



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 / 1 9 9 0

La Laguna, a 9 de noviembre de 1990.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con un *expediente de indemnización por daños sufridos en el vehículo de un funcionario en la realización de una comisión de servicio (EXP. 10/1990 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

El presente dictamen expresa la opinión de este Consejo respecto a la Propuesta de Resolución del Excmo. Sr. Consejero de la Presidencia dictada como conclusión del expediente instruido por los dalos sufridos en el patrimonio particular del funcionario inspector de juego J.L.R.V. con ocasión de un desplazamiento en el cumplimiento de una comisión de servicio. La adecuación de dicha Propuesta de resolución al Ordenamiento jurídico se analizará en su conjunto y con particular referencia al art. 82.4 de la Ley 2/1987 de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias y concordantes; 106.2, de la Constitución y art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado invocados en la Propuesta de Resolución.

Del enunciado de la solicitud de Dictamen se desprende que se trata de un expediente referido al resarcimiento económico de daños a un funcionario de la CAC. Dentro del marco general de la indemnización por daños imputados a la Administración hay que distinguir dos sectores bien definidos en la vigente normativa española. La referida a particulares y la debida directamente por razón de servicio a los funcionarios. Pero, antes de tipificar el supuesto dado en la concreta reglamentación aplicable, interesa analizar los requisitos fácticos exigibles para que se pueda plantear el correspondiente expediente. Es importante destacar al respecto que con el cambio de orientación legislativa española que implanta el criterio de

* **PONENTE:** Sr. Pérez Voituriez.

responsabilidad objetiva de la Administración pública (art. 106.2, CE que recoge la fórmula del art. 40.1, LRJAE y en virtud del art. 149.1.18ª, CE lo extiende como norma básica a todas las Administraciones Públicas), se produce una inversión de la carga de la prueba de los hechos, en el sentido de que es la Administración quien deberá, en su caso, probar las causas y circunstancias de exoneración de responsabilidad, según hemos destacado en múltiples dictámenes (cfr. dictámenes 3, 4, 8, 9, 15, 16, 17, 22, 23, 24, 27 de 1985/1986 y 1 de 1987) en la materia, hasta el punto de subrayar, a veces, la dejación de los órganos competentes en el ejercicio del control debido.

Ahora bien este cambio de orientación legislativa, no suprime, en modo alguno, la exigencia inicial del reclamante de especificar y probar las circunstancias que producen el daños así como su valoración y el nexo causal con el servicio de la Administración. En consonancia con ello el Consejo de Estado especifica que:

"(...) la carga de la prueba respecto al hecho, situación o funcionamiento del servicio público, así como del nexo causal entre los mismos y la lesión ha de correr a cargo de la parte actora, como consecuencia de la aplicación de los principios generales imperantes en el *Onus probandi* (art. 1.214 CC). En consecuencia con ello, el art. 134.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa establece que el reclamante habrá de especificaren su escrito las circunstancias en que el daño se produjo, aportando las pruebas que considere oportunas para justificar su existencia y valoración".

Por demás, este requisito es tan elemental que, de no producirse, la Administración quedaría imposibilitada de ejercer un posible control, como se entiende en el art. 88.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y, es indudable que esta exigencia se hace extensiva a toda categoría de expediente por daños, tanto de particulares como de funcionarios.

Pues bien, esta es nuestra primera observación sobre el expediente objeto de Dictamen.

1. El escrito del perjudicado no especifica el lugar concreto del accidente, ni aporta ninguna prueba de la situación, ni de la causa.

"(...) Sobre las 13.15 horas y de regreso a esta Capital, sufre un accidente dentro del municipio de La Guancha, en una de las curvas de la carretera que enlaza

dicha localidad con la carretera general a Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de la pérdida de los frenos del vehículo cayendo a un barranco después de dar varias vueltas de campana, quedando el mismo parcialmente destruido, encontrándose en este momento depositado en los talleres de C.V.”

Ante la situación económica del firmante (...).

2. Se aportan dos facturas; una primera desglosada en dos conceptos. Por un lado, una genérica, sin especificar material (530.000 Pts), "según presupuesto" que no consta en el expediente y otra de mano de obra (500.000 Ptas.) "según presupuesto emitido anteriormente", que tampoco consta en el expediente y, por otra parte una factura proforma, que comprende un total de 490.000 ptas., incluida mano de obra.

De los datos, documentos obrantes en el expediente y aportados al Consejo Consultivo, difícilmente puede desprenderse una valoración contrastada de los daños producidos. Es más, ni siquiera aparece en el material, ni en el detalle de la mano de obra, nada relativo al sistema de frenado que fue la causa del accidente, según la manifestación unilateral del perjudicado en la instancia inicial. No consta tampoco que la Administración haya efectuado por sí, ni supervisado ningún peritaje.

Finalmente en la remisión que el Director General de Justicia e Interior hace el 14 de noviembre de la instancia, factura y Hoja de Servicios relativa al accidente señalado de 14 de octubre pasado (no consta su destinatario aunque se puede presumir sea el Consejero de la Presidencia) se contiene algún dato que acaso nos indique la característica real del expediente:

“de acuerdo con nuestra conversación telefónica, adjunto te remito (...) al objeto de considerarla manera de poderle ayudar a sufragar los gastos del mismo”.

II

Planteados los datos del expediente, interesa ahora considerar el análisis jurídico llevado a cabo por la Administración. A este respecto observamos dos fases sucesivas que merecen ser analizadas por separado.

1. Una fase previa, iniciada con la llegada del expediente a la Secretaría General Técnica recaba informes del Director General de Justicia y -de la Consejería de Hacienda:

En el primero, de la Dirección General de Justicia e Interior, (29-V-1989), después de calificar la solicitud de "indemnización especial o ayuda económica" la informa favorablemente.

"(...) Entendiendo que es de justicia atender esta necesidad específica de un funcionario de esta Dirección General, sin perjuicio de prever para el futuro, sistema de cobertura para hacer frente a estas situaciones que pueden repetirse (...)"

Por otra parte, la Consejería de Hacienda (18-V-1989) le manifiesta:

"(...) que, al no encontrar apoyo normativo ni cobertura presupuestaria que ampare tal indemnización, esta Consejería de Hacienda, no puede elevar al Consejo de Gobierno la solicitud propuesta, por entender que tal acuerdo sería nulo de pleno derecho".

Es indudable que este planteamiento corresponde exactamente al procedimiento llevado a cabo en la tramitación de una muy específica categoría de indemnización a funcionarios por prestaciones de servicios a la Administración Pública. En efecto, a diferencia del modelo de indemnización a particulares del art. 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, parece más bien insertarse en el principio contenido en el art. 82.4 de la Ley 2/1987 de la Función Pública canaria con arreglo al cual "los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio", principio recogido con idéntica formulación en la Ley 30/1984 de Medidas para la reforma de la Función Pública (cfr. art. 23.4), o aún más expresivo el precepto del art. 101.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado:

(...) "las indemnizaciones tienen por objeto resarcir a los funcionarios de los gastos que se vean precisados a realizar en razón de servicio".

Hasta tal punto el condicionamiento es diferente que el Consejo de Estado se plantea serias dudas acerca de su propia competencia para evacuar dictámenes preceptivos:

(...) "las indemnizaciones por razón de servicio, hoy con su régimen en el Decreto 236/1988, (...) no necesitan del dictamen de este Consejo de Estado".

