

Dictamen nº: **48/13**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.02.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 13 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el vicealcalde de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 26 de enero de 2012), a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido en nombre y representación de A (en adelante, “*la mercantil reclamante*”), sobre daños y perjuicios derivados de la ejecución de las obras de remodelación de la calle Serrano y aledañas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el registro del Ministerio de Defensa reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en nombre de la mercantil reclamante por un letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el que solicitaba la indemnización por los perjuicios económicos que a lo largo del año 2009 había representado para su patrocinada la ejecución de las obras de remodelación de la calle Serrano y otras aledañas.

Ponía de manifiesto el letrado actuante que su representada era propietaria del establecimiento comercial A situado en la calle Serrano número aaa. Más en concreto, que el comercio había sufrido pérdidas económicas durante el año 2009 a consecuencia de las obras promovidas

por el Ayuntamiento de Madrid para la ejecución del proyecto denominado “Tejido Urbano”. Dicha actuación afectaba al área comprendida entre la calle de María de Molina y la Plaza de la Independencia, y tenía por objeto rediseñar una de las calles más representativas de la capital tanto en lo que se refiere a actividad comercial como a la densidad de tráfico rodado y peatonal que transita por la misma.

Indicaba que, a consecuencia de las obras, se habían visto afectados negativamente la calidad ambiental, el tráfico rodado y el tránsito peatonal de la zona, y que todo ello había repercutido en la actividad comercial del barrio al punto de que, por las dificultades para acceder a ella, así fuera a pie o en transporte (público o privado), los ciudadanos habían evitado acudir a la zona con el consiguiente perjuicio económico para los locales de la zona.

Incide el escrito en algunas circunstancias relevantes para la reclamación que se plantearon durante la ejecución de los trabajos: la eliminación transitoria de mil plazas de aparcamiento; el que la solución técnica elegida por el Ayuntamiento de acometer las obras mediante pantallas laterales de pilotes y losa superior afectó considerablemente al tráfico en superficie, a los accesos, servicios y al medio ambiente y produjo una ocupación superior a lo que era estrictamente necesario para su ejecución; la existencia de defectos en la señalización vertical y en los elementos de balizamiento, y la falta de retirada de los acopios en el momento adecuado.

Considera por todo ello que se hizo prácticamente inviable el acceso de las personas a los comercios con lo que éstos se vieron afectados negativamente al tener una considerable pérdida de ventas, y en particular que se impidió el acceso a su local.

Estima que el comercio de su representado ha sufrido por ello unas pérdidas indemnizables que fija en doscientos treinta y siete mil doscientos setenta y un euros (237.271 euros).

Terminaba su escrito proponiendo como medio de prueba la ratificación de dos informes periciales que aportaba con su escrito: por un lado, el de un ingeniero de Caminos, Canales y Puertos sobre la ejecución de las obras y, por otro, el de un economista sobre la cuantificación de las pérdidas que había experimentado la reclamante durante el año 2009. Asimismo, solicitaba la práctica de prueba testifical consistente en la declaración de los empleados del establecimiento y de dos de sus clientes, con el fin de ratificar los hechos expuestos en la reclamación.

Acompaña a su escrito, además de los informes cuya ratificación pretendía, copia del proyecto de información pública de las obras de remodelación de la calle Serrano, reportaje fotográfico de las obras, artículos de prensa en relación con las mismas y un poder general para pleitos.

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Mediante acuerdo de la instructora de 24 de febrero de 2011, se requirió a la mercantil reclamante, por medio de su representante, a fin de que aportara una declaración de no haber sido indemnizado ni ir a serlo por otras personas o entidades por los mismos hechos; indicación de si se seguían otras reclamaciones civiles, penales o administrativas por estos hechos; la acreditación de la propiedad del inmueble o el título de posesión; copia de la póliza de seguro de la finca y del recibo del pago de la prima de anualidad correspondiente al momento del siniestro, e indicación de los restantes medios de prueba que se pretendiera realizar. Tal solicitud fue atendida por la representación de la reclamante mediante escrito presentado el 23 de marzo siguiente.

Se ha incorporado al expediente administrativo (folios 249 y 250) el informe de la Subdirección General de Construcción de Infraestructuras Singulares, que con fecha 23 de mayo de 2011 manifiesta:

“(...) durante todo el desarrollo de la obra no se ha realizado una sola ocupación que no fuera previamente autorizada por el Área de Gobierno de Movilidad o de la Junta de Distrito según el ámbito ocupado, previo un estudio exhaustivo de las implicaciones y la determinación gráfica de los medios a utilizar en esas ocupaciones determinando zona a ocupar, tipo de vallas, señalización para vehículos y peatones, itinerarios alternativos etc. y todo ello de acuerdo con lo establecido en las ordenanzas y la normativa reguladora.

