



**Resolución 2017R-1141-16 del Ararteko, de 6 de julio de 2017, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Hernani que resuelva debidamente la solicitud de las comunidades de garajes reclamantes sobre la reparación del espacio de uso público en superficie y los daños causados en los garajes.**

### Antecedentes

1. El Ararteko ha recibido una queja formulada por la comunidad de propietarios de garajes nºs 16 al 23 de Latsunbe Berri, por la falta de respuesta y actuación del Ayuntamiento de Hernani ante el hundimiento de una parte del espacio de uso público en superficie que corresponde, parcialmente, con un aprovechamiento de garajes privados en el subsuelo.

Esta comunidad expone que el hundimiento de parte del espacio de uso público en la parte correspondiente al relleno de tierra ha producido importantes grietas y un desnivel longitudinal en su encuentro con la parte que tiene aprovechamiento lucrativo de garajes en el subsuelo. Esa parte hundida de la plaza, actualmente, se encuentra vallada por su peligrosidad para los viandantes. Esta situación ha producido daños, entre otros, en las canalizaciones de agua, afectando a los garajes colindantes, provocando el rasgado de la tela asfáltica del sellado lateral del muro de los garajes, entre otras afecciones, con la consiguiente inundación.

La comunidad afectada indica que presentaron un escrito de reclamación, con fecha 18 de agosto de 2015, sin que hasta el momento hayan obtenido respuesta formal, si bien en diversas reuniones mantenidas con responsables municipales se niegan a hacerse cargo de las reparaciones necesarias.

La comunidad afectada entiende que el ayuntamiento debe asumir la reparación del espacio de uso público en su totalidad, al estimar que la falta de mantenimiento del espacio público es el que ha provocado el evidente deterioro de la zona. Además, también alegan como causa de la responsabilidad municipal la "culpa in vigilando", al no haber comprobado y garantizado el Ayuntamiento la correcta ejecución de la obra en su día ejecutada por la promotora que promovió la urbanización, circunstancia que también ha podido provocar el hundimiento del espacio público.

2. Tras valorar las cuestiones descritas en la reclamación, el Ararteko solicitó información al Ayuntamiento de Hernani que ha respondido y acompañado la siguiente documentación:
  - Informes emitidos por:
    - La arquitecta municipal (13-10-2015)





- El aparejador de servicios: uno correspondiente al análisis de las redes de agua y alcantarillado en la zona y otro correspondiente a la reclamación relativa a la falta de mantenimiento de la zona (21-12-2015).
- La técnica del Departamento de Urbanismo y Medio Ambiente (7-1-2016).
- Copias de las licencias de primera utilización de Latsunbe Berri 16,17, 18, 21 y 22.
- Diversos planos relativos al Plan Parcial del Sector SUE-1 y del correspondiente Proyecto de Urbanización, así como la ficha urbanística de la parcela nº 3.

### Consideraciones

1. En primer lugar, se trata de determinar el objeto propiamente de la queja, su delimitación física y los derechos y obligaciones que, en función de los títulos que constan, ostentan tanto las comunidades afectadas como el Ayuntamiento de Hernani.

El objeto de la queja se refiere a la comunidad de garajes de los números 16 a 23 de Latsunbe Berri. Las edificaciones de esta zona fueron ejecutadas en virtud del Plan Parcial del Sector Villas (SUE-1). La ficha urbanística correspondiente delimita dos unidades edificatorias que corresponden a las parcelas 3.1 y 3.2, constando para cada una de ellas la servidumbre de uso público sobre calle interior de acceso peatonal y sobre la superficie de porches.

De manera específica, el proyecto de compensación es el documento urbanístico (título equivalente a las escrituras públicas) que fija las parcelas resultantes de la nueva ordenación urbanística y determina la adjudicación a los propietarios de los derechos edificatorios en los porcentajes equivalentes a los derechos que aportaron, con la fijación de las servidumbres que corresponden a cada una de las parcelas privadas edificables.

Así, para la parcela 3-1, el proyecto de compensación, establece:

- Una servidumbre de uso público peatonal sobre la superficie de 486 m<sup>2</sup>, destinada a porches a nivel de planta baja.
- Otra servidumbre de uso público de 472 m<sup>2</sup>, destinada a calle interior de uso peatonal, totalmente exenta de edificación sobre la cota cero.

Por otra parte, para la parcela 3-2 determina una servidumbre de uso público peatonal sobre la superficie de 203 m<sup>2</sup>, destinada a calle interior de uso peatonal, totalmente exenta de edificación a cota cero.





Esta obligación se traslada, en consecuencia, a cada uno de los edificios con aprovechamiento privado que se construyen en esas parcelas y de manera expresa las distintas licencias de primera utilización concedidas por el Ayuntamiento a cada uno de los portales detallan que: *“Las zonas de porches y colindantes en los que ha quedado constituida una servidumbre de uso público se atenderán a un régimen de conservación, a tenor del cual corresponderá a la comunidad de propietarios de los elementos estructurales, sistemas de aislamiento e impermeabilización y redes de servicio.”*

Sobre este particular cabe indicar que no necesariamente las escrituras individualizadas de cada vivienda suelen concretar los derechos y obligaciones que asume el adquirente de una vivienda, sino que en muchas ocasiones la propia escritura remite para una información completa a las escrituras de origen en las que se describe, normalmente, el edificio en su conjunto, con las obligaciones y derechos que se asumen por los propietarios de la edificación, según la división en propiedad horizontal que concreta los porcentajes de participación de cada uno de los elementos individualizados en el total. Esta escritura suele ser previa a los títulos individuales en los que se procede a la compraventa de la vivienda.

Con respecto al hecho de que no consta claramente la delimitación de la participación de cada una de las comunidades en las obligaciones sobre el conjunto del espacio privado, es una cuestión a dilucidar a la vista de los títulos de propiedad que ostenta cada comunidad y que, en principio, debe fijar la participación de cada una de ellas en los elementos comunes del espacio delimitado. En cualquier caso, la información que consta en el proyecto de compensación sobre las servidumbres de cada parcela debe servir de referencia para completar la información de los títulos de propiedad, para el supuesto de que el contenido de estos últimos no estuviera claro, dado que los derechos y obligaciones de cada edificación tienen su origen en aquel documento urbanístico.

En suma, no parece pueda discutirse la existencia de una servidumbre de uso público ni las obligaciones de conservación y mantenimiento de la zona que asumen los propietarios y que incluye los elementos estructurales, los sistemas de aislamiento e impermeabilización y las redes de servicios, entendiendo respecto a estas últimas que corresponden a las redes de servicio privadas.

En este sentido, cabe señalar que estas obligaciones de conservación y mantenimiento para los propietarios titulares del subsuelo coinciden con los criterios que desde el Ararteko se han venido manteniendo en diversas recomendaciones emitidas en las que también se dilucidaban los derechos y obligaciones de la Administración y de los particulares con respecto a los espacios de titularidad privada con servidumbre de uso público en la superficie. Así se ha venido indicando por esta institución, entre otras, en la recomendación del Ararteko, de 31 de agosto de 2010, dirigida al





Ayuntamiento de Bermeo y también en la dirigida al Ayuntamiento de Llodio, de 23 de septiembre de 2013. En esta última, el Ararteko indicaba que:

*“A nuestro entender, tal como ya hemos tenido ocasión de indicar en otras ocasiones, las obligaciones de la Administración municipal por los derechos de uso que dispone sobre una propiedad ajena, deben referirse a aquellos elementos constructivos y de mobiliario urbano necesarios para atender la finalidad pública a la que se destina la cubierta y, en tal sentido, la impermeabilización y demás elementos constructivos por debajo de aquella deben ser a cargo, exclusivamente, del que obtiene el aprovechamiento lucrativo privado, es decir las comunidades de propietarios afectadas.”*

Ahora bien, por lo general, el presupuesto de este tipo de actuaciones urbanísticas suele ser que se trata de un aprovechamiento lucrativo en el subsuelo, lo que justifica la imposición de la servidumbre de uso público en superficie, si bien en este caso no existe tal aprovechamiento lucrativo en la parte hundida, desconociéndose si tal circunstancia se ha debido a que así se dispuso por el promotor y contratista del proyecto o fue impuesta por el Ayuntamiento por causas que se desconocen. Al no quedar dilucidada esta cuestión, a pesar de haber solicitado al Ayuntamiento conocer la causa de esta circunstancia, no resulta posible tampoco pronunciarse sobre si tal cuestión pudiera tener alguna incidencia jurídica en el resultado de la responsabilidad municipal que pudieran reclamar los vecinos en el hundimiento de la parte del espacio privado no construido.