El precepto, tanto el de la Ley de 1984 como el del texto de 1964, tienen un complemento reglamentario (actualmente el Real Decreto 236/1988) en el que se regula entre otras indemnizaciones la llamada "indemnización especial", definida como la compensación que se otorga al funcionario por daño, perjuicio o daños extraordinarios que impliquen determinadas comisiones (art. 7.4). Merece destacar el procedimiento interno de la Administración, ya contenida en el art. 14 del Decreto 176/1975 según el cual, las indicadas indemnizaciones "tendrán que ser acordadas por la Presidencia del Gobierno, o el que asuma la competencia funcional, previo informe del de Hacienda". Hay que advertir en este aspecto la coherencia con la tramitación de la primera fase del expediente anteriormente esbozada, en la que, en efecto, se produjo una previa información de la Consejería de Hacienda, aún cuando hay que poner de relieve la esencial diferencia entre "previo informe de Hacienda" (término utilizado en el citado Decreto 176/1975 estatal) y la frase "no puede elevar (...) la solicitud propuesta" consignada en la Consejería de Hacienda que pretende paralizar el expediente. El Consejo de Estado se plantea serias dudas acerca de su propia competencia en el indicado planteamiento indemnizatorio, lo cual también coincide con la afirmación de que el Consejo Consultivo es únicamente competente ante un documento definitivo como lo sería una Propuesta de Resolución del órgano competente para la decisión administrativa. Pero la primera fase termina sin ninguna resolución por el órgano decisorio y la simple notificación al solicitante de la negativa del Consejero de Hacienda.

Finalmente hay que advertir un matiz diferencial en la terminología utilizada para un supuesto análogo en la tramitación. Mientras en el Consejo de Estado siempre se refiere, en este modelo de indemnización a funcionarios, con el concepto de "indemnización especial", en cambio en la tramitación indicada en el expediente que obra en la documentación del Consejo Consultivo, se expresa con reiteración el término ambiguo "indemnización especial o ayuda económica".

2. Una nueva trayectoria del expediente se produce a raíz de la negativa a tramitar la solicitud por la Consejería de Hacienda. Este procedimiento se inicia con escrito del interesado de 19 de mayo de 1989, en el que se reitera la petición inicial y se sigue con la remisión del expediente a la Secretaría General Técnica y a la Dirección General de Justicia e Interior. Se complementa con los trámites del expediente a los Servicios Jurídicos de 14-VI-1990; 26-VII-1990 y 19-IX-1990; para finalizar con una Propuesta de Resolución que será objeto de un posterior análisis.

Del contenido de esta documentación interesa sistematizar los puntos que no se adecuen a la normativa vigente y su autorizada interpretación:

- Es de advertir una confusión en los informes de los servicios jurídicos obrantes en el expediente, así como en la contestación a la solicitud del informe preceptivo previo a la formulación de la Propuesta de resolución. Dentro de la documentación aportada al Consejo aparecen dos informes del Jefe de los Servicios Jurídicos del Gobierno: Uno de 13-IV-1989 (reg. salida nº 2949) y otro de 17 del mismo mes en el que se indica es complementario del anterior. Con posterioridad (15-VI-1990 nº de Reg. 5079) el Director General de Justicia e Interior se dirige de nuevo a los Servicios Jurídicos del Gobierno "al objeto de que sea emitido el preceptivo informe acompañando la copia del expediente y "significando que en opinión de este Centro Directivo pudiera establecerse criterio análogo favorable- al emitido el 13 de abril de 1989". Finalmente, con fecha 19-X-1990 (reg. de salida 1.669) de los mencionados Servicios expresan su parecer.

Un análisis de esta compleja documentación del expediente lleva a las siguientes observaciones:

1º) Los dos primeros informes, cuyo contenido sirve de base para la argumentación de la Dirección General de Justicia y expresamente es asumido como criterio de la misma en el escrito de solicitud del preceptivo informe de 19-X-1990, no se refiere para nada al expediente objeto del dictamen. Ni siquiera se trata de que los Servicios Jurídicos hayan aludido a la analogía con el supuesto diferente de la inundación de unos garajes al que se contrae el dictamen allí mismo indicado de este Consejo, sino que es un mero certificado del contenido del texto que los Servicios Jurídicos elaboraron en su día en relación con el citado expediente. Por tanto, la inclusión de estos informes en el expediente que ahora se conoce no tiene nada que ver con la exigencia del previo informe de los Servicios Jurídicos y produce una confusión al citarlos como criterio argumental en la solicitud de 15-VI-1990 a los mismos Servicios Jurídicos de la Presidencia del Gobierno.

