio tenor literal del antes mencionado art. 88.1 LPACAP.

Se trata, por lo demás, de un derecho que se corresponde con los deberes de congruencia y de motivación que a las resoluciones administrativas les incumbe observar. Sobre el deber de congruencia de las resoluciones administrativas, el art. 88.2 LPACAP dispone: «En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste (...) ». Y sobre el deber de motivación, el art. 88.3 LPACAP señala: «Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los

casos a que se refiere el artículo 35"; precepto este último cuyo apartado h) en su primer apartado, entre otros supuestos, obliga a motivar: "h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial»»).

6. En cuanto a la valoración del daño, se considera adecuada la cantidad de 3.941 € establecida por la compañía aseguradora municipal -folios 77 y ss.-. Importe indemnizatorio que, amén de ser aceptado por la entidad municipal asegurada -folio 85-, ha sido objeto de conformidad expresa por parte del reclamante en su escrito de alegaciones formulado durante el trámite de audiencia -folio 98-. Resultando de aplicación el art. 34.3 LRJSP, que hace referencia a la actualización de la cuantía de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública municipal se considera que no es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen.