



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 56/1993

La Laguna, a 17 de noviembre de 1993.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *Propuesta de Resolución en expediente de indemnización por daños producidos con motivo de la ejecución de las obras de la carretera de Yaiza a Playa Blanca, en los cultivos propiedad de D.N.A., A.N.A. y J.N.A. (EXP. 61/1993 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

En este Dictamen se analizará la adecuación al Ordenamiento Jurídico de la Propuesta de Resolución que culmina el correspondiente expediente administrativo que documenta el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), abierto por la Consejería de Obras Públicas a requerimiento del particular que alega lesión en sus bienes por funcionamiento de Servicio Público. Que, concretamente, es el relativo a la construcción por la empresa titular de la pertinente contrata de la carretera que comunica Yaiza y Playa Blanca, siendo la antedicha Consejería competente en razón de la materia, al tratarse de una actuación de competencia autonómica y ser tal Departamento y su titular los órganos legalmente determinados para realizarla, incluidas las contrataciones, como la realizada en este supuesto.

Todo ello, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 29.12 y 13 del Estatuto de Autonomía (EACan), en la Ley autonómica 14/90, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias [cfr. artículo 29.1.k)] y en el Decreto 68/86, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la Consejería antes citada, así como en los artículos 4, 16 y 17 de la Ley autonómica 9/91, de Carreteras de Canarias y, siendo normativa aplicable, en cuanto básica o supletoria en su caso, la de los arts.

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

7, 19, 44 y 46 de la Ley de Contratos del Estado (LCE) y 19, 133 y 134 de su Reglamento (RCE); o bien, 12 de la Ley 25/88, de Carreteras, y 1, 2 y 4 de la Ley de Obras Públicas.

Por otro lado, la acción consultiva aquí realizada se lleva a cabo a solicitud, ciertamente preceptiva, de la Presidencia del Gobierno autonómico, en virtud de lo establecido en los artículos 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo, este último en relación con lo dispuesto en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/80, del Consejo de Estado.

II

1. Ante todo, bueno es recordar que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen legislativo en la necesaria indemnización al expropiado por actividades públicas efectuadas probadamente en interés general prevista en la Ley de Expropiación Forzosa, específica posibilidad de privación de derechos y su consecuencia contempladas en el artículo 33.3 de la Constitución (CE), estando regulado, en su concepción generalizada al funcionamiento de todo servicio público, y no a la mera actividad expropiatoria, en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE). Precepto éste que asimismo tuvo acogida en su parte esencial y determinante en la Norma constitucional (cfr. art. 106.2) y que ha sido lógicamente incorporado a la vigente Ley 30/92, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en sus artículos 139 a 143, aún cuando esta última normativa no pueda ser aplicable plenamente al supuesto que nos ocupa dada las fechas tanto de su producción como de entrada en vigor de aquella, según dispone la disposición transitoria segunda, punto 1, de la propia Ley 30/92.

Por demás, también conviene no olvidar que la referida responsabilidad, con subsiguiente obligación indemnizatoria, que tiene la Administración recibe la calificación de objetiva, en cuanto que le es exigible tanto funcione el servicio público del que sea titular aquella de modo normal, como lo haga de manera anormal. Es decir, no sólo cuando el daño se produce por culpa, en cualquiera de sus variables, de la Administración actuante, sino también cuando acontece sin tal culpa y actuando la correspondiente unidad administrativa sus funciones correctamente, sin perjuicio de que, en el primer caso, se exijan las responsabilidades funcionariales que sean procedentes en la forma jurídicamente determinada para ello.

Sin embargo, no siempre es jurídicamente exigible esa responsabilidad a la Administración, y obligado el pago de indemnización por ésta, pues no lo es en todo aquel supuesto que pueda ser calificable de fuerza mayor. Esto es, según la normativa aplicable antes citada, no responde la Administración actuante cuando el daño es consecuencia del funcionamiento de un servicio público, pero el hecho dañoso es ordinariamente imposible de prever o, aún siéndolo, ocurre de forma irresistible o no evitable en modo alguno por el órgano administrativo actuante pese a actuar debidamente y con máxima diligencia.