2º) En la contestación posterior de dichos Servicios a la solicitud del informe preceptivo para complementar el Proyecto de Resolución correspondiente al expediente actual, se observan las siguientes confusiones y errores:

a) El informe de aquellos, además de ser previo a la intervención del Consejo Consultivo debe valorar el contenido del expediente que lo motiva, lo cual aquí no

aparece en absoluto, sino que se indica que el mismo debe ser remitido a este Consejo a tal fin. Se confunde la naturaleza del procedimiento al indicar que se remite el expediente al Consejo Consultivo (...) "a fin de que emita el preceptivo informe" confundiendo la naturaleza del "informe previo" con el "dictamen del Consejo".

b) No se tiene en cuenta, al invocar dicho precepto, que el artículo 10.6 de la Ley 4/1984 del Consejo Consultivo, ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, estando actualmente suspendido en su vigencia hasta tanto no se pronuncie de forma definitiva el Alto Tribunal.

De todo lo anteriormente indicado se desprende la inexistencia real, en el expediente, del contenido exigido preceptivamente como informe previo de los Servicios Jurídicos, sin el cual no cabe producirse ninguna Resolución del órgano competente para decidir el expediente indemnizatorio, conforme establece el artículo 76.1; 84.1.j) del Decreto 462/1985, de 14 de noviembre, de la Consejería de la Presidencia.

- En segundo lugar, el texto aportado ratifica con exacto contenido la solicitud inicial. A esta altura de la tramitación cabría suscitarse la cuestión de si es subsanable su indeterminación y que valoración merece el hecho de que la Administración las de por buenas. A diferencia de la primera fase en esta nueva tramitación se produce una cierta confusión entre los dos tipos legales del concepto de indemnización por daños, que es necesario clarificar. Esta confusión se manifiesta claramente en la pretensión de aplicar por analogía el supuesto dictaminado en su día por este Consejo acerca de los daños a vehículos ocasionados en el garaje del Edificio de Usos Múltiples de las Palmas. Así se incluye en el escrito del Director General de Justicia e Interior al Jefe de los Servicios Jurídicos de la Consejería de la Presidencia:

"(...) significando que, en opinión de este Centro Directivo pudiera establecerse criterio análogo favorable al emitido el 13 de abril de 1989 en el expediente por daños ocasionados en los vehículos estacionados en los garajes del Edificio de Usos múltiples (...)" .

Hay que advertir, sin embargo, que la consideración del funcionario en comisión de servicio público no fue el fundamento indemnizatorio. No se trataba de (...) "el

daño o lesión patrimonial sufrido por el funcionario", sino de responsabilidad de la Administración a particulares. La condición de funcionario aparecía exclusivamente a título de cuestión accesoria, en el sentido de justificarla estancia legalmente permitida en dichos garajes.

III

Respecto a la responsabilidad Administrativa el Consejo de Estado ha establecido unos criterios de interpretación clarificadores al respecto, formulando como principios generales que "El funcionario público no debe soportar, a su costa, un daño generado en el seno de la relación funcional posición extensible a los casos en los que hay una opción voluntaria de compensación económica reglamentada".

"La contraprestación económica por el uso del vehículo particular se define en la reglamentación aplicable en función de las características del vehículo y el kilometraje recorrido (O.M. 2-II-1983) comprendiéndose en la cantidad establecida el costo, para la Administración de modo similar a todo desplazamiento en medio de transporte para el poseedor del vehículo (...) el riesgo se asume por el poseedor del vehículo, en lo que no se derivan hacia una entidad aseguradora. La Administración no se erige en responsable por los daños que el vehículo cause mientras es utilizado, o por los daños propios padecidos por el poseedor del vehículo. La utilización de vehículo particular comporta un riesgo cuyo comportamiento no se altera por la circunstancia de que el desplazamiento se conecta a una comisión de servicios. El medio de transporte -remunerado adecuadamente- soporta sus propios costes, de los que el riesgo es uno de ellos, satisfaciéndose por la Administración la cantidad reglamentaria prevista y a la que mediante su voluntad el funcionario se ha adherido libremente".

Sin embargo, se han dado algunos casos en los que, en cierto modo, son utilizados criterios propios sobre la aplicabilidad del citado artículo 40 a supuestos de responsabilidad por daños de la Administración a funcionarios. Así, en Dictamen de 5-XII-1984 referente a una solicitud de indemnización por los desperfectos sufridos en su automóvil cuando cumplía un servicio encomendado por el Gobernador Civil, después de intentar asimilar la relación por analogía a la del mandante en los negocios privados, el Consejo de Estado admitió que "dada la excepcionalidad del

caso y para no complicar de nuevo su tramitación" se haga por la vía de la responsabilidad patrimonial.

En Dictamen más reciente, de fecha 21-VII-1988, acogiendo interpretación extensiva de la normativa del RD 236/1988 de 4 de marzo y art. 23.4 de la Ley 30/1984, y del art. 87.4 ya citado de que "del desempeño de sus funciones no puede derivarse para el empleado público ningún perjuicio patrimonial" se aplica el mismo criterio:

"(...) la intervención del reclamante fue ordenada por el Jefe el Servicio con carácter de urgencia para la realización de una información reservada y que, al no haber podido encontrar un coche disponible entre los del servicio de incidencias de los del Ministerio, ordenó igualmente al reclamante que la comisión encargada la hiciera trasladándose en el coche de su propiedad (...)" .

En el mismo texto de votos particulares del dictamen de 1988 indicado en el Fundamento anterior, se cita otro dictamen del Consejo (nº 50.473) de indemnización a un funcionario que no percibió dietas por kilómetros por la utilización de su automóvil particular.

Otro supuesto más citado es relativo a la policía gubernativa y su Reglamento de 17-VII-1958.

El común denominador de estos supuestos de interpretación amplia de la indemnización a funcionarios es su carácter excepcional, bien por motivos de urgencia, o en razón de un servicio de especial peligrosidad, como es de la policía gubernativa.

En síntesis, podríamos distinguir en la doctrina del Consejo de Estado, como criterio mayoritario ha formulado una triple distinción: 1) Cuando la Administración establece diversas opciones para cumplimentar la orden de servicio y el funcionario opta libremente se compromete con las condiciones reglamentadas por la Administración; 2) Cuando, excepcionalmente la Administración obliga, por urgencia o necesidad, a modo de confiscación, ésta absorbe el carácter público de todos los elementos particulares afectados; 3) No se da un criterio unificado en la reglamentación de las concretas compensaciones, sino que pueden variar en las diversas instituciones, tanto por razones objetivas, cuanto por factores circunstanciales o los propios intereses específicas de cada Administración pública.

Así, por ejemplo, en el Decreto 307/1985, de 17 de septiembre de la Comunidad Autónoma Vasca en el que se regulan las indemnizaciones por razón de servicio (nº 2.153, B.O.P.V., nº 212, de 18 de octubre de 1985), después de afirmar: "Con carácter general se hará uso del medio de transporte que suponga mayor celeridad en el desplazamiento" (art. 6.2) y de que "Siempre que sea posible deberán utilizarse los medios colectivos de transporte (...)" (art. 6.3), se especifica:

Art.8.1.- "Para los desplazamientos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, así como en los casos en que no exista un medio de transporte público adecuado o se considere conveniente para el desarrollo de la función a realizar podrá utilizarse un vehículo particular".

Art.8.4.- Los vehículos que se utilicen para desplazamiento en desarrollo de funciones vinculadas al ejercicio del cargo o empleo, deberán contar con una adecuada cobertura de riesgos por una entidad aseguradora".

Con mayor detalle se establece en la orden de 8 de octubre de 1985 del Departamento de Economía y Hacienda de desarrollo del anterior Decreto, algunas puntualizaciones específicas:

Art.2º.3.5.- "Darán lugar a indemnización los gastos correspondientes a peaje de autopista y aparcamiento que se justifiquen mediante presentación del recibo o factura original.

Por el contrario, no serán indemnizables los gastos de lavado, engrase, revisión o reparación del vehículo particular, aún cuando dichos gastos se hayan producido durante la realización del servicio que haya originado el desplazamiento".

Prueba evidente de que es admisible la diversidad legislativa dentro de las respectivas competencias autonómicas.

En tesis opuestas a tal concepción como son los votos particulares planteados en el indicado dictamen por el Estado, por fundamentar la responsabilidad de la Administración en supuestos de comisión de servicio con la analogía a la institución civil del Mandato, o, más aún, sobre el principio general del Derecho del enriquecimiento injusto de la Administración que puede plantear dificultades en su hipotética aplicación.

IV

Realizados los anteriores análisis, tanto de supuestos generales del tema de resarcimiento de daños por la Administración, como de los supuestos concretos producidos en la tramitación previa a la Propuesta de Resolución, que es el objetivo específico sobre el que debe recaer el dictamen de este Consejo Consultivo, estamos en condiciones de calificar su texto.

1. Respecto a los Resultandos, cabe observar que, en el primero se recoge en síntesis la declaración unilateral del funcionario sin ninguna comprobación de los hechos y circunstancias concretas. Adolece, por tanto, de las mismas características que advertíamos en el Fundamento I. Especial importancia tiene el reconocimiento por la parte reclamante de "fallar los frenos del vehículo".

En el segundo Resultando se incluye una calificación "habiéndose precisado la reparación" que no concuerda bien con los datos obrantes en el expediente aportado al Consejo. En primer lugar porque de su lectura podría dar la impresión de que la Administración efectuó alguna pericia, cuando, por el contenido, hay que tener que sobrentender la aceptación de una factura proforma presentada por el solicitante. Hay que advertir además que en el expediente aparecen dos, con diferente cuantía, según observamos en el Fundamento I.

En el tercer Resultando se alude a los informes positivos del Director General de Justicia, en el que se recoge una expresión "era de justicia" carente en sus propios términos de adecuado fundamento.

Finalmente, si se tiene en cuenta que la línea de exposición de los Resultandos sigue la descripción de los sucesivos eventos de la propia tramitación del expediente, se ignora el documento aprobado por la Consejería de Hacienda.

2. La Propuesta de Resolución comprende dos Considerandos. En el segundo, después de citar una normativa posterior al supuesto, se valora en abstracto como "un reconocimiento reglamentario de una situación de hecho merecedora de protección por el ordenamiento jurídico". Por su ordenación sistemática parece que podría entenderse, a lo más, como un complemento al anterior Considerando, puesto que no alude a otra categoría jurídica.

Por tanto, el Considerando decisivo, que centra la fundamentación jurídica de la Propuesta de Resoluciones el primero en el que expresamente se califica el modelo de indemnización económica por daños patrimoniales a particulares, y es criterio constante de la doctrina y jurisprudencia elaborada en torno al art. 40 de la LRJAE, 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa y 106.2, CE, expresamente citados en la Propuesta de Resolución. Las diferencias de fundamentación jurídica entre los dos modelos de la institución de resarcimiento de daños, así como los requisitos, condicionamientos y consiguiente tramitación fueron analizados en el Fundamento II y III.

C O N C L U S I O N E S

1. Los hechos en que se basa la Propuesta Resolución no aparecen acreditados de manera fehaciente y plena en el expediente analizado, conforme se indica en los Fundamentos I y IV. Tampoco se incluye el preceptivo informe de los Servicios Jurídicos acerca de la procedencia de la referida Resolución según se expresa en el Fundamento.

2. Asimismo se aprecia la errónea determinación del Derecho aplicable al no ajustarse la calificación jurídica que se deduce del expediente, a la fundamentación jurídica invocada, según se razona en los Fundamentos I, III y IV.