Además, incluso en este último supuesto, es decir una posible responsabilidad municipal directa en el resultado por exigencias impuestas, tal como apunta la comunidad reclamante, también debiera acreditarse la dificultad o más bien la imposibilidad de proyectar una solución técnica cuando una parte del subsuelo tiene aprovechamiento y otra porción no, cuestión que desde otra vertiente se analizará en los considerandos siguientes.

2. Sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior, las comunidades afectadas entienden que el Ayuntamiento debe asumir la responsabilidad de la total reparación de los desperfectos existentes en los garajes, debido principalmente a dos motivos:
  - Por una parte, alegan la “culpa in vigilando” del Ayuntamiento, al no haber comprobado y controlado de manera efectiva la correcta ejecución del espacio sobre el que se asienta la plaza, en su función de control y disciplina relativas a las licencias urbanísticas de edificación y ejecución de la urbanización, así como las posteriores autorizaciones de primera utilización y aceptación de la urbanización ejecutada.
  - Por otra parte, la falta de mantenimiento y/o actuación que ha venido produciéndose año tras año, con un evidente deterioro de la zona





achacable a la pasividad municipal y, entre otros elementos, los correspondientes a la canalización de las aguas pluviales.

Para analizar estas cuestiones habría que referirse en puridad a la normativa urbanística de aplicación en el momento de concesión de la licencia de obras y de primera ocupación para cada una de las edificaciones, actos que se produjeron en los años 90, con cambios de regulación de un año para otro, por lo que, a los efectos que aquí interesan, relativos al contenido de la responsabilidad de la función que corresponde al Ayuntamiento en esta materia, nos referiremos a la normativa vigente por ser su contenido material equiparable aunque actualizado.

Con la anterior precisión es de reseñar que la función pública incardinada en la disciplina urbanística, es decir el control municipal sobre toda actuación urbanística, el artículo 209.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, determina que los Ayuntamientos controlarán, mediante la pertinente intervención previa, la legalidad de los actos, las operaciones y las actividades sometidas a licencia urbanística.

Por otra parte, la Ley citada determina que para que se pueda otorgar una licencia deberá solicitarse acompañada por el proyecto que proceda, firmado por técnico competente y visado por el correspondiente colegio profesional, cuya memoria deberá especificar las determinaciones urbanísticas de aplicación (artículo 210.2. a)). La norma también establece que, con carácter previo al otorgamiento de la licencia, se emitirá por los servicios municipales informe preceptivo sobre la conformidad de la licencia solicitada a la legalidad urbanística (artículo 210.4).

Esos son los términos generales de la supervisión y control de la Administración municipal sobre la actuación de edificación y urbanización privada.

En el plano de la actividad de promoción privada de la edificación, actualmente la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, regula el proceso de la edificación y aunque en lo que es objeto de esta queja las actuaciones fueron previas a la entrada en vigor de esta Ley, puede servir para clarificar conceptos relativos a los distintos agentes de la edificación y las responsabilidades que asumen unos y otros.

En la edificación intervienen habitualmente el promotor, el proyectista el constructor, el director de obra, el director de la ejecución de la obra y, en su caso, las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación, según las diferentes definiciones que se regulan en los artículos 8 y siguientes de la Ley citada. Sin extendernos demasiado en esta cuestión basta indicar que:



- El *proyectista* es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.
- El *constructor* es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato. Entre sus obligaciones está la de ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.
- El *director de obra* es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.
- El *director de la ejecución de la obra* es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

Acotadas las funciones y competencias en estos términos, en general y salvo que se pueda demostrar que un resultado determinado es expresa y exclusivamente achacable a la falta de control municipal, la responsabilidad será imputable a los agentes de la edificación que han intervenido en la obra tanto a nivel de la solución técnica del proyecto o de su ejecución material, en los términos más arriba indicados. La pretensión de las comunidades afectadas por el colapso de parte de la parcela de derivar la responsabilidad "exclusiva" al Ayuntamiento, exigiría demostrar que el resultado del hundimiento de la parcela únicamente es imputable a la Administración municipal.

A nuestro juicio, aunque así se afirme por las comunidades reclamantes, no se ha acreditado que la solución técnica proyectada por el facultativo que redactó el proyecto resultara manifiestamente inadecuada bajo el prisma de las técnicas de construcción y contraria a las más elementales normas técnicas de edificación y que, además, tal situación hubiera debido ser apreciada sin lugar a dudas en la actividad municipal de control del proyecto y dentro de las competencias municipales en la revisión conducente a la concesión de la licencia de edificación.