Y, desde luego, ha de existir nexo causal entre la lesión sufrida por el particular y el funcionamiento del servicio público, pues aquella debe ser consecuencia directa de tal funcionamiento, incluyendo éste todas las actividades legalmente determinadas como propias de o pertenecientes a aquél, razón por la que, cuando por algún motivo se rompa ese nexo, no sólo no puede serle exigida responsabilidad a la Administración, sino que no existe ésta, aunque pueda haberla de otro sujeto jurídico. Es decir, no responde el titular del servicio público cuando, pese a suceder el hecho dañoso dentro de o en relación con el funcionamiento de aquél, el daño no es consecuencia del mismo por la intervención del propio afectado o de un tercero, en incumplimiento de normas que les imponía acatar el Ordenamiento Jurídico, siempre que no existiera un especial o concreto deber de la Administración de evitar o controlar tal actuación, habida cuenta que el afectado sólo puede exigir indemnización por lesiones que, a la vista de las actuaciones acaecidas, no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con lo previsto en las normas aplicables al caso.

Finalmente, la reclamación del interesado, o sus causahabientes, debe cumplir los requisitos prevenidos legalmente para actuar la responsabilidad en cuestión y exigir indemnización, cuales son que el daño ha de ser efectivo, económicamente evaluable y relativo a un persona o grupo de personas, así como que el escrito que la formaliza debe ser presentado, ejercitándose así el correspondiente derecho del afectado, en el plazo previsto en la norma vigente aplicable, antes el artículo 40.3, LRJAE y ahora el artículo 142.4 y 5, LRJAP-PAC o el artículo 134, RCE.

2. En este orden de cosas, ha de advertirse en relación con la previsión legal de existencia en ciertas circunstancias de responsabilidad de la Administración, que es

evidente que por tratarse de una persona jurídica la imputable de la misma, ésta es siempre subjetiva por definición aunque sea calificada en aparente incongruencia de objetiva, lo cual acontece simplemente por el hecho, ya expresado, de que no es necesario que se produzca el daño por una actuación administrativa anormal o voluntariamente antijurídica para que aquella pueda ser exigida. Y que, en cualquier caso, es claro que la operatividad de esta figura o instituto en cada supuesto concreto conlleva o puede conllevar dos diferentes y continuadas actuaciones.

La primera, corresponde al particular afectado y consiste en el acto de exigencia de la responsabilidad de la Administración titular del servicio público en cuestión, formalizándose en un escrito de solicitud de indemnización por el daño sufrido, debiéndose cumplir por aquel los requisitos legalmente prevenidos al respecto, cumplimiento que puede, y ciertamente debe, controlar el órgano administrativo competente. Así, el reclamante debe ser, y demostrarlo adecuadamente, el titular del bien o derecho lesionado, o su representante debidamente apoderado, y la reclamación debe presentarse en el tiempo y en la forma que los preceptos antes citados establecen. Finalmente, el interesado debe demostrar tanto la efectiva existencia de lesión y su producción a consecuencia del funcionamiento de un servicio público, como la cuantía económica de aquélla, para lo cual, naturalmente, han de servir los medios aceptados ordinariamente en Derecho.

Más concretamente, habiéndose de admitir que funcionamiento del servicio no es una expresión de significado idéntico a prestación del mismo, con todo lo que ello comporta, pues aceptarlo conllevaría a constreñir la existencia de responsabilidad a los supuestos de anormalidad o antijuridicidad voluntaria, es indudable que incumbe al particular o a sus causahabientes, en el caso de tratarse de lesión sufrida en una carretera, probar a través de uno de los mencionados medios probatorios que ocurrió el hecho dañoso al actuarse cualquiera de los elementos relativos a este servicio público y que la lesión tiene cierto valor económico, pero siempre independientemente de que funcionara bien o mal, normal o anormalmente, el correspondiente servicio público o, si se prefiere, las unidades administrativas encargadas de prestarlo o hacerlo funcionar.

