



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 / 1 9 9 4

La Laguna, a 5 de abril de 1994.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con *la reclamación de cantidad formulada por R.A., Compañía de Seguros y Reaseguros, por el accidente ocurrido a J.C.V., en el Jardín de Aclimatación de La Orotava (EXP. 6/1994 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

A consulta preceptiva del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, se interesa de este Organismo su parecer en relación con la adecuación de la Propuesta de Resolución formulada en el expediente de indemnización por daños sufridos en el Jardín de Aclimatación de la Orotava, adscrito al Servicio de investigación agraria, incoado por la Consejería de Agricultura y Pesca, a la legislación que resulte de aplicación, constituida, fundamentalmente, por la Ley 4/84, de 6 de julio, de este Consejo; la Ley Orgánica 3/1980, de 23 de abril, del Consejo de Estado, la Ley y el Reglamento de Expropiación Forzosa, así como las Leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Procedimiento Administrativo.

II

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen concluye un procedimiento, iniciado el 22 de julio de 1992, de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. La naturaleza de dicha Propuesta de Resolución determina la competencia del Consejo Consultivo para emitir el presente Dictamen y la legitimación del Excmo. Sr.

* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

Presidente del Gobierno para recabarlo, según resulta, para la primera, del art. 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación con los arts. 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE) y 134.3 del Reglamento de Expropiación Forzosa (RExF); y para la segunda del art. 11.1 de la Ley 4/94.

La fecha de iniciación del procedimiento determina que su tramitación se regule por los arts. 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), 134 al 138 del RExF, 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), y, supletoriamente, por la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) según el art. 1.2 y disposición final 1ª.3 de esta última en relación con el Decreto de 10 de octubre de 1958, ya que éste es el Derecho procedimental aplicable según las disposiciones adicional 3ª y transitoria 2ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) en relación con la disposición transitoria del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP). La aplicación de esta regulación estatal es impuesta por el art. 33.1 de la Ley territorial 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC) en relación con el art. 149.1.18º de la Constitución (CE) y el art. 32.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EACan).

III

El procedimiento se inicia por el escrito que la compañía de seguros R.A. presenta en la Consejería de Agricultura y Pesca solicitando el resarcimiento de la asistencia prestada a J.C.V. como consecuencia del accidente sufrido por éste el día 7 de enero de 1992, al caerle una rama de árbol mientras visitaba el Jardín de Aclimatación de La Orotava que le produjo lesiones en la región parietal derecha.

En relación con la legitimación del reclamante, la compañía de seguros -cuya asistencia había sido contratada por la agencia u operador turístico T. para paquetes turísticos organizados por ella- actúa en subrogación de J.C.V., tal como manifiesta en su solicitud, subrogación operada al amparo del art. 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

El Informe del Servicio Jurídico repara a la legitimación de la reclamante su falta de acreditación, por no constar que el accidentado y su acompañante viajaran en un

"paquete turístico organizado por el tomador de la póliza" a los efectos de acreditar la condición de asegurado del sujeto con derecho a indemnización, y en el mismo sentido se expresa la Propuesta de Resolución objeto del Dictamen requerido. Ahora bien, debe hacerse constar que en ningún momento anterior a la emisión del Informe antes mencionado se cuestionó por la Administración actuante la legitimación de la reclamante puesto que si bien fue ésta requerida para que aportara "los documentos justificativos de su relación con el asegurado (póliza de seguro)", indicándose por R.A. que se trataba de un "seguro de grupo contratado por el tomador T., S.A., para toda persona que viaje con un paquete turístico organizado por el tomador, siempre y cuando incluya viaje y estancia", sin embargo nada se objetó a la falta de concreción de la relación de J.C.V. con T. Antes bien, en un nuevo requerimiento por parte de la Administración solamente se insta a la compañía aseguradora para que aporte las condiciones generales de la póliza de seguro y, finalmente, una vez emitido el Informe del Servicio Jurídico con el reparo señalado, tampoco se le requirió para que acreditara tal extremo. Y si bien consta en el expediente la apertura del trámite de audiencia, en el que la interesada podría haber alegado lo que estimara de interés, sin embargo no consta la pertinente y necesaria notificación de tal trámite -como sí aparecen debidamente notificados otros trámites- ni su cumplimiento.

Por lo demás, sí consta acreditado que la compañía aseguradora efectuó los pagos cuyo resarcimiento solicita, resultando por tanto esa subrogación, caso de estimarse la responsabilidad de la Administración, título suficiente. Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 43.579, de 8 de octubre de 1981, "habiéndose probado en el expediente que la reparación de los daños ocasionados ha sido pagada por esa Compañía, la subrogación en el pago es título suficiente para legitimar a ésta en el expediente indemnizatorio", dado que "el solicitante es el afectado en su esfera patrimonial por el acto dañoso".

La titularidad del bien al que se imputa la causación del daño corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, conforme al art. 29.3 EACan, en relación con el Decreto 3.415/83, de 28 de diciembre, sobre traspasos de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de investigación agraria.

El órgano competente para dictar la Resolución propuesta es el Consejero de Agricultura y Pesca (arts. 27.2 LRJAPC; 49.1 Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la

Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma; 40.3 LRJAE y 134.1 RExF). La forma de Orden Departamental es la que impone el art. 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y Administración Pública de la Comunidad Autónoma.

La reclamación de indemnización se ha interpuesto dentro del plazo de un año que establecía el art. 40.3 LRJAE, por lo que procede resolver sobre el fondo.