Las ocupaciones más intensivas (desvíos de servicios y reconstrucción de aceras) se han comunicado previamente a su inicio a todos y cada uno de los vecinos y locales afectados, indicándoles la fecha de comienzo y finalización prevista en donde, asimismo, se les indicaba un teléfono directo del Ayuntamiento de Madrid para que cualquier incidencia se pudiera comunicar y atender de forma inmediata por un Técnico Municipal. Para corregir estas posibles incidencias existía de forma permanente y exclusiva un equipo formado por un técnico de Seguridad y Salud adscrito a la Dirección Facultativa, el técnico de Seguridad de la constructora y un equipo formado por 12 operarios y para vigilar y corregir, en su caso, cualquier incidencia producida en los elementos de protección y señalización de las obras.

Con estas medidas se puede asegurar que en ningún caso se ha impedido el acceso a los locales.

Otros aspectos importantes a los que se refiere en su escrito, es la falta de documentación solicitada en diversas ocasiones. Sin perjuicio

del cumplimiento de todos los plazos legales de información pública, en ningún caso se ha negado la posibilidad de consultar la documentación del proyecto a quienes lo han solicitado, como, por otro lado reconoce en su escrito al hacer mención a reuniones con la concesionaria en las que reconoce haber recibido amplia información de las obras y su desarrollo.

En este sentido hay que destacar que se celebraron 3 reuniones de información en el Teatro Fernán-Gómez, en la plaza de Colón, en las que se explicó a los particulares, empresas y comerciantes las características del proyecto. Asimismo, durante la ejecución de las obras, y según los datos de la Coordinación General del Área de Obras, responsables del Ayuntamiento se reunieron con carácter periódico, aproximadamente cada tres semanas, con representantes de la Confederación de Comercio Especializado, hasta el mes de abril de 2010, con el fin de reducir el impacto de las obras en los comercios de la zona.

Se reitera en diversas partes del escrito el incumplimiento de plazos al hacer mención a que las obras, supuestamente, se inaugurarán en septiembre de 2010. Esa fecha ha debido ser mal interpretada por el autor del informe, ya que, lo que de alguna manera se quiso remarcar era la terminación total de la pavimentación de la calle Serrano y las laterales de la zona este, es decir, las más comerciales: Las obras de los aparcamientos se han finalizado como estaba previsto en los planes de obra aprobados. En enero los aparcamientos 1 y 2 y, en marzo el aparcamiento 3.

Otro aspecto importante es la afirmación de que el sistema constructivo mediante la construcción del primer forjado en bóveda hubiera reducido la afección. Realmente este sí que es un punto en que la falta de rigurosidad del informe se manifiesta más

acentuadamente. Este sistema además de ser ostensiblemente más lento en cuanto a su ejecución plantearía más riesgos y unas ocupaciones similares a las realizadas con el sistema utilizado.

En este sistema prácticamente toda la bóveda se hace a mano. Al tener que garantizar la seguridad de los operarios y encontrarse la superficie de la bóveda a menos de 1,00 de la superficie de rodadura, las ocupaciones en superficie hubieran sido realmente tan importantes como las realizadas con el sistema utilizado. Capítulo aparte lo constituye la ejecución de los muros y forjados de los niveles inferiores en los que el sistema se complica hasta niveles inaceptables, tanto técnica como económica mente.

Esto ha originado que únicamente se utilice el sistema a que hace referencia el autor del informe en terrenos firmes y a profundidades importantes.

En resumen, podemos concluir que sin perjuicio de las molestias lógicas en este tipo de obras y que en ningún momento se pretendió subestimar en todas las reuniones que se tuvieron con los comerciantes, las actuaciones realizadas se han guiado por el de minimizar al máximo de lo posible las molestias, adaptándose en innumerables casos los procesos durante la ejecución a coordinar con los locales afectados, para lo que, en las etapas más agresivas se ha trabajado todos los fines de semana de forma que se puede asegurar que con las molestias imprescindibles se ha garantizado el acceso permanente a locales, portales y aparcamientos privados”.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 82 y 83 de la LRJ-PAC y el art. 10 del RPRP, por la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico, con fecha 6 de julio de 2011, se solicitó que por la Subdirección General de Infraestructuras Singulares se informara de las medidas concretas adoptadas para permitir el acceso al local comercial de la

mercantil reclamante, si en algún momento había permanecido cerrado al público dicho acceso y sobre si la afección a la zona concreta en que se ubicaba el restaurante ha sido muy severa por la instalación del vallado de protección de las excavaciones y por la modificación de accesos y pasos de peatones, imposibilitando, asimismo, la visibilidad del local por el cierre de una zona al tráfico (folio 273).

En respuesta a tal solicitud, el director general de Planificación y Coordinación de Infraestructuras, por escrito de 15 de julio de 2011 informó que “*a fecha actual, no han variado los hechos reflejados en el expediente y que figuran en el informe de 23/05/11 de la Subdirección General de Construcción de Infraestructuras singulares*”.

El jefe de Servicio de Organización y Régimen Jurídico, con fecha 21 de noviembre de 2011, remitió el expediente al Servicio de Coordinación Jurídica del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda para que, por la Subdirección General de Infraestructuras Singulares, se informara sobre los mismos aspectos a que se refería la anterior solicitud de 6 de julio de 2011 y, además, se remitiera copia del informe del Coordinador de Seguridad de la obra relativo a la zona donde se ubica el local del reclamante (folio 275).

Con fecha 1 de febrero de 2012 el subdirector general de Infraestructuras Singulares y Adecuación Urbanística informa sobre los procesos de trabajo y medidas que se adoptaron para garantizar la accesibilidad a todos los locales. En su informe se recogen diversos aspectos exigidos en el trámite de adjudicación del contrato con vistas a minimizar las interferencias de la obra en el entorno, así como para garantizar la ocupación de aceras en lo estrictamente necesario (folios 734 y 735).

Asimismo, en relación con la posible afección de las obras al local de la mercantil reclamante, informa:

“Entre las fechas del 27 de febrero y 27 de abril de 2009 se procedió a la ocupación de la acera de la calle Serrano frente al local reclamante a fin de proceder a la renovación de los servicios del Canal de Isabel II, de B (empresa de telefonía) y comunicaciones.

Durante este periodo se habilitó un paso peatonal de 3 metros de anchura por lo que anteriormente era el carril-bus, delimitándose por una línea de New Jersey bicolor y una valla Julper. A través de ambas no se impedía la visibilidad al local, ni por supuesto el acceso para lo cual se instaló pasarelas peatonales metálicas.

Desde el 27 de abril hasta el 27 de julio de 2009, se ocuparon los carriles de circulación más próximos al restaurante, por lo cual se habilitaron pasillos peatonales junto a la fachada separándolo de la excavación mediante valla continua y colocando pasarelas peatonales en los lugares donde fue necesario. Igualmente tampoco se impedía la visibilidad del local.

Entre los meses de abril y mayo de 2010 se realizó la pavimentación de las aceras de la calle Serrano frente al local, para lo cual se trabajó por mitades de tal forma que no se cortó el acceso peatonal en ningún momento”.

Acompaña fotografías.

Mediante acuerdo del jefe de Servicio de Organización y Régimen Jurídico de 24 de mayo de 2012 se confirió el trámite de audiencia a las entidad C (adjudicataria de la obra), y las aseguradoras D, y E.

En uso de dicho trámite E formuló escrito de alegaciones el 5 de julio de 2012, poniendo de manifiesto en él su disconformidad con los informes técnicos aportados por la parte reclamante “*dado su evidente falta de rigor*”. A su juicio, “*nada se puede reprochar al Ayuntamiento de Madrid en lo relacionado con la redacción del proyecto... tampoco en lo*

concerniente a la fase de ejecución... finalmente, es de destacar que en fase de servicio las mejoras para comerciantes, peatones, conductores y público, en general, son evidentes y suponen un gran beneficio para los mismos... ”. Acompañaba a su escrito de alegaciones un informe pericial en el que se rebaten los argumentos ofrecidos en los informes periciales técnico y económico aportados por la mercantil reclamante (folios 809 a 1205).

Por su parte, C presentó alegaciones con fecha 5 de julio de 2012, en las que resaltaba la inexistencia de cortes de tráfico peatonal y rodado durante la ejecución de las obras de remodelación de la calle Serrano y de construcción de tres aparcamientos bajo su superficie. En cuanto al local de la mercantil reclamante, particularizaba sus alegatos manifestando que el tráfico rodado en ningún caso se cortó “*ya que siempre se dejaban al menos dos carriles de circulación en el lateral simétrico en el que se estaba ejecutando la losa de cubierta, que una vez finalizada ésta, se acometía la reconstrucción del firme de rodadura, pudiendo rehabilitar el ancho de la calzada y reactivarse inmediatamente el ancho de la superficie*”, matizando asimismo que se instalaron pasillos peatonales, pasarelas, señalización vertical y rutas alternativas, y que, en lo referente a los depósitos de materiales, “*los acopios principales se establecieron fuera del ámbito de la obra, encontrándose únicamente en la calle Serrano los materiales destinados al consumo diario y absolutamente necesarios para el desarrollo de la obra, siempre dentro de los márgenes establecidos para la propia obra, conforme a las limitaciones de vallado*”.

El 24 de julio de 2012 se confirió el trámite de audiencia a la mercantil reclamante, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Ultimada la tramitación la instructora formuló propuesta de resolución, de 11 de diciembre de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación

patrimonial al no considerar producidos daños efectivos ni antijurídicos a la mercantil reclamante.

Consta en el expediente que la entidad reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo que se viene sustanciando ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 16 de Madrid, procedimiento ordinario 156/2011.

TERCERO.- El vicealcalde de Madrid, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz de Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula preceptiva consulta, mediante oficio de 19 de diciembre de 2012, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 25 de enero de 2013 y número de expediente 32/13, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá 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 febrero de 2013.

El escrito solicitando el informe fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE 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), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.3 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- La mercantil reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al explotar el negocio de restaurante sito en la calle Serrano nº aaa, afectado por las obras de acondicionamiento y rehabilitación de la citada calle.

Ha actuado en el procedimiento representada por letrado, cuyo apoderamiento ha sido acreditado, conforme a lo dispuesto en el artículo 32.3 de la LRJ-PAC, mediante la aportación de poder general para pleitos otorgado ante notario.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, corporación municipal titular de la obra que, según la reclamación, ha generado el daño cuya indemnización se pretende.

En cuanto al plazo, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a contar desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el caso sujeto a examen la reclamación debe considerarse formalizada en plazo, al haber sido presentada el 23 de diciembre de 2010, siendo así que pretendía el resarcimiento de unos daños -continuados- producidos hasta la finalización del año 2009.

El procedimiento ha sido tramitado de conformidad con los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado por el RPRP, con la salvedad que luego se comentará. En él se han recabado informes de los servicios técnicos municipales relacionados con el daño alegado, de acuerdo

con lo previsto en el artículo 10.1 del precitado RPRP, y, tal y como preceptúan los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, se ha otorgado audiencia a la mercantil reclamante, a la empresa contratista responsable de la ejecución de las obras y a la compañía aseguradora del Ayuntamiento de Madrid.

En materia de prueba la perjudicada solicitó en su escrito de reclamación la práctica de prueba testifical de los trabajadores del negocio y dos clientes del mismo, que serán designados una vez admitida la proposición de prueba; así como la prueba pericial consistente en la ratificación de los informes de los peritos.

El instructor de un procedimiento administrativo no está vinculado en todo caso a la solicitud de prueba del administrado, es decir, no necesariamente ha de llevar a cabo todas y cada una de las pruebas que se propongan en el curso del procedimiento, pero tampoco cabe pasar por alto lo dispuesto en el apartado tercero del meritado artículo 80, conforme al cual “*el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada*”, norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

Sobre la prueba propuesta no se ha pronunciado el instructor del procedimiento, si bien las ha denegado tácitamente en la medida en que no las ha practicado. Pero ello no es el modo de proceder ajustado a Derecho en la medida en que, según el transcripto precepto, el rechazo de las pruebas debe efectuarse mediante resolución motivada.

A pesar de esta deficiencia no estima este Consejo que deba retrotraerse el procedimiento para que el instructor se pronuncie sobre la práctica de la prueba propuesta, toda vez que del expediente resulta la innecesidad de su práctica en la medida en que la misma va dirigida, en su caso, a acreditar

el nexo causal entre el supuesto daño y el funcionamiento de los servicios públicos, si bien, como se analizará posteriormente, la reclamación puede ser desestimada por la inexistencia de antijuridicidad del daño que, de ningún modo, quedaría acreditado con las pruebas no practicadas.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración -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- 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.

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta necesario analizar, en primer lugar, la concurrencia del requisito de la realidad y efectividad del daño.

Sobre este punto no cabe desconocer que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -RC 1267/1999, 30 de septiembre de 2003 -RC 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -RC 4067/2000-, entre otras).

La mercantil reclamante solicita una indemnización por la pérdida de beneficios producida a consecuencia de las obras durante el año 2009, perjuicio que justifica mediante la aportación de dos informes periciales.

En relación con el lucro cesante, el Tribunal Supremo establece los requisitos que tienen que concurrir para poder apreciarlo, a saber:

“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir

que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes (...).

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.

c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad” (S. de 20 de enero de 2004, RC 6259/1998).

En el mismo sentido se orienta la Sentencia de 22 de febrero de 2006, RC 1761/2002, al afirmar que “la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes,

quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas”.

Sentada la anterior doctrina, y a la luz de los informes y alegaciones presentados por la mercantil reclamante, cabe concluir que no se han cumplido los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un lucro cesante indemnizable.

El dictamen de un economista aportado por el representante de la mercantil reclamante (obrante a los folios 153 y ss. del expediente administrativo) se limita a comparar las cuentas de explotación del negocio a fechas 31 de diciembre de 2008 y 31 de diciembre de 2009, poniéndolas en relación con la variación anual del índice de comercio al por menor en la Comunidad de Madrid durante el año 2009. Restando previamente de la diferencia de beneficios la incidencia de la crisis económica, imputa el resto de disminución de los mismos (por importe de 237.271 euros) a las obras de la calle Serrano.

La metodología empleada por el perito de la mercantil reclamante para el cálculo de lo que considera lucro cesante y que tendría su causa directa en las obras ya descritas, resulta desvirtuada en mérito a los razonamientos que contiene el informe pericial de valoración del daño aportado por la compañía aseguradora del Ayuntamiento de Madrid (folios 858 y siguientes).

Este informe, con mejor criterio a juicio de este Consejo Consultivo, desmonta la tesis del perito de la reclamante poniendo de manifiesto las siguientes limitaciones del informe pericial aportado por ella. En primer término, que tanto la cifra de ventas, como la de costes y de margen bruto tienen como soporte documental unos estadillos internos (folios 158 a 164) que no vienen refrendados por documentos oficiales; existiendo discrepancia entre las cifras de ventas de las cuentas anuales y las que figuran en los citados documentos internos de la empresa.

Además, en el estudio presentado por la reclamante se ha utilizado solamente un método de cálculo cuando en un estudio de pérdidas deben utilizarse, por lo menos, dos o tres métodos distintos, para poder analizar la fiabilidad de los resultados obtenidos por cada uno de ellos. Asimismo, no se ha estudiado si en otros restaurantes de la perjudicada ha habido o no un incremento de las ventas, ni si ha habido una recuperación de las ventas después del periodo de afectación por las obras.

Por otra parte, el informe pericial presentado por la compañía aseguradora pone en evidencia el error cometido en el informe pericial aportado por la interesada al calcular la pérdida de margen bruto, en la medida en que asimila los costes de las ventas a los costes variables.

En consecuencia, no habiendo quedado acreditado en el expediente administrativo que la mercantil reclamante haya sufrido los daños económicos que invoca, no cabe reconocer responsabilidad patrimonial a la Administración, por cuanto que constituye presupuesto necesario de tal instituto la existencia de un daño, cuya falta de acreditación es suficiente, por sí solo, para desestimar la pretensión de la interesada.

QUINTA.- A mayor abundamiento debe advertirse que tampoco concurren los demás elementos que integran la responsabilidad patrimonial.

Por una parte, en cuanto al nexo causal entre el hipotético perjuicio económico y la realización de las obras de acondicionamiento y rehabilitación de la calle Serrano, la entidad reclamante sostiene en su escrito diversas alegaciones.

Así, su representante estima que las afecciones generales durante la ejecución de la obra se han proyectado directamente sobre su local debido a la alteración del tráfico de vehículos y tránsito de peatones, así como a la ocupación de aceras y a los acopios indebidos de materiales. Igualmente

sostiene que se derivó un perjuicio directo durante las obras al imposibilitar prácticamente el paso al local debido a los trabajos de superficie.

Lo afirmado por el representante de la reclamante resulta desvirtuado por el informe de la Subdirección General de Construcción de Infraestructuras Singulares, que con fecha 23 de mayo de 2011 manifiesta:

“(...) durante todo el desarrollo de la obra no se ha realizado una sola ocupación que no fuera previamente autorizada por el Área de Gobierno de Movilidad o de la Junta de Distrito según el ámbito ocupado, previo un estudio exhaustivo de las implicaciones y la determinación gráfica de los medios a utilizar en esas ocupaciones determinando zona a ocupar, tipo de vallas, señalización para vehículos y peatones, itinerarios alternativos etc. y todo ello de acuerdo con lo establecido en las ordenanzas y la normativa reguladora.

Las ocupaciones más intensivas (desvíos de servicios y reconstrucción de aceras) se han comunicado previamente a su inicio a todos y cada uno de los vecinos y locales afectados, indicándoles la fecha de comienzo y finalización prevista en donde, asimismo, se les indicaba un teléfono directo del Ayuntamiento de Madrid para que cualquier incidencia se pudiera comunicar y atender de forma inmediata por un Técnico Municipal. Para corregir estas posibles incidencias existía de forma permanente y exclusiva un equipo formado por un técnico de Seguridad y Salud adscrito a la Dirección Facultativa, el técnico de Seguridad de la constructora y un equipo formado por 12 operarios y para vigilar y corregir, en su caso, cualquier incidencia producida en los elementos de protección y señalización de las obras.

Con estas medidas se puede asegurar que en ningún caso se ha impedido el acceso a los locales”.

Asimismo, el informe del subdirector general de Infraestructuras Singulares y Adecuación Urbanística de 1 de febrero de 2012, especifica la afectación concreta que sufrió el local de la mercantil reclamante y las medidas que se llevaron a cabo para facilitar los accesos al local, en los siguientes términos:

“Entre las fechas del 27 de febrero y 27 de abril de 2009 se procedió a la ocupación de la acera de la calle Serrano frente al local reclamante a fin de proceder a la renovación de los servicios del Canal de Isabel II, B (empresa de telefonía) y comunicaciones.

Durante este periodo se habilitó un paso peatonal de 3 metros de anchura por lo que anteriormente era el carril-bus, delimitándose por una línea de New Jersey bicolor y una valla Julper. A través de ambas no se impedía la visibilidad al local, ni por supuesto el acceso para lo cual se instaló pasarelas peatonales metálicas.

Desde el 27 de abril hasta el 27 de julio de 2009, se ocuparon los carriles de circulación más próximos al restaurante, por lo cual se habilitaron pasillos peatonales junto a la fachada separándolo de la excavación mediante valla continua y colocando pasarelas peatonales en los lugares donde fue necesario. Igualmente tampoco se impedía la visibilidad del local.

Entre los meses de abril y mayo de 2010 se realizó la pavimentación de las aceras de la calle Serrano frente al local, para lo cual se trabajó por mitades de tal forma que no se cortó le acceso peatonal en ningún momento”.

Todo ello evidencia que en ningún momento se impidió el acceso al negocio de la reclamante, como viene, igualmente, corroborado por las fotografías incorporadas al expediente.

Por otra parte, la reclamante censura que se utilizable el método de construcción “*cut and cover*” pues, según su criterio, exige mayores ocupaciones en superficie y restricciones al tráfico de vehículos y tránsito peatonal, y considera que se hubieran producido menores molestias si se hubiera utilizado el método de “*excavación en bóveda*”.

Respecto a ello, en primer lugar a dicha alegación no se acompaña estudio técnico comparativo que demuestre o acredite que otro método de construcción hubiera supuesto realmente una menor incidencia en el local de la perjudicada. Por otra parte, la Subdirección General de Construcción de Infraestructuras Singulares en su informe de 23 de mayo de 2011, cuya parte más relevante a los efectos analizados ha sido reflejada en los antecedentes de hecho del dictamen, explica las razones técnicas por la que se optó por dicho sistema:

“Realmente este sí que es un punto en que la falta de rigurosidad del informe se manifiesta más acentuadamente. Este sistema además de ser ostensiblemente más lento en cuanto a su ejecución plantearía más riesgos y unas ocupaciones similares a las realizadas con el sistema utilizado.”

“En este sistema prácticamente toda la bóveda se hace a mano. Al tener que garantizar la seguridad de los operarios y encontrarse la superficie de la bóveda a menos de 1,00 de la superficie de rodadura, las ocupaciones en superficie hubieran sido realmente tan importantes como las realizadas con el sistema, utilizado. Capítulo aparte lo constituye la ejecución de los muros y forjados de los niveles inferiores en los que el sistema se complica hasta niveles inaceptables, tanto técnica como económicaamente”.

Además, sobre los procesos de trabajo y medidas que se adoptaron para garantizar la accesibilidad a todos los locales, el informe del subdirector general de Infraestructuras Singulares y Adecuación Urbanística, de 8 de

febrero de 2012, justifica el sistema elegido en la ejecución ya que las obras se desarrollaron utilizando el sistema que ofreciera menos inconvenientes tanto para los vecinos como para los locales instalados en esa importante vía pública. En dicho informe se efectúa un análisis detallado de las distintas opciones constructivas existentes para la ejecución de las obras y de los motivos que justificaron la decisión del sistema constructivo finalmente utilizado.

En el mismo se afirma que, pese a que la solución de llevar a cabo la excavación total del aparcamiento hasta catorce metros de profundidad sosteniendo la excavación con estructuras auxiliares y forjados y ejecución de forjados de abajo arriba era el sistema más económico, con él se tenía que cortar obligatoriamente el tráfico rodado de la calle Serrano durante todo el proceso de ejecución, que sería de un año aproximadamente. Además, tampoco se hubiera podido acometer la construcción de aceras hasta que estuviera totalmente terminado el último forjado lo que hubiera alargado el plazo total de las obras y por lo tanto de las ocupaciones.

Por esos motivos se eligió la opción de ejecutar la cubierta en dos mitades y excavación bajo losa del total de las cuatro plantas del aparcamiento, ejecutando los forjados interiores desde el interior con el fin de garantizar que el tráfico de vehículos por la calle Serrano se mantuviera con un mínimo de dos carriles durante todo el proceso de ejecución de las obras y no se cortara el tráfico en ningún momento.

En conclusión, hay que tener en cuenta que en lo que se refiere a la prueba de la relación de causalidad, constituye doctrina jurisprudencial reiterada, a la que constantemente viene adhiriéndose este órgano consultivo (por todos, el Dictamen 370/12) que “*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” (STS de 22 de marzo de 2011, RC 4144/2009).

Por todo ello y en función de lo expuesto, no puede afirmarse que haya existido relación de causalidad entre el supuesto daño y la ejecución de las obras reseñadas, por cuanto las mismas se ejecutaron con estricta sujeción a los pliegos del contrato, que preveían medidas correctoras y previsoras del impacto en superficie, tanto en la limitación de vehículos como de personas, con un adecuado método constructivo. Igualmente no ha resultado acreditado que, más allá de las limitaciones o afecciones normales en este tipo de obras, se impidiese el acceso al local de la mercantil reclamante. Es por ello que no existe una relación directa entre la actuación administrativa y el daño que se reclama.

SEXTA.- En adición a lo expuesto, tampoco el daño, de existir, constituiría una lesión antijurídica.

Como ya expusimos en un asunto similar examinado en nuestro Dictamen 567/12, sobre este extremo la jurisprudencia viene reiterando que la antijuridicidad del daño se produce en los supuestos en que la obligación de soportarlo no venga impuesta por la ley o, en lo que ahora nos interesa, por las cargas generales que como ciudadano deben soportarse fruto de la vida en sociedad, en la que el interés público exige la mejora de los servicios públicos.

Por ello son reiterados los pronunciamientos judiciales que niegan la antijuridicidad del daño como consecuencia de la alteración o incomodidades en los accesos a inmuebles o negocios como consecuencia de la realización de obras que redundan en beneficio del interés general, siempre y cuando no se haya impedido el acceso, lo que, como se ha indicado anteriormente, no ha sucedido en este caso.

Resumiendo la doctrina jurisprudencial señalada, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, dictada en el recurso de casación 7370/2004, señala que “*esta Sala se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones en relación a obras de ampliación, mejora o cambio de trazado de carreteras, rechazando la antijuridicidad del daño y apreciando la necesidad de soportar éste, salvo en los supuestos de aislamiento total de la finca o establecimiento donde se estima se ha producido el daño*”.

Especial interés, en esta materia, merece la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009, citada además por el reclamante para pretender apoyar su pretensión indemnizatoria. Según la citada Sentencia:

«*Un daño es de tales características cuando el afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley. Así lo expresa con claridad el artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992. Este requisito subraya el talante objetivo de la responsabilidad de las organizaciones públicas, pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico, en la que no influyen las características de aquella actividad, a la que se imputa el desenlace, su “normalidad” o su “anormalidad” [véanse las sentencias de 14 de julio de 2008 (RJ 2008, 3432) (casación para la unificación de doctrina 289/07, FF JJ 3º y 4º) y 22 de septiembre del mismo año (RJ 2008, 4543) (casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º].*

Situados en esta perspectiva, la del administrado, parece que únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga. Tal sería el caso de la existencia de un contrato previo, la ejecución administrativa o

judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos [sentencias de 5 de febrero de 1996 SIC (casación 2034/94, FJ 3º); 29 de octubre de 1998 (casación 2776/91, FJ 2º); 11 de marzo de 1999 (casación 6616/94, FJ 2º); 28 de junio de 1999 (casación 3150/95, FJ 4º); 16 de septiembre de 1999 (casación 3816/95, FJ 1º); 13 de enero de 2000 (casación 783/95, FJ 2º); 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/96, FJ 3º); 12 de julio de 2001 (casación 3655/97, FJ 2º); 21 de abril de 2005 (casación 222/01, FJ 3º); 14 de febrero de 2006 (casación 256/02, FJ 3º); y 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 2º).

De esos tres títulos posibles, el único con virtualidad para exigir a “Hotel Miguel Ángel” que afronte los daños que dice haber padecido por las obras ejecutadas durante doce meses a las puertas de su hotel sería el último, esto es, la existencia de una obligación, impuesta a los ciudadanos, de tolerar los perjuicios que dimanan de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos. Tal es la ratio decidendi (la razón para decidir) que se trasluce en los fundamentos octavo y noveno de la sentencia impugnada, contra la que se revela la compañía recurrente en el segundo motivo de casación y en la última parte del primero.

La cuestión consiste, pues, en indagar si, tal y como acontecieron los hechos, extremo sobre el que hay consenso, el perjuicio sufrido por la compañía recurrente supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales [sentencia de 16 de diciembre de 1997 (casación 4853/93, FJ 6º)] o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los

ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría desde la perspectiva que ahora examinamos, singularizándose en el patrimonio de la actora [véanse en este extremo las sentencias de 14 de febrero de 2006 (casación 256/02, FJ 3º) y 16 de noviembre de 2008 (casación 453/06, FJ 3º), que, aunque referidas a supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, contienen reflexiones en torno a la antijuridicidad de la lesión pertinentes para el actual supuesto]».

Por tanto, a la luz de esta doctrina jurisprudencial, y partiendo de la regla general de que existe una obligación, impuesta a los ciudadanos, de tolerar los perjuicios que dimanan de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos, es necesario examinar las particularidades concurrentes en el presente caso.

Así, desde el punto de vista objetivo no resulta acreditado en el expediente que las obras de acondicionamiento y rehabilitación de la calle Serrano afectaran singularmente a la actividad desenvuelta en el local de la reclamante.

Resulta probado en el expediente que las molestias y perjuicios derivados de las obras, fueron soportados por los dos centros comerciales y los 251 locales situados en la calle Serrano, en el tramo comprendido entre la calle María de Molina y la plaza de la Independencia, sin que el establecimiento de la reclamante sufriera con especial intensidad, y más que el resto de los establecimientos, las molestias y perjuicios derivados de las obras.

A diferencia del supuesto resuelto en la Sentencia de 23 de marzo de 2009 en el que el hotel tuvo que soportar durante un año (desde abril de 1996 a finales de marzo de 1997), durante veinticuatro horas al día, unas obras que se desarrollaron a cielo abierto en las puertas del hotel y que obligaron a modificar sus accesos, en el presente caso, ni se impidió ni tuvo

que modificarse el acceso al establecimiento. Además, las obras se desarrollaron, como ya se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, utilizando el sistema que ofreciera menos inconvenientes, tanto para los vecinos como para los locales instalados en esa importante vía pública.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 valora, también, una nota subjetiva, consistente en la actividad hotelera desenvuelta por el perjudicado. Actividad que, evidentemente, se vio perjudicada por la realización de unas obras, a cielo abierto, durante veinticuatro horas al día con gran despliegue de maquinaria y trabajadores, polvo, ruidos y vibraciones durante muchas horas al día al impedir el descanso de los clientes del hotel. En el caso que nos ocupa, la actividad comercial desarrollada por la reclamante, consistente en la restauración, no presenta esta nota subjetiva que podría suponer una mayor y singular intensidad en las molestias y perjuicios derivados de las obras. De hecho, la reclamante no alega en su escrito de reclamación una merma en la calidad del servicio que presta, imputable a las obras, sino que centra sus argumentos en las dificultades de acceso al local y de visibilidad del mismo. Tampoco el tipo de actividad lo singulariza respecto del resto de comercios de la zona, pues en las inmediaciones del negocio de la mercantil reclamante existen otros dedicados a la misma actividad.

Junto con estos dos aspectos -objetivo y subjetivo- este Consejo Consultivo considera conveniente añadir un tercero, el aspecto teleológico. Entre los fines de las obras de remodelación de la calle Serrano, una de las principales arterias comerciales de la ciudad de Madrid, era mejorar su accesibilidad y ordenación del tráfico de vehículos y peatones, lo que, sin duda, redunda en una mejora de la actividad comercial de la zona. Así se refleja en la carta dirigida a los vecinos de esa calle por el Área de Gobierno de Obras y Espacios Pùblicos, en que se reconoce que la obra tenía como finalidad reordenar todo el entorno “*otorgando más espacio al peatón y recuperando la condición de paseo de este importante eje comercial de la*

ciudad, el cual contará a su finalización con tres nuevos aparcamientos subterráneos". En la memoria del proyecto se destaca la convivencia de usos comerciales, oficinas y residencia, detectándose un importante déficit de aparcamiento que se extiende no sólo a la calle Serrano, sino a todo el barrio de Salamanca. Construcción de aparcamientos que favorece, sin duda, el acceso de los ciudadanos a este importante eje comercial. El aumento de la superficie de las aceras en un 64% y la reducción del tráfico en la superficie, dotando a la vía de la condición de paseo favorecen, asimismo, la actividad comercial.

Si, por regla general, los ciudadanos tienen obligación de soportar los perjuicios que dimanan de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos, en mayor lógica tendrán obligación de soportar estas molestias los principales beneficiarios de las obras.

En este sentido, el proyecto de información pública “*Remodelación de la calle Serrano*” publicado en abril de 2008 manifiesta que “*desde que se gestó la idea de rehabilitar Serrano, el Ayuntamiento ha ido de la mano de los vecinos y comerciantes de esta arteria, principales interesados en la actuación. (...) Por ello, este proyecto ha sido presentado en el Consejo Territorial del Distrito de Salamanca y explicado a los comerciantes, con el fin de informarles detalladamente de todos los aspectos del mismo*”.

Igualmente, dentro de la remodelación de la calle Serrano se ha realizado un forjado de servicios situado justo debajo de la calzada para alojar todos los servicios urbanos, lo que significa que en caso de mantenimiento o de avería de cualquiera de estos servicios (luz, agua, gas, teléfono, etc.) serán repuestos sin necesidad de levantar la calzada al estar ubicados en dicho forjado con total accesibilidad. Este sistema de canalización de los servicios urbanos, si bien es más caro en su inversión inicial, redundará en una mínima afectación a la hora de reparar o mantener los mismos, resultando por lo tanto una mejora considerable ya que evitará tener que levantar las

aceras y calzadas, lo que redunda en beneficio de los vecinos y comerciantes de la zona.

Por tanto, debe concluirse que en el desarrollo y ejecución de las obras de acondicionamiento y rehabilitación de la calle Serrano, no concurren circunstancias objetivas ni subjetivas que hayan afectado *“muy directa y singularmente a la actividad desenvuelta”* en el local de la reclamante, por lo que, existe obligación de soportar las molestias y perjuicios derivados de ellas.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación al no quedar acreditada la realidad de los daños sufridos, su vinculación causal con las obras, y no concurrir en cualquier caso el requisito de la antijuridicidad del daño alegado.

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 febrero de 2013