Pues bien, en lo que a la segunda de las precedentemente indicadas actuaciones respecta, resulta claro que, presentada la reclamación ante el Departamento de la Administración con competencia en la materia, ésta habrá de constatar, en principio

y como se ha indicado, el cumplimiento por la reclamación y el reclamante de los requisitos procedimentales de tiempo y forma de esta actuación. Y, a continuación, ha de comprobar si efectivamente se ha producido un hecho en el funcionamiento del servicio público aludido que ha producido el daño cuya indemnización se reclama en una determinada cuantía, estudiando la suficiencia o adecuación del medio probatorio del particular afectado. Y, sobre todo, tomando las medidas pertinentes sobre el particular, entre las cuales debieran incluirse no sólo los informes técnicos y peritajes que fuesen pertinentes, sino también los partes de actuación ordinaria de las unidades afectas al servicio durante el tiempo correspondiente al caso y los que sobre ello pudieran tener otras Administraciones con competencia para incidir en el referido funcionamiento, sea en este mismo o fuese en el bien que sirve de soporte al servicio público de referencia.

Todo ello, en cuanto que -bastando para hacer actuable la responsabilidad en cuestión la existencia de mero riesgo de daño en este contexto administrativizado-cumple a la Administración competente demostrar que no ha quedado probada en Derecho la existencia del hecho dañoso, o bien, que, aún ocurriendo ese hecho y aún produciéndose el daño en el ámbito del funcionamiento del servicio público, aquél no ha sido consecuencia de éste por acontecer el supuesto a causa de la conducta del propio titular del bien dañado, del afectado inmediatamente por el hecho o, en su caso, de un tercero, siempre que no concorra aquí una específica obligación administrativa de cuidado o vigilancia. Y, asimismo, debe hacerlo para probar que, pese a acontecer el hecho en el ámbito debido y ocurrir el daño a consecuencia del funcionamiento del servicio público, siendo éste perfectamente normal o no, no puede serle exigida responsabilidad a la Administración titular por haber fuerza mayor, cabiendo calificar de tal, según se ha expuesto, el hecho dañoso en cuanto imprevisible y/o, en todo caso, irresistible.

Al respecto, como ha de entenderse que indirectamente la legislación y la propia jurisprudencia acogen al limitar la exigibilidad de responsabilidad administrativa en relación el funcionamiento de los órganos, unidades o personal de la Administración en determinadas actuaciones englobadas o calificadas de servicios públicos por la Ley, procede apuntar que resulta no sólo lo más acorde con la Constitución y con el concepto y finalidad del instituto analizado, sino también lo más adecuado para la menos dificultosa y más eficaz solución práctica de esta problemática, el usar como

causa de inexigibilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración una idea amplia de fuerza mayor, comprensiva tanto de hechos no causados por voluntad humana, como de los provocados por ella, al menos en relación con tales actuaciones y funcionamiento.

Y ello, en cuanto que esta solución parece desde luego jurídicamente preferible a la que supondría utilizar rebuscadamente una idea de posible quiebra del nexo causal entre lesión ocurrida y funcionamiento del servicio público por actos de terceros o de la propia Administración sustentada, con no poco esfuerzo, en criterios meramente casuísticos, voluntaristas, economicistas y parciales, todos ellos de dudosa constitucionalidad en letra y en espíritu (cfr. artículos 33.3, 106.2 y 103.1, CE). Y, además, generadores de consecuencias no menos inconstitucionales e ilegales, tales como que difícilmente existirá de hecho responsabilidad de la Administración más que cuando se produzca un funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se invierta en realidad la asunción del riesgo que ha de corresponder en esta materia a la Administración y no a los usuarios, o que resulte en definitiva perjudicado el particular lesionado que no tiene culpa alguna de lo que le ha pasado y que ha procedido con escrupuloso cumplimiento de la normativa aplicable.

En cualquier caso, lo anterior no obsta para concluir, como seguramente parece obligado admitir, que, sin perjuicio de los principios, reglas y proposiciones antes explicitados, su aplicación en orden a determinar la exigibilidad o no de la responsabilidad estudiada ha de hacerse en función del supuesto concreto del que se trata, resolviéndose la exigencia de la misma caso por caso, pero sin confundir nunca la responsabilidad administrativa con la privada en este contexto y sin sustituir sin más la primera por la segunda, ni siquiera por mor de la intervención en el hecho dañoso del propio interesado o de otro particular usuario o no del servicio actuante.

