



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen **108/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de abril de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 12 de junio de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por la comunidad de propietarios del edificio "--", como consecuencia de los daños ocasionados en los trasteros, debido a las obras de construcción de la nueva sede de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia (expte. **219/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 29 de septiembre de 2011 (registro de entrada), x, en representación de la comunidad de propietarios del edificio "--", conforme a la escritura de poder que acompaña, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños en la zona de trasteros del indicado edificio, que, según expresa, comienzan a tener entidad con las obras de construcción del edificio conocido como nueva sede de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia.

Describe los hechos del siguiente modo:

1. Desde hace unos meses los propietarios que representa han sufrido una serie de daños de construcción, concretamente en la zona de trasteros, que consisten en agrietamiento de tabiques y particiones, fisuras, humedades, desprendimientos de pinturas y revestimientos (de techos y paredes), mal funcionamiento de puertas hasta el punto de quedar encajadas y no abrir o cerrar.
2. Tales deficiencias comienzan a tener entidad coincidiendo con la construcción de la sede de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, edificio medianero con la zona de trasteros del edificio "--".
3. La contratista del Ayuntamiento ha sido la empresa --, habiendo contactado con ella para que se acometieran soluciones y evitar daños y perjuicios, sin que se haya obtenido respuesta.
4. Los daños iniciales han ido aumentando progresivamente desde el inicio de las obras y más concretamente desde diciembre de 2009. Se indica que se ha encargado un informe pericial al arquitecto x, que propone como prueba, en el que se destaca que se aprecia una progresión de los daños desde la visita de diciembre de 2009 y la efectuada en octubre de 2010.

5. Los daños ascienden a la cantidad de 63.184,92 euros conforme al presupuesto de ejecución por contrata, pero concretados a la fecha de noviembre de 2010, aunque pueden incrementarse según expone.

Tras enumerar en los fundamentos de derecho los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, imputa al Ayuntamiento de Murcia el no haber adoptado las medidas de seguridad oportunas, provocando una serie de daños, ya que las obras para la construcción de un edificio de titularidad pública fueron realizadas por una empresa constructora contratada por aquél, debiendo haber tomado todas las medidas necesarias para la correcta ejecución de las mismas, que, a la vista de los daños, se deduce que no fueron correctamente dirigidas ni supervisadas, siendo el Ayuntamiento responsable por culpa *in vigilando*, incluso *in omittendo* pues no se han puesto todos los medios para evitar el daño causado. Según refiere también cabe atribuir culpa *in eligendo*. Además expone que quiebra el principio de riesgo y ventura de la contratista, que implica reconocer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, que debe satisfacer la indemnización a la comunidad perjudicada. Todo ello sin perjuicio de que ulteriormente pueda repetir frente a la contratista o a la aseguradora que corresponda.

Finalmente, solicita la cantidad ya expresada de 63.184,92 euros, que puede ser incrementada dado el carácter continuado del daño.

SEGUNDO.- Por oficio de 13 de octubre de 2011, el órgano instructor notificó a la comunidad de propietarios reclamante la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial (expte. 245/2011 RP), a los efectos prevenidos en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), la apertura de un periodo ordinario de prueba, así como el requerimiento de la subsanación de la documentación presentada en los términos que se expresa en el reverso del folio 27 del expediente.

En contestación al anterior requerimiento, el representante de la comunidad de propietarios presenta escrito de 3 de noviembre de 2011, en el que propone como prueba documental el informe pericial que acompaña del arquitecto x (folios 34 a 147), y si fuera necesario que preste declaración para su ratificación, así como la testifical de x, en calidad de secretario administrador de la comunidad de propietarios reclamante. Acompaña también la declaración del presidente de la comunidad de propietarios, x (folio 148), manifestando que no se han percibido indemnización alguna de la compañía aseguradora u otra entidad por estos mismos hechos.

TERCERO.- Consta una comunicación interior del Jefe de Servicio de Patrimonio, Contratación y Suministros, de 31 de octubre de 2011, dirigida al responsable de gestión de responsabilidad patrimonial, en la que expresa que *"con fecha 2 de septiembre de 2008 se le dio traslado a la empresa adjudicataria de las obras, --, de un escrito presentado por la comunidad de propietarios del Edificio -- sobre desperfectos ocasionados al parecer por la ejecución de la nueva sede de la Gerencia de Urbanismo, y del cual no recibimos respuesta por parte de dicha empresa. Así mismo le comunico que se va a dar traslado a dicha empresa de la nueva reclamación presentada por la comunidad de propietarios del Edif. -- para que en el plazo de 15 días hábiles informen sobre la misma"*.

Obra otra comunicación del mismo Servicio, de 22 de diciembre de 2011 (folio 149), que comunica al órgano instructor que la contratista se ratifica en lo contestado en otras ocasiones (si bien no se tiene constancia en dicho Servicio de las contestaciones) y que los daños no son achacables a las obras puesto que existían con anterioridad.

CUARTO.- Se incorpora al expediente el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas (PCAP), que rigieron la contratación de la redacción de los proyectos básico y de ejecución y la ejecución de las obras de construcción del edificio destinado a la sede de la Gerencia de Urbanismo (hoy Concejalía de Urbanismo) del Ayuntamiento de Murcia (folios 150 a 188), destacándose la cláusula 40 que establece la obligación de la contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. También se incorpora el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) y la formalización del contrato por los representantes del Ayuntamiento de Murcia y de -- el 21 de septiembre de 2007 (folios 239 a 242), cuya estipulación novena expresa que "el contrato se entenderá convenido a riesgo ventura del contratista".

QUINTO.- Con fecha 18 de enero de 2012 (registro de entrada), x, en representación de la contratista (--), comparece en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al habersele dado traslado de la reclamación presentada por la comunidad de propietarios del edificio "--" y habersele pedido por la Subdirectora de los Servicios Generales del Ayuntamiento de Murcia que informe sobre los hechos que motivan la citada reclamación, según expone.

A este respecto expresa, entre otras cuestiones, lo siguiente:

Primero.- En el límite oeste de la parcela de las obras conocida como sede de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento se sitúa el muro medianero del edificio de viviendas denominado "--", el cual delimita el espacio donde se agrupan los trasteros de dicho edificio de viviendas.

Segundo.- Los daños que la comunidad de propietarios reclamante afirma haber sufrido en la zona de trasteros del edificio "--" no son imputables a las obras de la nueva sede de la Gerencia de Urbanismo de Murcia por las siguientes razones:

Previamente a la ejecución de las obras se comprobó el estado de las zonas colindantes, constatándose que el muro medianero del edificio "--" se encontraba en pésimas condiciones, sufría agrietamientos y un notable deterioro en toda su longitud dejando campo abierto a la entrada de agua. Asimismo la zona de la acera situada encima del muro medianero se encontraba en muy mal estado, que permitía la entrada del agua y las filtraciones a los trasteros. La situación del muro medianero y la acera, en la que existían juntas marcadas en el pavimento y abiertas, evidencia que antes del inicio de las obras había filtraciones y asentamientos en la zona de trasteros de la comunidad de propietarios reclamante.

Una vez iniciadas las obras, se reciben noticias de la existencia de daños en los trasteros del edificio, por lo que se realizó una visita para su evaluación, en la que se pudo comprobar que los trasteros que se consideran afectados se sitúan en la zona del muro medianero bajo rasante, en la zona de trasteros ha habido filtraciones de agua y problemas de humedades a lo largo de mucho tiempo y existe gran cantidad de grietas repintadas y reparadas con anterioridad, evidenciando que se vienen produciendo en dicha zona desde tiempo atrás.

En suma, se sostiene por la contratista que en dicha visita se pudo comprobar que la zona de trasteros ha sufrido filtraciones, humedades y grietas desde hace tiempo, cuyas causas son ajenas a la ejecución del edificio público.

También que las humedades y filtraciones derivan del estado de deterioro del muro medianero y la acera que delimitan la zona de trasteros del edificio, produciéndose desde tiempo atrás la entrada de agua. Las grietas y fisuras también se han venido produciendo a la largo del tiempo y por causas diversas, principalmente los asentamientos sufridos por el edificio desde su ejecución.

Finalmente, solicita el archivo del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

SEXTO.- El 14 de febrero de 2012 (registro de entrada), x, en representación de la comunidad de propietarios reclamante (folios 246 y 247), presenta escrito en el que expone:

1. Que tras realizar el Ayuntamiento de Murcia obras de acondicionamiento y pavimentación de la acera que circunda al edificio citado en fecha reciente, se ha filtrado agua proveniente del exterior y embolsada en esa zona recién pavimentada, llegando a dañar la zona de los trasteros, más concretamente los números 34 y 35, que consisten en humedades, desprendimientos de pinturas y revestimientos de techos y paredes, así como daños en el contenido depositado en los indicados trasteros, propiedad de x. Existe, por tanto, una relación causa a efecto entre las obras de pavimentación realizadas y los daños reclamados, que no se cuantifican.
2. Que sea el Ayuntamiento quien realice la valoración de los daños y se pueda acometer la reparación en evitación de los futuros daños.
3. Tras ofrecer los datos de la compañía aseguradora respecto de la póliza de seguro de hogar, refiere que ésta le ha comunicado al vecino afectado que deberá reparar los daños el causante de los mismos y que debe efectuarse la reparación de la vía pública para prevenir futuros daños.

Finalmente, solicita la reparación del pavimento en la zona afectada en evitación de que los daños se vean incrementados, y para los existentes se reclama que se periten y se valoren los producidos al propietario precitado de los trasteros números 34 y 35.

SÉPTIMO.- Por el órgano instructor se procedió a la práctica de la prueba testifical propuesta por la comunidad de propietarios reclamante, obrando el acta de comparecencia del testigo (secretario administrador de la misma) y las contestaciones a las preguntas formuladas (folios 263 y 264).

OCTAVO.- El Subdirector técnico de la Concejalía de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Murcia emite un informe el 25 de abril de 2012, en el que tras exponer que las obras fueron inspeccionadas por él ante la primera reclamación de la comunidad de propietarios (se visitó el sótano y la cubierta) señala que *"se pudo comprobar y deducir la existencia de cedimientos ya antiguos en el cuerpo de los trasteros que habían roto la pavimentación de los pavimentos de su cubierta (calle peatonal) y habían producido grietas en el interior de los trasteros ya que habían pruebas palpables de ser antiguos pues sus pinturas y enlucidos mostraban ya importantes parches por haberse reparado en años anteriores, así mismo las manchas de humedades por sus eflorescencias y por la degradación de los enlucidos de mortero o yeso, evidenciaban ser un problema existente desde años antes y seguramente (como dice el arquitecto de la comunidad) desde la terminación de la obra se han ejecutado conforme al proyecto redactado por la contratista"*, concluye (folios 266 a 270):

"Los problemas denunciados se deben a fallos de diseño y constructivo del edificio -- desde su construcción y que cuando aparecieron no se resolvieron con soluciones definitivas, sino con parches de enlucido y pintura, por lo cual las cesiones y movimientos siguen progresando y sus consecuencias agravándose pues tampoco se han renovado las impermeabilizaciones en 18 años."

NOVENO.- El 10 de octubre de 2012, el representante de la comunidad de propietarios reclamante solicita que se adopte una resolución expresa en el procedimiento de responsabilidad patrimonial y recuerda la obligación municipal a este respecto.

DÉCIMO.- Mediante comparecencia de 16 de octubre de 2012, se incorpora al expediente el informe pericial de la Compañía Aseguradora del Ayuntamiento de Murcia, --, en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada (folios 276 a 331), en el que se concluye:

"No queda acreditado que los daños ocasionados y reclamados del edificio -- sean consecuencia de la construcción del Edificio de la Gerencia de Urbanismo y sí por fallos en el diseño y en la construcción del edificio --, apareciendo ya en el momento de finalizar su construcción, lo cual ha ido progresando durante los 18 años desde su finalización, no constatándose que se hayan realizado operaciones de reparación de los asentamientos, así como de la renovación-revisión de los materiales de impermeabilización, por lo que considero no justificada la reclamación al Excmo. Ayuntamiento de Murcia".

De otra parte, entiende que en ningún caso existiría responsabilidad del Ayuntamiento, puesto que conforme al PCAP es obligación de la contratista indemnizar todos los daños que se pudieran causar a terceros (cláusula 40).

Acompaña un reportaje fotográfico de los daños que evalúa en la cantidad de 43.012,29 euros, si bien reitera que no procede indemnizar al no advertirse culpa del Ayuntamiento de Murcia.

UNDÉCIMO.- Otorgado un trámite de audiencia a la parte reclamante, se presenta escrito de alegaciones de 26 de octubre de 2012, en el que se expone, de forma sucinta, lo siguiente:

1. Después de recordar la obligación de resolver expresamente el procedimiento pese al carácter desestimatorio del silencio administrativo y a la interposición de recurso contencioso administrativo, se ratifica en el contenido de la reclamación inicial y en las pruebas aportadas, concretamente en el informe pericial de parte que observa que los daños iniciales han ido aumentando progresivamente desde el inicio de las obras y más concretamente desde diciembre de 2009, como se ha podido constatar a través de las visitas realizadas a las zonas dañadas. Según este informe, la causa de los daños en la zona de trasteros se encuentra en el movimiento del asiento y giro del volumen independiente del resto del inmueble originado por los trabajos de excavación de la construcción medianera, al que habría que añadir el tratamiento descuidado de acopio de materiales y equipos de la obra en la plataforma superior de los trasteros. Se manifiesta que la cantidad reclamada inicialmente se ha de incrementar con los últimos daños producidos en los trasteros 34 y 35, que coinciden con las obras de adecuación y pavimentación de la acera que circunda al edificio.
2. Cuestiona el informe del Subdirector Técnico de la Concejalía de Urbanismo y Vivienda porque dicho arquitecto formaba parte de la comisión de supervisión municipal (--), lo que le convierte en juez y parte. Sostiene que por tal condición no va aceptar la responsabilidad directa *in vigilando* por una deficiente

supervisión de las obras. Además, dicho técnico reconoce que la recepción de las obras se encuentra pendiente de subsanar algunas deficiencias, entre las cuales está la terminación de la reposición de las pavimentaciones en las calles perimetrales al Norte y Oeste de la edificación, por lo que, en su opinión, da por bueno que se siga filtrando el agua de lluvia. De otra parte expresa que si existían defectos en la pavimentación de la cubierta (calle peatonal), según reconoce el técnico municipal, por qué no se repararon en evitación de filtraciones antes de la ejecución de la obra, atribuyendo una responsabilidad al Ayuntamiento por omisión de las medidas de seguridad. Añade que no sólo se obviaron los daños en el pavimento que hacía de terraza de los trasteros, sino que lo utilizaban sin ningún miramiento como almacén al aire libre de mercancía, acopio de materiales y de maquinaria. También cuestiona la existencia de daños antiguos porque no existe informe pericial que los constate, añadiendo que es inaudito que el arquitecto municipal obvie la progresión de los daños advertidos por su técnico. En su opinión, no puede ser más evidente la causa-efecto de la construcción del edificio de titularidad municipal con los daños producidos.

3. Respecto al informe de la constructora -- se alega que no aporta ninguna prueba que avale sus peregrinos argumentos que evidencian la indiferencia y el desprecio a las mínimas exigencias de una adjudicataria de obra pública para con la Administración o con los propios administrados, que pueden verse afectados por su acción u omisión.
4. Sobre el contenido del informe pericial de la aseguradora -- se expresa, entre otras cuestiones, que disiente de la valoración de los daños realizada y muestra su disconformidad con el hecho de que al Ayuntamiento no le corresponda asumir la responsabilidad, pues aunque medie contratista le corresponde dado que ésta se inserta en el propio funcionamiento del servicio público, citando varios pronunciamientos judiciales que sustentan su posición.

DUODÉCIMO.- Consta que por la comunidad de propietarios reclamante se interpuso Recurso Contencioso Administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación (Procedimiento Ordinario 524/2012 seguido por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm.2 de Murcia) y el emplazamiento de las partes interesadas (folios 354 y siguientes).

DECIMOTERCERO.- La propuesta de resolución, de 3 de junio de 2013, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no advertir la existencia de responsabilidad del Ayuntamiento conforme a los argumentos que esgrime, que posteriormente serán analizados.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 12 de junio de 2012 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración municipal, de conformidad con lo establecido en el artículo 142.3 LPAC, en la redacción dada por la Disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en relación todo ello con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio que atribuye al funcionamiento de los servicios públicos, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 LPAC; condición que acredita la comunidad de propietarios reclamante, al sostener que los daños ocasionados en los trasteros del edificio -- son debidos a las obras de construcción de un edificio público colindante al suyo por el Ayuntamiento de Murcia.

Dicha legitimación (en este caso en su vertiente pasiva) corresponde al Ayuntamiento de Murcia frente al que se dirige la reclamación, no en su condición de prestadora de un servicio público, sino como titular de un inmueble destinado a albergar dicho servicio público, así como también ostenta dicha legitimación la contratista de la Administración (--).

2. El carácter continuado de los daños reclamados, tomando la comunidad reclamante como *dies a quo* el 26 de octubre de 2010, fecha de la última visita de inspección realizada, permite sostener la temporaneidad de la acción ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

3. La tramitación seguida ha de ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RRP), puesto que el apartado 2 del artículo 1 establece que las disposiciones de dicho Reglamento son de aplicación a todos los procedimientos que se instruyan en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o privado. Igualmente el apartado 3 establece que seguirá el procedimiento previsto en el citado Reglamento para determinar la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, con arreglo a la legislación de contratos y sin perjuicio de las especialidades que esta última legislación establezca, aspecto que abordaremos en la siguiente consideración.

Así pues, en su aplicación en el presente caso puede afirmarse que, en general, se han cumplido los trámites previstos; no obstante, no consta que se le otorgara un trámite a la contratista después de instruir el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, según establece el artículo 11.1 RRP, si bien no puede sostenerse indefensión en el presente caso, puesto que se le otorgó una audiencia inicial, exigida por el artículo 1.3, trasladándole la reclamación presentada y solicitándole información al respecto (folio 29), compareciendo en el procedimiento mediante la presentación de un escrito en el que sostiene su posición sobre las imputaciones formuladas (folios 243 y siguientes).

Ello no obstante, en el futuro el órgano instructor deberá realizar de modo expreso y formal el indicado emplazamiento y otorgarle el correspondiente trámite de audiencia inmediatamente antes de formular la propuesta

de resolución y, en el presente expediente, como en cualquier otro de esta naturaleza, deberá notificarle la resolución del procedimiento.

4. No obstante, al haberse interpuesto por la comunidad de propietarios reclamante el Recurso Contencioso Administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación (Procedimiento Ordinario núm. 514/2012 aunque, presumiblemente por error, se cita el año 2013), habrá de comprobarse por el órgano instructor a través del letrado que actúa en representación del Ayuntamiento, con carácter previo a la adopción de la resolución, si ha recaído sentencia en el referido Procedimiento para abstenerse, en caso afirmativo, de su pronunciamiento.

TERCERA.- Las reclamaciones formuladas frente a la Administración en el caso de daños producidos a terceros con motivo de la ejecución de un contrato.

Puesto que es un tema que genera cierta polémica a tenor de las opiniones expresadas en el expediente, en ya reiterados Dictámenes (2 y 55 del año 2000, 9 y 20 del 2002, 53 del 2003 y 40, 87 y 163 del año 2005, así como en la Memoria correspondiente al año 2003), este Consejo Jurídico estableció su criterio sobre el objeto y sentido que han de tener las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que ha intervenido un contratista de la Administración reclamada, sentando las consideraciones que a continuación se exponen en relación con el TRLCAP (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio), norma aplicable al contrato sobre el que versa la reclamación de responsabilidad patrimonial, en aplicación del régimen transitorio de las posteriores disposiciones en materia de contratación del sector público.

En aquellos Dictámenes indicamos que el artículo 97 TRLCAP (después el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y hoy el 214 del hoy vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), establecía lo siguiente:

"1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto."

Para concluir que conforme a lo dispuesto en los números 3 y 4 de este artículo, la Administración ha de resolver la reclamación presentada dilucidando dos cuestiones:

a) Si el daño alegado es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.2 de la Constitución y 139.1 LPAC).

b) En caso afirmativo, a quién corresponde asumir en última instancia la responsabilidad, si a la Administración o al contratista, de acuerdo con los criterios establecidos en los puntos 1 y 2 del artículo del Texto Refundido anteriormente citado.

Se argumentó para ello que de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima que la responsabilidad de la Administración es en todo caso directa si los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (SS, Sala 3ª, de 20 de octubre de 1998, 5 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 1997 y 18 de diciembre de 1995), hay que entender que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento ha de determinar también si es el contratista el que, en última instancia, debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, si el contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado (que sería lo lógico en aras de la economía de trámites) la Administración vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización al perjudicado, sin perjuicio de que después aquélla se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución.

Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso.

