

Dictamen nº: **299/22**
Consulta: **Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y
Agricultura**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.05.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 18 mayo de 2022, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por “OLORAC, S.L. y ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.” (expedientes RP 5/19 y RP 183/19 acumulados), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos en el local destinado a hostelería (restaurante) situado en la calle Almirante 11 Local, de Madrid, que atribuye a la filtración de agua de lluvia a través del alcantarillado en mal estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de noviembre de 2018 el apoderado de la primera de las entidades citadas en el encabezamiento, presentó en una oficina de registro del Canal de Isabel II una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que exponía que la entidad tiene como actividad la explotación de un restaurante en Madrid, situado en la calle Almirante 11, Local.

El escrito expone que en el mes de agosto del año 2017 el restaurante permaneció cerrado por vacaciones hasta el día 27 del citado mes y, cuando tal día los responsables del negocio fueron a iniciar las labores de limpieza y adecuación del local e instalaciones para la reanudación de su actividad tras el parón vacacional, se percataron de que en la parte del fondo del mismo (salón-comedor reservado, pasillo, oficinas y almacén) existían daños por agua, moho y una plaga de insectos que afectaban al local.

La entidad señala que, tras este primer incidente, cada vez que llovía se producía una inundación en el local, citando, entre otros días, el 28 de agosto de 2017 y el 17 y 18 de octubre del mismo año, así como durante el mes de noviembre.

Refiere que la causa de los daños fue la filtración de agua de lluvia a través del alcantarillado en mal estado, situado en la acera de la calle Conde de Xiquena nº 5 y colindante con la parte trasera del local afectado. La reclamante indica que, semanas más tarde, operarios del Canal de Isabel II realizaron una nueva intervención, ya no solo para revisar, sino también para efectuar una reparación del alcantarillado defectuoso y averiado donde se encontraba el origen de los daños consecutivos en el local afectado.

Según la reclamación, la reparación del origen de los daños finalizó el día 14 de noviembre de 2017 y, debido a la acuciante necesidad de iniciar nuevamente la actividad para evitar el aumento de los daños a la empresa y a su personal, la entidad decidió reiniciar la actividad el 12 de octubre de 2017 al 50% de su capacidad operativa, ya que la parte del salón-comedor reservado, pasillo, oficinas y almacén se encontraba clausurada e inoperativa por la falta de reparación de los daños ante la inactividad del Canal de Isabel II.

La reclamante indica que, ante la falta de respuesta, reparación o indemnización por parte del Canal de Isabel II, se comenzaron por

iniciativa propia los trabajos de reparación de los daños en la mitad del local afectado y que se detallan en el informe pericial que adjunta, trabajos que culminaron el 13 de diciembre de 2018, tras repararse el alcantarillado y secarse las inundaciones.

La entidad valora los daños reclamados tal y como se expone:

Daños materiales directos: 8.014,15 euros.

Daños lucro cesante /paralización de actividad total: 19.105,97 euros.

Daños lucro cesante /paralización de actividad 50%: 12.398,55 euros.

SUMA 39.158,67 euros.

Ya indemnizado por compañía de seguros propia: 10.080,36 euros.

Total reclamación daños: 29.438,31 euros.

El informe pericial, que la entidad adjunta, justifica tal valoración en la forma siguiente:

"Fecha de inicio de siniestro: se descubrió 27 de agosto de 2017 y se reprodujo entre otras ocasiones el 28 de agosto de 2017 y sucesivos 17 de octubre de 2017 y 18 de octubre de 2017, hasta reparación total de origen el 14 de diciembre 2017.

Fecha de comienzo PARCIAL 50% de actividad: 13 de octubre de 2017.

Fecha de comienzo TOTAL 100% de actividad: 12 de diciembre de 2017.

Nota: Entendemos que se conocieron los hechos y daños el día que se abrió por primera vez el 27 de agosto de 2017, y por lo tanto es a partir de esa fecha en la que se paraliza la actividad.

Por todo lo anteriormente expuesto este es el cálculo de la paralización de actividad:

Gastos fijos tres meses $37.805,50 / 3$ meses = 12.601,83 € gastos fijos mes. $12.601,83 € / 31$ días/mes = 406,51 € gastos fijos día.