III

1. En el supuesto que se dictamina, en principio ha de señalarse que de los documentos obrantes en el expediente cabe decir que se cumplen los requisitos formales y temporales de reclamación prevenidos por la normativa aplicable, especialmente en la LCE y su Reglamento, incluido el derecho a actuar del reclamante. Y también queda demostrada la existencia en los hechos del funcionamiento de un servicio público, la construcción de una carretera; de la producción de un hecho dañoso, la incidencia continuada y no evitada del polvo o

materiales generados por tal construcción en las vides de la finca que ésta atraviesa; y de la conexión entre el daño, pérdida de la cosecha de uvas e imposibilidad subsiguiente de su venta para la fabricación de vino, y el antedicho funcionamiento.

Además, al parecer la Administración, a través de las unidades pertinentes de la Consejería de Obras Públicas como órgano competente, ha verificado debidamente el cumplimiento de las antes mencionadas circunstancias, y no consta, ni cabe suponer que así ocurriera, que el daño causado por el contratista administrativo, del que éste es de entrada responsable, se produjera al actuar aquél en cumplimiento inmediato de una orden directa de la Administración o de que aconteciera por un vicio del correspondiente Proyecto de la obra a realizar.

Sin embargo, sobre este punto aparece una cierta duda al indicarse en el Informe del Servicio Jurídico del Gobierno, el cual -no obstante, es favorable al reconocimiento de responsabilidad de la Administración en este caso- indica que el daño se produce a consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público actuado, lo que podría hacer pensar que pudo existir la referida orden o que pudo haber algún vicio en el Proyecto. Pero, en realidad, el funcionamiento ha sido perfectamente normal según la documentación disponible, en particular cuando se entiende aquél de acuerdo con lo contemplado en la regulación que ordena este asunto, incluida lógicamente la contractual.

Por ello, la cuestión seguramente procede de la posible confusión en el referido Informe entre los riesgos y obligaciones que la LCE y su Reglamento imponen al contratista de obras, como es el que aquí construye una carretera considerada legalmente obra pública, y el funcionamiento del servicio, que puede ser normal, cosa que en este supuesto parece ocurrir. Así, sin necesidad de que aquél pueda ser calificado forzosamente de anormal y estándose con normalidad produciendo, el titular de la contrata responde de los perjuicios causados al ejecutar la obra contratada, en los términos prevenidos en los arts. 44 y 46, LCE y 132, 133 y, especialmente, 134 del Reglamento.

A lo que, ciertamente, no obsta, de existir realmente un funcionamiento en efecto anormal del servicio público -consistente tanto en actuación administrativa defectuosa o culposa, como en conducta asimismo antijurídica del contratista en la ejecución del contrato- que la Administración titular deba, sin perjuicio de lo que

corresponda en relación con su responsabilidad patrimonial estudiada según lo antes explicitado, intervenir para reprimir tal circunstancia en la forma debida en Derecho.

2. Por otra parte, cabe decir que, seguramente, el órgano competente en esta materia pudo, y debió, actuar con mayor diligencia ante la presentación de la reclamación del afectado, e incluso podría decirse que con anterioridad a que ello ocurriera. En este sentido, ha de hacerse notar que el propietario de la finca dañada había advertido, cuando fue parcialmente expropiado para facilitar terrenos en orden a la construcción de la carretera, que aquella se encontraba en producción y que debían adoptarse medidas para evitar que se perjudicase la cosecha en la parte no expropiada a causa de la realización de las obras. Circunstancia ésta de probable aparición de utilizarse medios para ello como los que se utilizaron, los cuales no fueron comprobados por cierto aunque el afectado indicó en su momento que tal cosa podía perfectamente hacerse, cualquiera que fuese su composición, dadas las características físicas y climáticas del lugar. Y ello, aún cuando tales medidas hubieran de ser puestas en práctica por el contratista y pese a que éste no alega nada sobre esta cuestión para eludir o matizar su obligación indemnizatoria.