Tampoco se ha acreditado que si se concluyera que la solución técnica recogida en el proyecto es factible, el problema del hundimiento de la parcela haya sido consecuencia directa de alguna actuación municipal (mandato directo) en la fase de ejecución material del proyecto (según se indica en el último párrafo de la consideración primera) que eximiera de responsabilidad a

la dirección facultativa competente como responsable de la ejecución de la obra.

En fin, al entender de esta institución, según la información disponible y contrastada, no resulta posible concluir que transcurridos más de veinte años desde la ejecución de la obra, período en el que además no nos consta se haya exigido responsabilidad a los agentes de la edificación a través de los procedimientos judiciales pertinentes, pueda derivarse una responsabilidad exclusiva del Ayuntamiento de Hernani en el hundimiento del terreno por una genérica invocación de la "culpa in vigilando".

A estos efectos, la Jurisprudencia ha delimitado el concepto de la denominada "culpa in vigilando". Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2003 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, recurso 10935/1998) referida a una inexacta ejecución de una demolición acordada por una sentencia judicial previa, resuelve que los daños que se causaron a otra finca particular por el que estaba obligado a demoler, no pueden ser imputados a la Administración y ello a pesar de que quien contrató las obras fue el Ayuntamiento, mediante ejecución subsidiaria. El fundamento jurídico tercero indica lo siguiente:

*"Desde luego, entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa y efecto, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio."*

3. Por otra parte, las comunidades afectadas consideran que existe responsabilidad municipal en la situación creada por la falta de mantenimiento y/o actuación que ha venido produciéndose año tras año, con un evidente deterioro de la zona por la pasividad municipal y que, entre otros elementos, la falta de mantenimiento de la canalización de las aguas pluviales ha sido la causa directa del problema.

Sobre este particular, el informe del aparejador de servicios entiende que el hundimiento de la estructura es el que ha dañado el pavimento del espacio de uso público y a pesar de ello el Ayuntamiento ha seguido realizando las labores de mantenimiento hasta que, finalmente, siendo de tal entidad el hundimiento y los daños ocasionados optó por cerrar el espacio, dejando exclusivamente el espacio libre de acceso a los portales.

Por otra parte, el Ayuntamiento también se refiere a que, a principios de noviembre 2015, a raíz de la reclamación de las comunidades afectadas, se procedió a comprobar mediante cámaras las redes municipales de agua y



alcantarillado existentes en la zona, a pesar de que estas instalaciones municipales no estaban propiamente en el espacio dañado. Esta verificación constató que las redes municipales se encontraban en buen estado.

En suma, el Ayuntamiento estima que la causa del problema del deterioro del pavimento del espacio de uso público en superficie es el hundimiento del espacio privativo, con el posterior deterioro debido a todo ello del pavimento, la impermeabilización de los garajes, la canalización de las aguas pluviales, etc.

Frente a ello y aunque la propia queja indica inicialmente que *“Al tener una parte de la plaza aprovechamiento privado (garajes) y la otra parte tierra que ha ido hundiéndose, se está produciendo la rotura longitudinal de la plaza.”*

Seguidamente la queja incide en que *“El mantenimiento corresponde al Ayuntamiento. Según informe pericial, la canalización de las aguas pluviales está completamente obstruida por hojas y otros objetos (ver foto). La canalización no funciona correctamente llegando a rebosar y filtrar agua al terreno (rellenos y tierra). El agua que pasa al terreno produce un “lavado” del mismo reduciendo su compactación y por tanto la capacidad de sustentación, por lo que la acera así como la canalización de aguas ceden produciéndose grietas. Al producirse fisuras y grietas por el asentamiento, el agua que pasa al terreno en la siguiente lluvia es mayor y el problema se vuelve a repetir empeorando progresivamente. Al producirse las grietas y asentamiento de la canalización, esta rasga (ver foto), la tela asfáltica de sellado lateral de muro, por lo que el agua se filtra a los garajes. Por capilaridad del hormigón, el agua acaba afectando tanto a paredes como al techo del garaje.*

*Desde un punto de vista preliminar, no es el estado de la tela asfáltica sobre los garajes puesto que la acera tiene una ligera pendiente que favorece el drenaje del agua y no hay razones a la vista para que pueda estar dañada, siendo la posible causa del problema de entrada de agua el incorrecto mantenimiento de la canalización de aguas en la vía de uso público. (Informe de Inarkia SL)”*.

Este informe aportado por los reclamantes a esta institución corresponde a un documento parcial (se han aportado dos folios correspondientes al apartado 3 “Inspección visual previa” de lo que parece desprenderse que es una oferta, pero sin que se tenga información del firmante y su cualificación técnica). En cualquier caso, para poder resolver esta cuestión resulta necesario que los informes técnicos que se aporten como prueba pericial tengan un nivel de cualificación técnica suficiente para ser contrastados con los aportados por el personal técnico del propio Ayuntamiento, cuestión que, en su caso, debería sustanciarse a través del correspondiente expediente administrativo contradictorio.

En este punto cabe incidir en la solicitud primera formulada por la comunidad de propietarios de garajes reclamante que solicitó al Ayuntamiento el arreglo de la





calle peatonal y la reparación de los daños causados en los garajes, causados por el hundimiento de la calle de tierra, por no haberse realizado el mantenimiento adecuado, produciéndose daños a los colindantes que se encuentran en la mitad correspondiente al edificio de los portales 19, 20, 21, 22 y 23.

Aunque el Ayuntamiento le dio curso a la reclamación mediante la emisión de diversos informes y la celebración de reuniones con los afectados, la tramitación del expediente no puede quedar paralizada indefinidamente, debido a la dificultad y complejidad del problema que se plantea, siendo necesaria la resolución administrativa que decida todas las cuestiones planteadas, con el cumplimiento de los trámites procedentes, incluidos los de alegaciones y aportación de pruebas si resultaran procedentes (artículos 75 y siguientes, así como el artículo 88.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Lo anterior no debe excluir la posibilidad de encontrar una solución pactada entre los afectados y el Ayuntamiento que resuelva globalmente el problema.

En cualquier caso, la debida tramitación y resolución del expediente administrativo permitirá a las comunidades reclamantes concretar sus alegaciones a los informes municipales y aportar las pruebas que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, además de acudir en su momento si así lo estiman oportuno a la vía judicial.

4. Finalmente, sin perjuicio de la determinación de a quien compete la responsabilidad de asumir la ejecución de la obra, resulta necesario referirse a la situación de hecho generada como consecuencia del hundimiento de parte del espacio con servidumbre de uso público. Este espacio de uso público ha sido vallado hace más de dos años con el fin de garantizar la seguridad de los peatones debido al hundimiento que se ha producido.

Ahora bien, esta situación tiene sentido en tanto en cuanto se obtenga una solución pero tal espacio que está destinado al uso público no puede quedar indefinidamente vallado. En este sentido, los interesados consideran que sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas que pudieran seguir en defensa de sus intereses legítimos, el Ayuntamiento tiene la obligación de intervenir y proceder al arreglo de la plaza.

En efecto, una vez tramitado el expediente al que nos hemos referido en el apartado anterior y si se concluyera que la obligación compete a las comunidades reclamantes, el Ayuntamiento debiera requerir la ejecución de las obras necesarias, previa la redacción del proyecto correspondiente y si tal requerimiento no se cumpliera está obligado a actuar mediante ejecución subsidiaria a costa del obligado y hasta el límite del deber normal de conservación (203.4 a) de la Ley 2/2006).





Por el contrario, si se llegara a la conclusión de que la responsabilidad de ejecutar la obra es municipal, el Ayuntamiento debería ejecutar las obras necesarias, previa redacción del proyecto técnico pertinente y demás trámites que resulten necesarios.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

### RECOMENDACIÓN

1. Que, previos los trámites pertinentes, resuelva la solicitud de las comunidades de garajes afectadas de arreglo de la plaza de uso público y reparación de los daños causados en los garajes.
2. Que, en su caso, si el Ayuntamiento de Hernani concluyera que la obligación de reparación compete a todas o a algunas de las comunidades reclamantes, requiera la ejecución de las obras necesarias, previa la redacción del proyecto correspondiente y si tal requerimiento no se cumpliera en los plazos concedidos actúe mediante ejecución subsidiaria.
3. Que, si se concluyera que la responsabilidad de ejecutar la obra es municipal, el Ayuntamiento ejecutó las obras necesarias, previa redacción del proyecto técnico pertinente y demás trámites que resulten necesarios.