Cerrado total: 47 días: $47 \times 406,51 = 19.105,97 €.$

Abierto solo al 50%: 61 días: (como es el 50% de paralización 406,51 € / 2 = 203,25 €: $61 \times 203,25 = 12.398,55 €.$ Haciendo un total de 31.504,52 €, como resultado de la suma de $19.105,97+12.398,55.$

En cuanto al importe del daño emergente (continente y contenido), desglosa el perito de la reclamante su valoración conforme a la siguiente tabla anexa:

DAÑOS DIRECTOS POR AGUA - Continente

Reparación de instalación eléctrica dañada (según presupuesto): 1.482,04 €.

Retirada y colocación de tarima suelo comedor/reservado y pasillo. total 24 m² (según presupuesto/factura): 1.579,26 €.

Retirada y colocación de rodapié de comedor/reservado y pasillo: total 20 m²: 490 €.

Picado y enyesado de paramentos almacén, salón, pasillo. Total, 8m²: 230 €.

Preparación de paramentos y aplicación de pintura en paramentos de comedor, pasillo y almacén: total 42m2: 405,35 €.

Contenedor desescombro: 150 €.

TOTAL (sin IVA): 4.336,65 €.

DAÑOS DIRECTOS POR AGUA - Contenido

Reparación de estanterías y casetones de madera, perfiles y carpintería de madera en pared bajo las dos ventanas afectados por el agua: 485,00 €.

Reposición de 65 libros de gastronomía y arte (Valor Nuevo 2.275,00 €, Valor Real -30%, 682,50 €: 1.592,50 €.

TOTAL (sin IVA): 2.077,50€.

LIMPIEZA / DESINFECCION

Desinfección hongos y control de plagas (cucarachas e insectos): 400 €.

Limpieza de local en cumplimiento de las normas de sanidad y consumo (25 €/h) 2 personas 24 h: 1.200 €.

TOTAL (sin IVA): 1.600 €.

VALOR TOTAL DAÑOS MATERIALES DIRECTOS (sin IVA): 8.014,15 €”.

El escrito de reclamación se acompaña con una escritura de poder de la entidad en favor de su representante, comunicación del siniestro al Canal de Isabel II, el informe pericial ya transscrito, diversas facturas de reparación en el local e informe de valoración de la entidad

aseguradora, así como justificantes de la trasferencias efectuadas por la entidad aseguradora a la reclamante para satisfacer el importe de los daños.

SEGUNDO.- La entidad ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. presenta escrito de 26 de marzo de 2019, en el que recuerda que instó un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante comunicación de la propia mercantil al Canal de Isabel II realizada el 18 de mayo de 2018 en los siguientes términos:

“Nos dirigimos a usted/es, con objeto de reclamarle los daños y perjuicios sufridos en los bienes propiedad del Asegurado como consecuencia de DAÑOS POR AGUA.

Conforme a la documentación que aportamos, ustedes son responsables de los daños valorados en 10.080,36€, cantidad que hemos abonado, en virtud del contrato de seguro realizado con esta compañía por nuestro asegurado...”

Como consecuencia, en el nuevo escrito presentado la entidad aseguradora insta la nulidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial al afirmar que “*(...) mi mandante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial ante la entidad a la que nos dirigimos, y en el que se recibieron sendas comunicaciones que se acompañan como documento nº1, por las que, sin tramitar el expediente que se regula tanto en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas como en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, se remite una valoración, sin justificación, y ofrecimiento de la cantidad de 8.570 €... Como es de ver, en el expediente de referencia, el ente Canal de Isabel II no ha cumplimentado los trámites regulados en la Ley 39/2015, ni se ha dado trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución, generándose indefensión a esta representación, al desconocerse el contenido del expediente tramitado, y*

la base de cuantificación de la cantidad ofertada por esa entidad, ni tal propuesta de resolución ha sido dictada con las mínimas garantías exigidas, por lo que desde este momento se solicita la nulidad de las actuaciones habidas por generarse a esta representación una grave indefensión, y no haberse tramitado el expediente conforme al procedimiento establecido en las normas citadas, con retroacción del expediente al momento de la presentación de la reclamación, y se ordene la tramitación del expediente conforme al dictado de la Ley 39/2015”.