Por otra parte, es cuando menos poco afortunado no sólo carecer de técnico que pudiese analizar el contenido de tal carácter de la reclamación, por demás lo antes posible habida cuenta de la naturaleza del bien lesionado, sino que se contratase a un particular para que hiciera su peritaje en forma manifiestamente intempestiva tanto por el tiempo transcurrido entre la realización del hecho y del estudio, como por el pasado entre éste y el del perito contratado por el particular. Independientemente, por supuesto, de que el contratista también tenía posibilidad de actuar con su perito en este punto y no parece haberlo hecho.

En relación con lo antedicho, es claro que no puede el segundo peritaje obtenido eliminar o poner en duda, cosa que ni siquiera hace textualmente, la existencia del hecho dañoso, de la lesión producida y de la conexión de ésta con la construcción de la carretera y, por ende, del funcionamiento del correspondiente servicio público en principio normal, no cabiendo afirmar con base en él que existe rotura del nexo causal lesión-funcionamiento por actuación del interesado, inexigibilidad de responsabilidad administrativa por fuerza mayor o no obligación a indemnizar del contratista por defectuosa actuación de la Administración titular del servicio. Pero es que resulta obvio que nunca o difícilmente podría hacerlo en todo caso, porque

siendo el bien dañado uvas no recolectadas, el daño y la reclamación indemnizatoria se produjeron en el verano de 1992 y el informe se evacuó en mayo de 1993, no teniendo tampoco por ello determinante relevancia sus observaciones sobre el estado de la finca en ese justo momento.

En esta línea argumental, tampoco puede entenderse totalmente decisivo el peritaje del particular, realizado bien entrado el otoño de 1992. Pero, además de que a la vista del expediente es evidente que difícilmente pudo emitirse antes, aquél sin embargo sirve para constatar, sin contradicción por el técnico de la Administración o alegación de ese carácter del contratista, que se cumplen los requisitos legales para la exigibilidad de responsabilidad por el funcionamiento del servicio público, aquí a cargo legalmente del mencionado contratista, y que las cepas no estaban en condiciones de producir uvas aptas para elaborar vino o para consumo y que las habidas en verano hubieron de ser cortadas y desechadas para evitar perjuicios a las plantas por descomposición, extremos éstos que siempre pudo la Administración comprobar.

Finalmente, ha de hacerse notar que aparece cierta disparidad acerca de la productividad de la zona afectada de la finca entre ambos peritajes, de lo que se deduce una diferencia entre el *quantum* indemnizatorio solicitado por el reclamante y el determinado por la Administración. Así, aún aceptando como cierto que el precio de la uva para vino en 1992 era de 85 pesetas el kilo y no de 95, la diferencia persiste al determinar el primero una producción afectada de 6.000 kilos y el segundo de 3.750 kilos, variación bastante considerable en verdad.

En este sentido, ha de advertirse que la Administración puede sin duda entender como pertinente en este extremo el informe del técnico por ella designado, pero, dado que el supuesto no está sometido a la disciplina de normas del Derecho Civil, sino del Administrativo, y habida cuenta la naturaleza del instituto concernido y la finalidad de su previsión y actuación, no siendo aceptable en todo caso un injusto enriquecimiento administrativo o del contratista a costa del perjudicado por el funcionamiento de un servicio público, no estaría en absoluto fundado que resolviera determinando una indemnización sobre la base del error o la supuesta conformidad, se dice que tácita en la Propuesta de Resolución dictaminada, del particular lesionado. No puede olvidarse en este sentido que tanto éste como el propio

contratista tienen atribuidos legalmente un medio procesal para defender sus derechos e intereses en este supuesto, ejercitable de entender contraria a éstos la definitiva Resolución del órgano de contratación, interponiendo recurso contra ella ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. artículo 134, tercer párrafo *in fine*, RCE).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo es conforme a Derecho, debiendo en consecuencia indemnizarse a los perjudicados, por parte de la empresa G.N.C., S.A., en los términos que se expresan en el Fundamento III del Dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado.