

Dictamen nº: **386/11**
Consulta: **Consejero de Transportes e Infraestructuras**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de julio de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por Z.J. en representación de la mercantil A, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los perjuicios causados por la realización de las obras de ampliación de la línea 2 del Metro de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Transportes e Infraestructuras, mediante oficio de 1 de junio de 2011, con registro de entrada el día 7 de junio siguiente, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excma. Sra. Dª. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 13 de julio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de diversa documentación sin foliar y sin índice de documentos.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Mediante escrito registrado de entrada en la oficina de registro de San Blas el día 15 de enero de 2010, Z.J., como representante legal de la sociedad A formula reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Comunidad de Madrid, por los daños y perjuicios sufridos a raíz de las obras de ampliación de la línea 2 del Metro de Madrid, en la Avenida B, en cuyo nº aaa se encuentra el restaurante regentado por la mencionada sociedad. Dicho restaurante tiene capacidad para 69 comensales, y trabajan en él ocho personas. El mismo día y por las mismas causas presenta reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento de Madrid siendo objeto del Dictamen 81/2011 aprobado por este Consejo Consultivo en sesión de su Comisión Permanente de 16 de marzo de 2011, concluyéndose que debía ser desestimada por falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid al no ser el titular de las obras públicas a las que se imputa el daño.

Según refiere el reclamante, desde el 4 de febrero de 2009 se instaló una valla en la vía pública, sin previo aviso, enfrente del restaurante, aisladolo, puesto que ocultaba totalmente su fachada. Dicha valla se encontraba a unos 1,50 metros de distancia de la entrada del restaurante, circundándolo a lo largo de sus dos fachadas, y con una longitud perimetral de 60 metros. El único paso posible para acceder al restaurante era a través de un pasillo, formado entre el edificio y la valla instalada.

Dichas vallas se instalaron con ocasión de la realización de las referidas obras de ampliación de la línea 2 del Metro.

Aduce que el día 6 de febrero de 2009, una de las máquinas que operaba en la obra rompió un ventanal de cristal de 3,50 metros de ancho por 2,00 metros de alto, dejando fuera de uso todas las mesas de la zona aledaña al

ventanal, hasta el 19 de febrero siguiente, en que se volvió a instalar el cristal. Los trabajos de reparación finalizaron el 9 de marzo, de lo cual se aporta factura.

Narra que en la noche del 16 de marzo de 2009 se produjo un intento de robo en el interior del local, que el reclamante atribuye a la falta absoluta de visibilidad del restaurante desde la vía pública, y a la falta de vigilancia policial. Se repitieron otros robos con fuerza en las cosas también los días 15 y 17 de agosto de 2009 (con rotura de las lunas del restaurante), adjuntándose copias de las denuncias interpuestas en todas estas ocasiones en comisaría.

Asimismo, el interesado señala que, durante la ejecución de los trabajos, se están sufriendo continuos cortes en los suministros de luz y agua, siempre sin avisar, generando una continua incertidumbre a la hora de desarrollar la actividad, que depende fundamentalmente de tales suministros.

El reclamante dice que la autorización para la ocupación de la vía pública para la realización de las obras, es de fecha 23 de diciembre de 2008, por una duración de doce meses, si bien, a fecha de interposición de la reclamación (15 de enero de 2010), no sólo no se han retirado las vallas, sino que todavía continúan las obras. A tal efecto, aporta informe de la Subdirección General de Vías Públicas y Equipamientos Urbanos fechado el 29 de noviembre de 2009 a petición del reclamante, en el que se lee que *“En contestación a su instancia general, sobre las obras que se están llevando a cabo en la Avenida B, le comunico que, la fecha de autorización de la ocupación para ejecución de una obra por MINTRA situada en la citada avenida, es del 23-12-2008, por una duración de doce meses; la citada ocupación se acotará, señalizará y balizará adecuadamente, de acuerdo con las especificaciones de la «Ordenanza*

Reguladora de la Señalización y Balizamiento de las Ocupaciones de las Vías Públicas por la realización de obras y trabajos».

Para las sucesivas comunicaciones, deberán dirigirse a la empresa solicitante de la ocupación (MINTRA) ».

El reclamante formula su pretensión indemnizatoria por la pérdida de clientela que, según él, se le ha producido durante ese tiempo, desde el inicio de las obras, y que asciende *“a la suma aproximada de 4.700 euros mensuales”*. Para calcular la pérdida de volumen de negocio, aporta algunas de las facturas de proveedores correspondientes al mes de abril de 2008, para compararlas con las del mismo periodo del año 2009.

En suma, pues, de todo lo anterior, el interesado considera que ha lugar al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que debe reconocérsele una indemnización de 4.700 euros mensuales hasta la retirada de la valla.

Junto con su escrito de reclamación se acompaña determinada documentación: copia de la declaración del accidente de rotura de la luna del restaurante y factura por el suministro e instalación de vinilo por importe de 290 euros (no se aporta en este momento la factura del cristal, adelantándose que la cantidad abonada por el mismo fue de 1.356 euros); copias de las denuncias de los robos presentadas en la Policía; fotografías del estado de las obras; y facturas de los proveedores de los meses de abril de 2008 y abril de 2009.

TERCERO.- Por los hechos expuestos en los antecedentes se ha instruido el pertinente expediente de responsabilidad patrimonial de conformidad con los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento

de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

CUARTO.- La Consejería de Transportes e Infraestructuras el 11 de febrero de 2010, solicita informe del ente público MINTRA.

A estos efectos, la Dirección de las Obras, con el visto bueno del Director de Área de Proyectos y Obras, (documento nº 3) manifiesta que:

- Las citadas obras cuentan con la autorización del Ayuntamiento de Madrid para la ocupación del dominio público viario por un plazo de doce meses que en enero de 2010 fueron prorrogados otros seis. La información sobre la ocupación de vías se facilitó a la Junta de Distrito de San Blas.

- El vallado colocado es el habitual en estas obras, consistiendo en un cerramiento opaco de dos metros de altura, respetándose la anchura mínima de acera establecida por las Ordenanzas municipales, manteniendo así una anchura variable entre 1,6 y 5,30 metros. A petición de los representantes del restaurante se ensanchó la zona de acera frente a la entrada al restaurante hasta los 5,30 metros.

- El 6 de febrero de 2009 una retroexcavadora rompió una ventana del restaurante siendo facilitados los datos del seguro de la misma al responsable del restaurante.

- Considera que no hay relación causa-efecto entre las obras y los robos en el restaurante.

- En cuanto a los cortes de luz y agua se han producido dos averías eléctricas puntuales y los cortes de agua autorizados por el Canal de Isabel II para la conexión de las tuberías desviadas.

Se acompaña igualmente informe de 8 de febrero de 2010 de la U.T.E. responsable de las obras cuyo contenido coincide con el de la Dirección de las obras.

El día 1 de marzo de 2010 se concede trámite de alegaciones a la sociedad reclamante dándole traslado de los anteriores informes y requiriéndole que aporte documentación acreditativa de la representación que dice ostentar de acuerdo con el artículo 32.3 de la LRJ-PAC.

Dicho trámite se notifica a la persona que firma la reclamación en el domicilio indicado en la misma, siendo devuelta la notificación por Correos por ser la dirección incorrecta el día 3 de marzo de 2010.

Se reenvía la notificación a nombre de la sociedad reclamante en la citada dirección, devolviéndose por Correos por ausente en horas de reparto, tras intentar la notificación el día 27 de abril de 2010 a las 11.00 h. y el día 28 de abril a las 9.45 h., sin que fuese retirada en la Oficina (documento nº 4).

Se procede a la notificación por edictos, ofreciendo al reclamante el trámite de alegaciones, al amparo del artículo 59.5 de la LRJ-PAC publicándose la Resolución del Secretario General Técnico en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 180 del día 29 de julio de 2010 (documento nº 5).

Por el Subdirector General de Régimen Jurídico de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes e Infraestructuras en fecha 25 de mayo de 2011, se formula propuesta de resolución (documento nº 6), en el sentido de desestimar la reclamación indemnizatoria presentada, en atención a que no se ha acreditado la realidad de los daños alegados ni el nexo causal con la actuación de la Administración; y, secundariamente, aun cuando se hubiera acreditado dicha relación causal, en ningún caso los daños serían imputables a la Administración, dada la interposición de una

contratista –la UTE formada por D y E– que debe responder frente a terceros de los daños derivados de la ejecución de la actuación material.

El 25 de mayo de 2011 el Secretario General Técnico de la Consejería de Transportes e Infraestructuras emite informe en el que señala que no se ha acreditado la realidad de los daños alegados ni el nexo causal de los mismos con la actuación de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 13 de julio de 2011.

SEGUNDA.- La sociedad reclamante está legitimada activamente para reclamar en función de los daños supuestamente sufridos en la actividad de restauración que desarrolla en el local afectado por las obras.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular de las obras a las que se imputan los daños en cuanto las mismas se desarrollan por el ente de derecho público MINTRA, adscrito a la Consejería de Transportes e Infraestructuras conforme la Disposición Adicional 1ª del Decreto 116/2004, de 29 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de dicha Consejería.

Debe hacerse una especial referencia a la representación de la sociedad reclamante y a su falta de acreditación en este expediente.

La presente reclamación es idéntica a la que dio lugar al Dictamen de este Consejo 81/11, de 16 de marzo de 2011, si bien dicha reclamación se planteó ante el Ayuntamiento de Madrid declarándose la falta de legitimación pasiva de dicho Ayuntamiento.

En esa reclamación se solicitó por el Ayuntamiento de Madrid la subsanación de la falta de acreditación de la representación conforme los artículos 32 y 71 de la LRJ-PAC, presentándose escritura de constitución de sociedad civil otorgada en Madrid el 21 de abril de 1999 por Z.J. y J.Y.Z, ambos cónyuges y mayores de edad, estipulando que la representación puede ser ejercida por ambos socios indistintamente.

En el presente caso, Z.J. señala en el escrito de interposición de la reclamación que actúa como representante legal de A, si bien no acredita de forma alguna dicha representación en contra de lo establecido en el artículo 32 de la LRJ-PAC.

La Consejería de Transportes debería haber procedido a conceder a la sociedad reclamante el trámite de subsanación previsto en el artículo 71 de la LRJ-PAC para que se acredite la condición de representante de la sociedad por parte de la persona que interpone la reclamación.

Sin embargo, no procedió de dicho modo sino que tramitó el expediente de responsabilidad y en el trámite de alegaciones solicitó que "...se aporte documentación justificativa de la representación que dice ostentar, de acuerdo con el artículo 32.2 de la Ley 30/1992".

Tal y como se ha indicado en los antecedentes de hecho, dicho trámite de alegaciones no pudo ser notificado personalmente, de tal manera que se emplazó por edictos sin que la sociedad reclamante haya realizado alegación

alguna ni aportado, por tanto, documento alguno acreditativo del poder de representación de la persona que interpuso la reclamación.

El artículo 71.1 de la LRJ-PAC exige que si la solicitud no reúne los requisitos "...que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42".

El requerimiento que efectuó la Consejería no advertía las consecuencias que tenía la falta de acreditación de la representación, señalando la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002 (Recurso 6297/1997) que, para que proceda declarar el desistimiento, es preciso que concurra la oportuna y expresa indicación de tal consecuencia.

Si bien en el emplazamiento por edictos sí se recogía la posibilidad de declarar el desistimiento, en el mismo se indica que se concede a la persona que presentó la reclamación el trámite de audiencia pero no se le requiere la aportación de documentación alguna.

Aun cuando la representación no se halla acreditada en el presente procedimiento, las deficiencias de la instrucción llevada a cabo por la Administración actuante relatadas con anterioridad, que impiden declarar el desistimiento de la acción ejercitada, junto con los datos que obran en poder de este Consejo referentes a la acreditación de la representación en el citado Dictamen 81/11 correspondiente a una solicitud idéntica a la presente deducida frente al Ayuntamiento de Madrid y de la misma fecha, permiten, en aplicación del principio *pro accione*, presumir que la persona que suscribe la reclamación ostenta la representación de la reclamante.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe de los servicios cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evaucado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 de la LRJ-PAC.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. En el presente caso no consta cuando acabaron las obras que motivan la reclamación pero en todo caso las mismas continuaban el 15 de enero de 2010 momento en el que se interpone la reclamación por lo que ha de considerarse que la misma está dentro del plazo legal de un año.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional 12^a de la LRJ-PAC y en el RPRP. Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008-, esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado

en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba que en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras).

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad basada, fundamentalmente, en una supuesta disminución de los ingresos generados por un restaurante como

consecuencia de las obras de ampliación del Metro así como, de forma accesoria en los daños causados por la rotura de un cristal y los derivados de tres robos en el establecimiento.

La determinación de la existencia de responsabilidad exige analizar dos cuestiones, de un lado si el daño es imputable a la acción administrativa y, de otro, si la entidad reclamante tiene obligación de soportar esos daños. Es decir, si nos hallamos ante lo que se ha denominado “*cargas generales*” que implican la obligación de todos los ciudadanos de sufrir los perjuicios que se derivan de la actuación administrativa y que, por tanto, no dan lugar a responsabilidad de la Administración al faltar el requisito del daño individualizado exigido por el artículo 139 de la LRJ-PAC.

Examinando en primer lugar el requisito del nexo causal, la reclamación se basa en una supuesta disminución de los ingresos generados por el restaurante comparando las facturas de diversos proveedores de los años 2008 y 2009.

Dichas facturas, además de no permitir comprobar la realidad del daño toda vez que sólo revelan la disminución con ciertos proveedores desconociéndose si el restaurante dispone de otros distintos, no permiten acreditar que el daño sea debido a las obras ya que esa disminución puede deberse a factores muy diversos.

Señala la Sentencia de 29 de abril de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Recurso 2660/1995), a propósito de la disminución de ingresos de una empresa por las obras del Metro que *“La actora no ha acreditado tal relación o nexo causal. La disminución de ventas que tuvo lugar en el ejercicio de 1994 (acreditada pericialmente) bien pudo tener lugar por otras causas de carácter o naturaleza aleatorios. El comercio es algo que implica un riesgo empresarial consistente precisamente en altibajos económicos derivados de múltiples factores.”*

La entidad reclamante no aporta más datos que la mera disminución en las facturas de algunos proveedores pero no acredita una disminución global de sus ingresos ni mucho menos que esta eventual disminución fuera debida a la realización de las obras.

Consta acreditado que el local disponía en su acceso de un espacio de 5,30 metros, con lo cual, no solo no se impedía el acceso, sino que se facilitaba respecto al resto de la calle en la cual la anchura de la acera era menor.

Asimismo se reclama por la rotura de una luna, resultando acreditado que la misma se produjo por una retroexcavadora de un subcontratista que asumió el daño mediante su seguro, por lo que no se puede imputar a la Administración

Igual suerte debe correr la referencia a los robos sufridos en el restaurante, hechos delictivos que no son imputables a la Administración sino a las personas responsables de los mismos.

De esta manera, no se puede considerar que se haya acreditado por el reclamante la realidad del daño ni su relación causal con las obras de ampliación del Metro.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008 (Recurso 6580/2004) "...constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, o como dice la sentencia de 18 de octubre de 2005, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa".

SEXTA.-En segundo lugar debemos analizar si estamos ante un daño individualizado que daría lugar a responsabilidad o ante una carga general

de los ciudadanos que han de soportar como consecuencia del funcionamiento de la Administración y en pro del beneficio del conjunto de la sociedad.

En esta materia, el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de septiembre de 2008 (Recurso 7370/2004) ha indicado que "*Esta Sala se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones en relación a pretensiones de responsabilidad patrimonial, basadas en la realización de obras de ampliación, mejora o cambio de trazado de carreteras, rechazando la antijuridicidad del daño y apreciando la necesidad de soportar este, salvo en los supuestos de aislamiento total de la finca o establecimiento donde se estima se ha producido el daño. Pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar.*"

En el presente supuesto nos encontramos ante la ocupación de la calzada y su cierre con una valla, dicha situación, evidentemente molesta, que perjudica, no solo al reclamante sino a los demás vecinos y comerciantes de la zona y, precisamente en el restaurante del reclamante, se ha tratado de minimizar las molestias ampliando la zona libre para facilitar el acceso al local.

Respecto a los cortes de los suministros de agua y luz, la reclamación no concreta ni su número, ni la duración, ni las horas a las que se produjeron, por lo que no puede entenderse acreditado su resultado dañoso.

Por ello, no puede decirse que se haya impedido el acceso al local ni que se le hayan ocasionado tales molestias que hayan obstaculizado el normal desarrollo de su actividad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 (Recurso 10.236/2004) admite la existencia de responsabilidad por la realización de unas obras que afectaron a un hotel, pero para ello parte de un análisis de las particularidades concurrentes en el supuesto que se juzgaba, análisis que

considera necesario frente a la abstracción del dictamen del Consejo de Estado evacuado en dicha reclamación.

Así, considera que la realización de unas obras a cielo abierto provocó un daño individualizado al mencionado hotel, obstaculizando el desarrollo normal de su actividad e impidiendo que sus clientes disfrutaren de los servicios que precisamente demandan a un hotel de esas características.

No ocurre lo mismo en este caso, puesto que el restaurante ha podido seguir desarrollando su actividad pese a las obras, sin otra afectación más que las derivadas de la ocupación de la calle y, por tanto, una mayor dificultad en el acceso al mismo, al igual que a los demás establecimientos de la zona lo cual ha de considerarse como una carga general de todos los ciudadanos sin que suponga un daño individualizado para la reclamante.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración al no concurrir los requisitos legales.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 13 de julio de 2011