Acompaña a dicho escrito informe pericial emitido en cuanto al lucro cesante, en el que se determina un importe para el mes de septiembre de 3.068,86 €, aplicando la regla de proporcionalidad, y un importe de 26.743,61 € por los meses de octubre y noviembre con el siguiente desglose:

Octubre: 10.440,25 €.

Noviembre: 18.964,97 €.

Del mismo modo, la entidad acompañaba al escrito de 18 de mayo de 2.018 informe pericial en el que valoraba el daño emergente en un total de 7.011,50 €, siendo 5.874,00 € los daños al continente y 1.137,50 € los daños al contenido.

Han sido aportados al expediente por parte de ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. los justificantes de pago a su asegurado, correspondientes al 27 de noviembre de 2017, por importe de 7.011,50 € (daño emergente), al 15 de mayo de 2018, por importe de 3.068,86 € (lucro cesante), y al 21 de enero de 2.019, por importe de 26.624,54 €, haciendo un total de 36.704,90 €, que son los inicialmente reclamados.

TERCERO.- Consta en el expediente el informe elaborado para el Área de Conservación Sistema Guadarrama del Canal de Isabel II, de 4 de octubre de 2017 (folios 190-209), en el que se indica que “*se gira visita de inspección a la dirección de referencia, y según nos informan se trata de inundaciones sufridas al local en las pasadas lluvias. Se observa que el agua ha entrado por la fachada colindante con la calle Conde de Xiquena a -1.00 m de nivel de calle. Se comprueba en la calle Conde de Xiquena a la altura de las filtraciones, la existencia de un pozo de acceso al colector visitable el cual recoge el ramal del abs colindante. El pozo no presenta anomalía, a excepción que se encuentra sin enfoscar, el abs presenta sedimentos por lo que se procede a su limpieza.*

Se inspeccionan los colectores municipales de las calles Conde de Xiquena y Almirante, así como la acometida particular de la finca, pudiendo comprobar que ninguno presenta anomalía en el momento de la inspección. Se trata de colectores que discurre en este punto a una profundidad media de -7.20 m de nivel de calle con secciones de 1.70x0.80 m con solera plana en la calle Conde de Xiquena y de 1.65x0.55 m con solera plana en la calle Almirante.

La acometida de la finca conecta al colector de la calle Almirante mediante galería de 1.00 x 0.55 m con canal de 200 mm y un resalto de +0.25 m con respecto al correaguas del colector. Todo indica que en días de fuertes lluvias todo el servicio que recoge el abs golpea contra la fábrica de ladrillo del pozo y este al encontrarse sin enfoscar filtra al local”. Se adjunta reportaje fotográfico y croquis del emplazamiento”.

Con posterioridad, el 18 de octubre de 2017, se emite informe ampliatorio, en el que se hace constar que “*en la pasada inspección del día 4 del presente, se pudo comprobar que se trataba de restos de inundaciones sufridas por las lluvias las cuales coinciden con un pozo de bajada al colector visitable de la calle Conde de Xiquena, el cual se encuentra con la fábrica de ladrillo sin enfoscar.*

En la inspección efectuada el día 18 de octubre del presente a dicho pozo y al encontrarse lloviendo se observa que la fábrica de ladrillo del pozo se encuentra empapada de agua procedente de un tubo que discurre paralelo a la fachada de la finca, procedente aparentemente de una de las bajantes de pluviales de la finca del nº 5 de la calle Conde de Xiquena. Según nos informa el dueño del local las inundaciones solamente las sufren en días de fuertes lluvias, solicita se adopten las medidas oportunas. Todo indica que las filtraciones son producidas a través de la fábrica de ladrillo del pozo municipal al encontrarse sin enfoscar”.

Por último, el 24 de octubre de 2017 se emite nuevo informe, en el que se recuerdan las anteriores visitas de inspección y se indica que “*por orden de los técnicos del Canal de Isabel II se da orden de ejecutar las siguientes medidas correctivas con el fin de paliar las filtraciones al local:*

Entre el 6 y el 13 de noviembre de 2017 se procede al enfoscado del pozo y al cajeado del trasdós. Así como también a la colocación de pates de acceso al visitable”.

Consta en el expediente que los únicos avisos recibidos en Canal de Isabel II, S.A. por inundaciones del local, lo fueron los días 3 de octubre de 2017 a las 12.27 horas (folios 126 y 188) y 18 de octubre de 2017, a las 11.11 horas (folio 232).

Se han incorporado al expediente sendos informes periciales emitidos por un técnico de peritación de Canal de Isabel II,S.A. de 25 de junio de 2018 (folios 127-134 y 239-257) con sus aclaraciones (folios 237-238), en el que el perito actuante manifiesta que “*según confirma el propietario del restaurante en reclamación realizada a Canal de Isabel II, a su vuelta de vacaciones de verano el 10 de septiembre de 2017, se encontraron el restaurante inundado. Situación que nunca se había*

producido antes...El restaurante, con entrada por el número 11 de la calle Almirante, hace esquina con la calle Conde de Xiquena. Y está distribuido en dos estancias:

Una primera, donde se encuentra la barra y un amplio salón. Y una segunda, que es la que ocupa parte de fachada de la calle Conde de Xiquena, haciendo esquina con la calle Almirante, y que es donde se produjo la filtración, afectando solamente a esta zona.

Realizo la visita al restaurante el día 16 de octubre de 2017, tras concertar visita con el propietario. Pudiendo observar que más de un mes después de descubrir la situación la tarima de este segundo espacio se encuentra levantada, y se observan pequeñas humedades secas en paramentos y estanterías. Además, me informan de que una parte del alumbrado indirecto de las librerías no funciona, pero observo que excepto este pequeño detalle, en el resto de la estancia no hay problema con la existencia de suministro eléctrico e iluminación.

Se hace referencia a que no pueden desarrollar la actividad debido a los daños producidos, pero en las condiciones que se encuentra el restaurante en mi visita es perfectamente posible continuar trabajando, y en todo caso se podía haber paralizado la actividad del salón donde se produjo la filtración, pero no de todo el negocio, ya que son independientes. Además, me comentan que están trabajando y han aprovechado para hacer trabajos de mantenimiento, por lo que no entiendo que a más de un mes del siniestro se plantee esta situación de indeterminación sobre los trabajos de reparación....

Con relación al lucro cesante calculado, el perito entiende que existe paralización del negocio en el mes de septiembre, y realiza el cálculo correspondiente a este mes. Por mi parte, entiendo que los daños producidos podrían no paralizar la actividad por completo, ya que por lo que pude ver en mi visita la estancia dañada, en el peor de los casos se podía haber cerrado para reparar sin afectar al resto del negocio por la

distribución espacial de éste. Y me sorprende que todavía no se hayan realizado los trabajos necesarios para comenzar la actividad con normalidad, habiendo tenido tiempo más que suficiente”.

El perito recuerda que consta en el expediente que el propietario remitió al Área de Seguros y Riesgos de Canal de Isabel II un correo electrónico el 29 de septiembre de 2017 señalando que "este verano, mientras el restaurante estaba cerrado por vacaciones, Madrid sufrió unas grandes tormentas. A nuestra vuelta, el 10 de septiembre, nos encontramos con que el restaurante estaba inundado...", de modo que, según afirma, es evidente que por lo menos hasta el 10 de septiembre el negocio estaba cerrado por vacaciones, por lo que del mes tenido en cuenta en la pericial para la paralización del negocio habría que descontar un 33%, independientemente de que se pudiera trabajar con sólo una parte del local abierta al público.

El informe continúa señalando que "*por otra parte, y en lo referente a la valoración de los libros afectados, entiendo que se realiza como una partida alzada en referencia a la estimación del propietario, que aun con una depreciación del 30% resulta una media por libro de 17,50 €. Cantidad que, analizados varios libros de los que allí se encontraban, estaría muy por encima de su valor de mercado... Expuestas las anteriores consideraciones, convendría tener en cuenta dos tercios de la valoración del lucro cesante realizada, 20 días en vez de los 30 del mes completo. Y en cuanto al contenido correspondiente a los libros, una partida alzada de 10 € libro, que para una valoración de libros inespecíficos como los que aquí aparecen, se ajusta por encima de los precios de mercado. Con respecto a las demás partidas considero que son coincidentes con los daños por mi observados y valoradas a precios de mercado”.*

Finalmente, efectúa la siguiente valoración:

“- Valoración lucro cesante 20 días: 102,30 euros, 2.046 euros.

- 65 Libros dañados por agua: 10 euros, 650 euros.

- Reparación instalación eléctrica: 466 euros.