Pero dentro de esta norma distributiva de la responsabilidad de la Administración y de los contratistas para el caso de que los daños se produzcan en el curso de la ejecución del contrato (artículo 97 TRLCAP hoy artículo 214 TRLCSP), la regla general es que la responsabilidad será del contratista, salvo que el daño causado sea consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

En suma, al enmarcarse los daños alegados en el seno de la ejecución de un contrato, habrá de valorarse si se ha acreditado en el presente procedimiento por la comunidad de propietarios reclamante que los daños alegados sean atribuibles a la construcción del edificio público y, en el caso de que la respuesta fuera positiva, quién es finalmente responsable, es decir, si proceden de una orden directa de la Administración o de los vicios del proyecto en el caso de que hubiese sido elaborado por ella o, por el contrario, son atribuibles en exclusiva a la contratista en base al precepto expresado (artículo 97 TRLCAP).

CUARTA.- Sobre los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial y las imputaciones que formula la parte reclamante al Ayuntamiento de Murcia.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación 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.

Para la comunidad interesada concurren los siguientes requisitos: efectividad del daño, relación de causalidad e inexistencia de fuerza mayor, por lo que en su opinión procedería la estimación de la responsabilidad y el abono directo por la Administración de los daños, sin perjuicio de dirigirse posteriormente a la contratista o a la aseguradora conforme a la doctrina expuesta en la anterior consideración. Por el contrario, el órgano instructor considera que no resulta acreditado de forma objetiva que los daños se hayan producido como consecuencia del funcionamiento del servicio público y propone la desestimación.

I. Sobre la relación de causalidad.

Para la comunidad de propietarios reclamante, la causa de los daños en la zona de trasteros del edificio "--" se encuentra en el movimiento de asiento y giro del volumen del resto del inmueble -concretamente la zona de trasteros del edificio-, originado por los trabajos de excavación de la constructora, motivo al que habría que añadir el tratamiento descuidado de acopio de materiales y los equipos de la obra en la plataforma superior de los trasteros (cubierta de los mismos) con el desgaste y roturas que comporta. Para ello se vale de un informe pericial de parte, que citaremos posteriormente. Frente a ello, el órgano instructor municipal sostiene que no se aporta por los reclamantes, a quien incumbe, prueba objetiva que demuestre y permita concluir que los daños que manifiesta haber sufrido en los trasteros del edificio se hayan producido efectivamente como consecuencia de la realización de las obras de construcción del edificio público, sino más bien parece que existían con anterioridad a las obras, esto es, desde su construcción, debido a un fallo fundamental de diseño y de ejecución del edificio según el informe del técnico municipal y sobre la base de los propios argumentos que se contienen en el informe del perito de la parte reclamante.

A este respecto, este Consejo Jurídico extrae las siguientes conclusiones:

1ª) De la valoración conjunta de informes emitidos en el expediente, se puede inferir que con anterioridad al inicio de las obras del edificio público existían daños (otro aspecto diferente es que se hayan agravado progresivamente) a partir de los siguientes datos:

- Por parte del arquitecto municipal (Subdirector Técnico de la Concejalía de Urbanismo y Vivienda), se concluye que los problemas denunciados se deben a fallos de diseño y constructivos del edificio "--" por las razones que explicita en su informe, atinentes a que el conjunto de los trasteros del citado edificio forma parte de un cuerpo estructuralmente independiente del resto del inmueble y que *"los cuerpos de edificación tan distintos en su altura y que producen cargas sobre el terreno tan distintas han producido cesiones diferenciales que han roto las impermeabilizaciones de las juntas de dilatación y movimientos en el cuerpo de trasteros, que han llevado a agrietar los tabiques y desencajar puertas, antes y después de la construcción, siendo daños progresivos y continuados pues se deben a fallos de concepción global del edificio"*. Resulta significativo el dato concreto aportado de la visita de inspección realizada a los trasteros por el técnico municipal informante al inicio de las obras y ante la primera reclamación de la comunidad, en calidad de supervisor de las obras junto con los técnicos directores de --, en la que pudieron *"comprobar y deducir la existencia de cedimientos ya antiguos en el cuerpo de trasteros que habían roto la pavimentación de los pavimentos de su cubierta (calle peatonal) y habían producido grietas en el interior de los trasteros, ya que había pruebas palpables de ser antiguos pues sus pinturas y enlucidos mostraban ya importantes parches por haberse reparado en años anteriores (...)"*. A esta respecto, si bien se puede cuestionar por la parte reclamante el criterio del técnico municipal sobre las causas técnicas de los daños, sin embargo no se ha cuestionado la veracidad del dato de la visita realizada por el citado funcionario público, que también ha sido corroborada por el representante de la constructora, que expresa que una vez iniciadas las obras se reciben noticias de la existencia de daños en los trasteros del edificio, por lo que se realizó una visita para su evaluación (también confirmada por el administrador de la comunidad de propietarios en su declaración testifical) en la que *"se pudo comprobar que los trasteros que se consideran afectados se sitúan en la zona del muro medianero bajo rasante, y que las filtraciones de agua en cantidades altas y con problemas de humedales se han producido a lo largo de mucho tiempo y que existían gran cantidad de grietas repintadas y reparadas con anterioridad evidenciando que se vienen produciendo desde tiempo atrás"*.
- Tampoco el perito de la parte reclamante niega la existencia de daños con anterioridad a la construcción del edificio público en su informe, puesto que las visitas de inspección realizadas se producen a partir de diciembre de 2009, expresando en su informe que *"las deficiencias, según los vecinos del edificio --, comienzan a tener entidad coincidiendo con la ejecución del edificio destinado a ser sede de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia"*, por lo que, de acuerdo con lo destacado por el órgano instructor, se infiere que existían daños con anterioridad (folio 39). El mismo técnico refiere que *"el cuerpo donde se ubican los trasteros tiene suficientes condiciones de estabilidad estructural, encontrándose diversas deficiencias constructivas que afectan a aspectos funcionales, de habitabilidad y de carácter estético o de acabados (folio 43)"*. En otros apartados de su informe reconoce la existencia de asientos en los meses próximos a la finalización de las obras que responden al asiento habitual de construcciones con diferente apoyo sobre el terreno, o que, incluso, alguna de ellas se ha realizado sobre terrenos de relleno compactado (folio 45).

2ª) Sobre la incidencia de la construcción del edificio público en la agravación de los daños, que en el caso de acreditarse motivaría una concurrencia de causas, son discrepantes los criterios técnicos que obran en el expediente por cuanto:

-El arquitecto municipal (Subdirector Técnico de la Concejalía de Urbanismo) sostiene que los daños se deben a fallos de diseño y constructivo del edificio "--", como se ha expresado anteriormente, sin que conste que en 18 años se hayan renovado sus materiales de impermeabilización (tanto las láminas como en las juntas), cuando dichos materiales, por ser de plástico o bituminosos, tienen un periodo de vida útil que nunca excede de los 10 años, por lo que se prescribe que su revisión se produzca cada 5 años y su renovación cada 10 años. Por

consiguiente, considera que es lógico y normal que tenga goteras y que estas sean mayores en la junta de dilatación, que es el punto más problemático de cualquier impermeabilización y en las grietas producidas en los elementos cedidos, y que si en 18 años no se han renovado adecuadamente se han ido produciendo en el edificio "daños progresivos y continuados".

-El representante de la constructora, tras expresar que previamente al inicio de las obras se comprobó el estado de las zonas colindantes, constatándose que el muro medianero se encontraba en pésimas condiciones, al igual que la acera situada encima, atribuye los daños bien al estado de aquél como de la acera que delimitan la zona de trasteros del edificio (las humedades y filtraciones), bien a los asentamientos sufridos por el edificio desde su ejecución (las grietas y fisuras), que vienen produciéndose desde tiempo atrás.

-Por el contrario, el perito de la parte reclamante considera en el cuerpo de trasteros analizado que además del asiento inicial se ha producido otro que lleva un descenso de 11-12 cms., dejando descolgada la escocia del mortero mencionada, y que no encuentra otro factor externo que la ejecución de cuatro sótanos en el solar medianero, con lo que conlleva de trabajos de excavación, hormigonado, vibrado, etc., a pesar del empleo de un muro de pantalla autoestable, según refiere. Concluye que éste es el origen más probable del acusado movimiento que ha producido las recientes lesiones de trasteros. También considera relevante que la mayor parte de la plataforma superior de trasteros se dedicara a acopio de materiales y equipos de la obra, con el desgaste y roturas que comporta, considerando que ha habido un descuido de la empresa constructora o de los servicios municipales de mantenimiento de las instalaciones urbanas, que han actuado faltos de las precauciones requeridas para trabajar sobre techos o espacios habitables asociados al uso de la vivienda.

A la vista de las opiniones técnicas encontradas, y aunque no se comparta el alegato de la comunidad reclamante de que la condición del técnico municipal informante de miembro de la comisión de seguimiento de la construcción del edificio le resta credibilidad a los motivos técnicos expresados en su informe sobre las causas de los daños, porque sería tanto como reconocer su culpa *in vigilando* (omite la reclamante en su razonamiento que la obra se hizo a riesgo y ventura de la contratista que sería en último caso la responsable, o su aseguradora), este Órgano Consultivo considera que su determinación habría de pasar por una pericial independiente que aclarara en qué medida la construcción del nuevo edificio público agravó los daños existentes, según se postula por la comunidad de propietarios reclamante, o si dichos daños se fueron agravando por los defectos de diseño y constructivos como sostiene el técnico municipal, con independencia de la construcción del inmueble, o, por último, si ambas causas han incidido en los daños reclamados. En estos últimos dos casos, de probarse, la comunidad de propietarios tendría la obligación de soportar en todo o en parte los daños, por no ser antijurídicos (artículo 141.1 LPAC).

En su ausencia, no puede afirmarse que exista en este procedimiento administrativo -se desconoce el estado en la tramitación del Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por la comunidad de propietarios frente a la desestimación presunta y si se han practicado otras diligencias- una prueba indubitada, precisa y determinante de que los daños por los que se reclama sean consecuencia exclusiva de las obras de ejecución del edificio sede de la Gerencia de Urbanismo (hoy Concejalía de Urbanismo) como sostiene la parte reclamante y, por tanto, del funcionamiento del servicio público, lo que ha de conducir a la desestimación como propone el órgano instructor, en virtud de la distribución de la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero), sobre la base, entre otras, de la Sentencia que cita núm. 27/2012, de 25 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que expresa sobre la prueba:

"(...) porque la carga de la prueba ha de ser soportada en este tipo de supuestos por la actora, reclamante de responsabilidad patrimonial. En consecuencia como ha venido señalando esta Sala en supuestos similares, al existir dudas fundadas sobre el origen de los daños, no podemos, dada la nebulosa probatoria del presente caso,

sino desestimar el recurso de apelación, ya que, como señala la Sentencia apelada no existe prueba suficiente sobre la relación de causalidad, entre el funcionamiento de un servicio público y el daño producido".

No obstante, se advierte que se omite en la propuesta elevada la contestación a los hechos denunciados en relación con las posteriores obras, realizadas por el Ayuntamiento, de acondicionamiento y pavimentación que circunda al edificio y que al parecer ha producido daños en los trasteros núms. 34 y 35, según refiere la comunidad reclamante (Antecedente Sexto). Por consiguiente, debería completarse la resolución con la contestación a los citados hechos, que también se imputan al servicio público.

II. Se ajusta a la doctrina jurisprudencial (por todas, STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2013), que la propuesta de resolución determine que en el supuesto de que quedara acreditado que los daños reclamados se han producido como consecuencia de las obras de construcción, correspondería en todo caso a la empresa contratista la responsabilidad de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar en el ámbito de su actuación a terceros a tenor del PCAP (cláusulas 12 y 40) y del contrato formalizado (estipulación novena), de acuerdo con la regla prevista en el artículo 97.1 TRLCAP ya transcrito, que establece la obligación de la contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros, correspondiendo a aquélla en el presente caso, dado que le ha correspondido la redacción del proyecto, la dirección de las obras realizada por el equipo técnico de la adjudicataria, así como la ejecución de las mismas. Las excepciones previstas en aquel precepto del Texto Refundido, que conllevaría la responsabilidad del Ayuntamiento (que los daños alegados hubieran sido ocasionados como consecuencia de una orden de la Corporación o de vicios del proyecto en el caso de que se hubiera elaborado por ésta), no resultan acreditadas en el presente caso para modificar la responsabilidad de la contratista.

Conviene recordar que el Tribunal Supremo tiene declarado en Sentencia de 5 de junio de 1998 que "La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico". En la Sentencia de 13 de noviembre de 1997 también se afirma que "aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla".

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por las razones expresadas en la Consideración Cuarta, si bien habrá de ser completada con lo señalado en el párrafo *in fine* del apartado I de la misma Consideración. No obstante, antes de formular la resolución habrá de verificarse el estado de la tramitación del Recurso Contencioso Administrativo para abstenerse, en su caso, del pronunciamiento si hubiera recaído sentencia (Consideración Segunda.4).

No obstante, V.E. resolverá.