- Limpieza de conducciones: 197 euros.

- Reposición de cableado: 819 euros.

- Sustitución de tarima: 2.430 euros.

- Sustitución rodapié: 632 euros.

- Reparación estanterías madera: 150 euros.

- Pintura rodapié: 640 euros.

- Pintura paramentos: 390 euros.

- Retirada de escombro a vertedero: 150 euros.

- Daños en continente: 7.920 euros.

- Daños en contenido: 650 euros.

- IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN: 8.570,00 euros”.

CUARTO.- A causa de las referidas reclamaciones se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial, del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

La jefa de Área de Régimen Jurídico y Actuación Administrativa de la entonces Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno dirigió sendos oficios a las entidades reclamantes, fechados ambos el 2 de octubre de 2019, indicando el órgano competente para

resolver el procedimiento y que la instrucción correspondía al Canal de Isabel II. De igual modo, puso en su conocimiento el plazo de resolución del procedimiento, el sentido del eventual silencio administrativo, así como la acumulación de su reclamación con la presentada por la otra entidad (procedimientos RP 5/19 y 183/19), de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

El 15 de octubre de 2019 el director gerente del Canal de Isabel II nombra instructor del procedimiento.

En la misma fecha, se requirió a las entidades reclamantes para que propusieran los medios de prueba de los que intentaban valerse, teniéndose por reproducida la documental aportada con el escrito inicial de reclamación y acordando inadmitir la prueba testifical de los operarios que observaron los daños y fueron testigos de las reparaciones y la ratificación del informe pericial. El 4 de noviembre de 2019 se remiten por el Área de Conservación Sistema Guadarrama informes de inspección de fechas 4 de octubre de 2017 y 18 de octubre de 2017, incluidos en la incidencia 263675/17.

Con fecha 22 de julio de 2020 se requiere al representante de ALLIANZ, S.A. para que aporte la reclamación de responsabilidad patrimonial que se dice formulada en el escrito de reclamación de fecha 26 de marzo de 2019 y acredice el pago de 36.704,90 euros, por cualquier medio válido en Derecho.

El 26 de agosto de 2020 emite informe aclaratorio el perito actuante del Área de Seguros y Reaseguros del Canal, refiriendo que *“siendo visitado el lugar mencionado el día 16 de octubre de 2017, informo ese mismo día al perito interviniente por parte de la compañía aseguradora Allianz, y dejo el expediente a la espera de comunicación por parte de ésta, ya que el responsable del negocio asegurado me*

informa que su intención es que sea la compañía y no Canal quien atienda el siniestro. El 18 de mayo de 2018, cuando llega la reclamación de la aseguradora, hago el pertinente estudio del informe pericial en el que se basa esta reclamación...Analizado el informe no coincido en las siguientes dos partidas: la referente al lucro cesante, al contemplar el mes de septiembre completo, habiendo declarado el responsable del negocio en la reclamación efectuada a Canal de Isabel II que había regresado de vacaciones el día 10 de septiembre, por lo que los 10 primeros días del mes no existió actividad y no ha lugar a indemnizarlos. Tomando como buena la referencia del cálculo realizado por el perito para 30 días, con un total de 3.068,86 €., lo que suponen 102,30 €/día. Y que para 20 días sumaría un total de 2.046,00 €.

La referente a la partida alzada de los libros, en la que tiene en cuenta una media de 17,50 €/libro sin especificar. Repasando algunos de los títulos, la mayoría de los que pude apuntar y pueden verse en las fotografías se encontraban en un estado suficiente como para ser recuperados en su uso, y por debajo de los 10 €/libro de media.

En cuanto al motivo por el que no he tenido en cuenta el lucro cesante por la eventual paralización al 50% de la actividad entre el 13 de octubre de 2017 y el 13 de diciembre de 2017. Se debe a que, en el siniestro visto por mí y corroborado en el informe pericial encargado por Allianz al perito anteriormente citado, en ningún momento observamos esta necesidad, para unos arreglos que en el peor de los casos hubieran supuesto una semana de trabajo. Más aún cuando un mes después de descubrir la filtración, la propiedad no había realizado ninguna acción en relación con los daños que se reclamaban”.

El 15 de septiembre de 2020 la entidad aseguradora remite justificantes de los pagos efectuados a su asegurada.

Una vez instruido el procedimiento, se concedió trámite de audiencia a las entidades interesadas mediante oficio de 22 de octubre

de 2020. Por escrito de 2 de noviembre de 2020, ALLIANZ, S.A. manifiesta que, dada la existencia de un tercer pago efectuado el 21 de enero de 2019 a OLORAC, S.L. por el mismo siniestro, por la cantidad de 26.624,54 €, pago efectuado con posterioridad a la presentación de reclamación de esta, quedando la entidad aseguradora subrogada en las acciones de su asegurada, el total reclamado asciende a la cantidad de 36.704,90 euros.

Con fecha 30 de diciembre de 2021, se requiere a la entidad aseguradora para que aporte la póliza suscrita con la mercantil OLORAC, S.L. al no constar en el expediente y para que aclare a qué obedece el pago efectuado a su asegurada por importe de 31.504,52€, en concepto de lucro cesante, según el informe pericial de la asegurada, cuando el importe fijado en el informe pericial portado por la propia aseguradora, por dicho lucro cesante, asciende a 26.743,61€. El citado requerimiento se reitera el 2 de febrero de 2022, concediendo a la entidad un plazo de diez días para formular alegaciones.

ALLIANZ, S.A. presenta escrito de 8 de febrero de 2022 refiriendo que “*en relación a los pagos por ella efectuados, 8.014,15 euros ascienden a los daños materiales, y 28.690,75 euros a lucro cesante (si bien hubo un error, toda vez que la cantidad correcta serían 28.587, 17 euros, ya que por error se abonaron 103,58 euros de más). Respecto del cálculo del lucro cesante se aclara que en la póliza se indica que el lucro cesante son por un periodo de 3 meses. El asegurado en su peritaje indica 47 días de gastos fijos/día 414,31 euros, por tanto, serían 19.472,57 euros. Dice que el resto de días al 50% de apertura serían 61 días, pero eso superaría los 3 meses. Por lo que si ya se han tenido en cuenta 47 días, hasta los 3 meses (septiembre/octubre/noviembre) quedarían 44 días a 207,15 euros/día, serían 9.114,60 euros. Si sumamos 19.472,57 y 9.114,60 euros serían 28.587,17 euros... Siendo que el perito..., a fecha de elaboración de informe, únicamente consideró*

el mes de septiembre y también hubo que indemnizar los meses de octubre y noviembre”.

Finalmente, con fecha 24 de marzo de 2022, se formula propuesta de resolución por el instructor, en la que se propone desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por OLORAC, S.L. y estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. como consecuencia de la rotura de una conducción de agua, debiendo indemnizarla en la cuantía de 8.622,47€.

QUINTO.- La consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura ha solicitado el dictamen por medio de escrito que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 31 de marzo de 2022, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en el Pleno de la Comisión en su sesión de 18 mayo de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, 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 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la

Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

La primera de las entidades reclamantes, OLORAC, S.L. ostentaba legitimación activa, al amparo del artículo 4 de la LPAC en relación con el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), por cuanto había quedado acreditado en el expediente que desarrollaba su actividad en un restaurante que sufrió daños derivados de la filtración de agua de lluvia a través del alcantarillado en mal estado.

Sin embargo, consta en el expediente la publicación en el BORME de 4 de marzo de 2020 de la extinción por disolución voluntaria de la personalidad jurídica de la citada mercantil, de OLORAC, S. L. y, en todo caso, al haberse satisfecho el importe de la indemnización por la entidad aseguradora ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. se ha subrogado en la posición jurídica de su asegurado, auténtico perjudicado por el siniestro, conforme al artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, según el cual *“el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”*, pues, en otro caso, podría producirse un enriquecimiento injusto. En este sentido, dicha entidad ha acreditado el pago de 36.704,90€, que es el importe total de las indemnizaciones abonadas a la entidad asegurada, por lo que está legitimada para reclamar.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Canal de Isabel II, en cuanto entidad titular de la citada red de suministro y distribución de aguas, consecuentemente del servicio público que presta de conformidad con la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, estando en la actualidad adscrito a la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, conforme a los decretos 88/2021, de 30 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica básica de las consejerías de la Comunidad de Madrid y 237/2021, de 17 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso que nos ocupa, la reclamación interpuesta por OLORAC, S.L. habría sido formulada en plazo, dado el carácter continuado de los daños por filtraciones de agua, que desaparecen con la eliminación o reparación del elemento causante, pues, según el informe elaborado para el Área de Conservación Sistema Guadarrama del Canal de Isabel II, de 4 de octubre de 2017, la reparación de los elementos causantes de las filtraciones culmina el 13 de noviembre de 2017, y la reclamación se interpone el 13 de noviembre de 2018.

En cuanto a la reclamación formulada por la entidad aseguradora, es preciso partir de la naturaleza de la acción que puede ejercitar dicha entidad en estos casos de responsabilidad patrimonial. A tal efecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de septiembre de 2012, (rec. 7079/2012), determina que “*la aseguradora no hace otra cosa que*

ejercitar la acción que, derivada del siniestro por la inundación producida, correspondía al perjudicado por ella indemnizado, lo que excluye la existencia de una acción autónoma por parte de la aseguradora cuando reclama contra el Ayuntamiento en repetición de los daños y perjuicios derivados de la inundación ya abonados por ella como consecuencia de la acción civil derivada del contrato de seguro concertado ...de lo que hay que deducir que el derecho en el que el que se subroga ésta es exactamente el mismo-y en las mismas condiciones,- que el crédito que el asegurado tenía frente al causante de los daños..... El conjunto de todas estas consideraciones lleva también a entender como correcta la solución de la sentencia respecto a la concurrencia, como motivo añadido de desestimación de la demanda, de la prescripción. Está claro que, según lo indicado antes, el plazo de que disponía la aseguradora para el ejercicio de la acción era el mismo de que disponía el asegurado para hacer valer su derecho indemnizatorio frente al Ayuntamiento, sin que el posterior pago por subrogación puede tener la categoría de circunstancia interruptiva del plazo de prescripción .. ya que, según lo ya explicado, el plazo de prescripción se computa desde el momento de la exigibilidad del crédito por el acreedor primitivo, y no desde la subrogación, mediante la cual el crédito adquirido por la aseguradora es idéntico al que tenía el asegurado contra el tercero, no interrumpiéndose la prescripción por el mero hecho del pago subrogatorio, ya que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es exigible exclusivamente de acuerdo con la ley 30/92 tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, apareciendo como cierto que, en este caso, el plazo prescriptivo había pasado con creces... ”.

En consecuencia, cobra especial importancia destacar que, a tenor del contenido del escrito remitido por la entidad aseguradora el 26 de marzo de 2019 y del análisis del propio expediente administrativo remitido, no es ese el momento en el que la entidad interpone su reclamación de responsabilidad patrimonial, sino el 18 de mayo de

2018, cuando dirige una comunicación al Canal de Isabel II en los siguientes términos: “*Nos dirigimos a usted/es, con objeto de reclamarle los daños y perjuicios sufridos en los bienes propiedad del Asegurado como consecuencia de DAÑOS POR AGUA*”. En consecuencia, la reclamación ha sido formulada en plazo.

Respecto a la tramitación del procedimiento, se observa que no se ha emitido el informe del departamento supuestamente causante del daño, como exige el artículo 81 de la LPAC, si bien tal y como ha sido indicado en antecedentes, se han aportado informes periciales a instancia del Canal de Isabel II y figura el parte detallado de la incidencia y su seguimiento correspondiente, que dan cuenta de la relación de causalidad entre aquélla y los daños causados, por lo que, en este caso, esta irregularidad en el procedimiento no constituye un vicio invalidante.

Se ha evauciado el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC. Finalmente se ha redactado la propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación formulada.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la 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*”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la LRJSP completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

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, alterándolo, en el nexo causal.

- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

CUARTA.- En este caso no resulta controvertido en el expediente que la entidad reclamante sufrió daños en el local donde realiza su actividad de restauración, por filtración de agua debido la existencia de un pozo de acceso al colector que se encontraba sin enfoscar en el sistema alcantarillado del Canal de Isabel II. Así resulta tanto del informe detallado de la incidencia abierta los días 3 y 17 de octubre de 2017 y de su seguimiento, así como de los informes periciales elaborados por la aseguradora del Canal de Isabel II a instancias del Área de Seguros y Riesgos.

Estando acreditados los hechos, ha de entenderse que concurren en este caso los presupuestos de la responsabilidad patrimonial que hemos expuesto en la consideración anterior. A la vista del expediente examinado, existe relación de causalidad entre el daño en el restaurante y las deficiencias del mencionado elemento propiedad del Canal de Isabel II y dicho daño debe reputarse antijurídico pues el interesado no tiene el deber jurídico de soportar los daños provocados por la rotura de una tubería de suministro de agua.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede valorar los daños a efectos de su cuantificación.

Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, la entidad aseguradora reclama en su escrito inicial la cantidad de 36.704,90€, consecuencia de la suma de las cantidades satisfechas a la entidad asegurada en diversos pagos.

Por el contrario, la propuesta de resolución estima parcialmente la reclamación, reconociendo una indemnización de 8.622,47 euros, según informe pericial realizado a instancias de la aseguradora del Canal de

Isabel II, correspondiendo 7.920,59 euros al continente y 650 euros al contenido. En particular, la discrepancia más relevante entre ambos informes periciales se centra en la determinación del lucro cesante correspondiente a los meses de octubre y noviembre de 2017.

Como hemos dicho reiteradamente, ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)"* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)"*.

Además, siguiendo la jurisprudencia, a la hora de valorar los informes periciales, hemos tenido en cuenta aquellos informes periciales que están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma.

Pues bien, en el presente supuesto existe una serie de circunstancias que obligan a ponderar con cautela el informe pericial de la entidad aseguradora y a acoger el informe que sirve de fundamento a

la propuesta de resolución remitida. En efecto, llama la atención que el informe pericial de parte, por un lado, sitúe la fecha del siniestro inicial en el 27 de agosto de 2017, sin ningún dato que avale tal aseveración, más allá del propio escrito de reclamación, aún cuando del expediente se infiere que no es hasta el 10 de septiembre de 2017 cuando el propietario, al acceder al local, lo encuentra inundado, tal y como él mismo informa al Canal de Isabel II en una comunicación por correo electrónico. Además, cabe recordar que en la incidencia 263675/17 sólo consta como fecha de la primera actuación por inundación en el referido local el 3 de octubre de 2017.

Además, se realiza el correspondiente seguimiento de la incidencia por parte del perito designado por el Área de Seguros y Reaseguros del Canal de Isabel II, y ello le permite comprobar que, ni los daños causados inhabilitan al establecimiento para un funcionamiento casi normal, ni tampoco ha existido una actividad de la propiedad destinada a la reparación de los eventuales desperfectos a pesar de que, en opinión del propio perito, ello no supondría “*más allá de una semana de trabajo*”.

En este punto conviene recordar que, a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; siendo el fundamento de la indemnización de lucro cesante la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que permite que se indemnice también la ganancia dejada de obtener. Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, rec. 606/2016 “*el deber de reparación integral del daño, como recuerda la STS de 24 de noviembre de 2015 rec. 956 / 2014, debe comprender “el llamado daño emergente, integrado por el valor de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del perjudicado; así como el llamado lucro cesante, integrado por las ganancias dejadas de percibir.*

Ahora bien, esas dos modalidades del daño patrimonial en sentido estricto, comportan, de una parte, que han de quedar acreditados de tal forma que tanto unos como otros sean reales o manifiestamente potenciales conforme a las condiciones que generarían esa pretendidas ganancias que no responden, como se viene puntualizando por la jurisprudencia, a un "sueño de ganancias", carente de toda conexión lógica de las condiciones del perjudicado sino a meras expectativa o de eventual dudosas o contingentes que no encuentran fundamento en esa condiciones fácilmente constatables".

En definitiva, como recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “*la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas*” constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado “*que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”

Por lo expuesto, a falta de otro criterio que pudiera reputarse más ajustado, parece más correcta la valoración efectuada por el informe pericial elaborado por el Área de Seguros y Riesgos del Canal de Isabel II, que también acoge la propuesta de resolución para estimar parcialmente la reclamación formulada por la entidad aseguradora interesada.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERO.- Procede desestimar por falta de legitimación la reclamación interpuesta por la entidad OLORAC, S.L.

SEGUNDO.- Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer a la entidad ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A una indemnización por importe de 8.622,47 euros.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 18 de mayo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 299/22

Excma. Sra. Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura

C/ Alcalá nº 16 - 28014 Madrid