IV

1. Del expediente incoado resulta que el accidente se produjo el día 7 de enero de 1992, sobre las 16,25 horas, en el Jardín de Aclimatación de la Orotava debido a la "rotura de una rama de un árbol de caucho que cayó sobre J.C.V., produciéndole una herida importante en la región parietal derecha", según manifiesta en su informe preliminar el Director del Centro de Investigación y Tecnología Agrarias, al que se encuentra adscrito el mencionado Jardín. En este mismo informe se establece como causa probable de la caída de la rama una racha de viento de 57,6 km/h.

Para la determinación de la obligación de indemnizar que, en su caso, corresponde a la Administración debe tenerse en cuenta que el instituto de la responsabilidad patrimonial en este ámbito, con fundamento en el art. 106.2 CE, se configura como una responsabilidad directa y objetiva, cubriendo tanto los daños ilegítimos que sean consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, como los causados involuntariamente y los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios públicos, abarcando hechos que, aunque insólitos, tienen lugar dentro de las virtualidades propias que encierra el funcionamiento de esa actividad o servicio, a pesar de ser independientes del actuar del órgano administrativo y de ser imposibles de evitar empleando la máxima diligencia (caso fortuito). Sólo en aquellos casos de acontecimientos extraños y exteriores al funcionamiento del servicio público, absolutamente imprevisibles en el seno de éste, no existe responsabilidad patrimonial de la Administración (fuerza mayor).

La Propuesta de Resolución considera que concurre causa de fuerza mayor, eximente de responsabilidad, por considerar que "la caída de la rama se debió a una racha de viento de carácter excepcional y de una intensidad anormal, sin que, por otra parte, la rama se encontrase en mal estado, por lo que el órgano público encargado de su conservación no se encontraba obligado a la adopción de medidas

para la evitación de un mal que no era previsible". Sin embargo, si bien el viento resulta claramente una causa ajena al servicio, por lo demás inevitable, en el presente expediente no puede mantenerse que el daño causado no era previsible por varias razones:

- Puede considerarse como uno de los riesgos probables en un jardín de las características del que aquí concurre la caída de ramas en caso de viento.

- La Administración, a quien resulta imputable la carga referente a la existencia de fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración (SSTS 16 de septiembre de 1983, 25 de septiembre de 1984, 14 de julio de 1986 y 17 de febrero de 1989), no acredita que la fuerza del viento tuviese carácter excepcional, pues el informe técnico sobre este extremo indica que " es imposible establecer parámetros definitorios, dado que estos vientos racheados e irregulares se producen en cualquier época del año y sin una posibilidad cierta de previsión, al menos en el nivel de conocimiento que se tiene en este Centro" .

- En relación con la diligencia exigible, debe tenerse en cuenta que este mismo informe, así como el emitido con carácter provisional al día siguiente de ocurrido el accidente, señala que el incremento de la velocidad del viento se produjo a partir de las 15,15 horas (25 km/h). Igualmente, en informe emitido por el Técnico de Conservación del Jardín se hace constar que en la mañana del 7 de enero de 1992 se produce de forma puntual alguna racha de viento que provoca la caída de hojas secas pero no se observa que exista riesgo de caída de ramas y, por lo tanto, de posibles accidentes y que, de todas formas, se advierte al personal de guardia de esa tarde que en caso de un empeoramiento de la situación proceda al desalojo y cierre de las instalaciones.

Estos informes ponen de manifiesto que la situación de riesgo se había creado con antelación a la producción del accidente, sin que se procediera al desalojo de los visitantes del Jardín hasta después de acaecido el mismo. Por tanto, la inevitabilidad que caracteriza y define la eximente de fuerza mayor no puede resultar de apreciación, pues la Administración disponía de medios para comprobar el empeoramiento de las condiciones climatológicas, de evidentes repercusiones en el funcionamiento del servicio.

2. En relación con la acreditación de los gastos efectuados por la compañía aseguradora, la Propuesta de Resolución entiende que no se han acreditado debidamente los honorarios médicos por la asistencia al accidentado durante el traslado a su Comunidad de origen por no reunir la factura las condiciones de validez, al carecer de firma del facultativo. En un primer momento, la entidad reclamante presentó una simple fotocopia de la factura presentada, en la que consta la firma exigida, y a la que se acompañan los recibos de los gastos justificables. Requerida para que aportase el original o la fotocopia compulsada, envía un documento sin firma en el que se hace constar la factura presentada y, finalmente, tras un nuevo requerimiento por parte de la Administración, se remite un copia del cheque expedido a favor del facultativo por importe coincidente con la factura inicialmente presentada, así como un certificado emitido por la entidad bancaria en el que se acredita el pago del mismo. Igualmente, se acompaña copia del informe médico, debidamente firmado, de la evacuación sanitaria del accidentado. Por todo ello, puede afirmarse que constan en el expediente datos suficientes que permiten considerar acreditado el pago de los honorarios debidos.

C O N C L U S I Ó N

Procede la declaración de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento del servicio dependiente de la Consejería de Agricultura, sin que pueda estimarse que el evento causado tuvo lugar por un hecho extraño, imprevisible e inevitable, tal como se expresa en el Fundamento IV.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 9/1994, ACERCA DE LA RECLAMACIÓN DE CANTIDAD FORMULADA POR R.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, POR EL ACCIDENTE OCURRIDO A J.C.V. EN EL JARDÍN DE ACLIMATACIÓN DE LA OROTAVA, EXPEDIENTE 6/1994 ID.

Mi discrepancia del voto mayoritario se plasma en los siguientes extremos:

I

1. Antes de proceder a la realización del específico análisis del asunto en cuestión, se entiende necesario precisar cuales son las características técnicas y

teleológicas del mismo, habida cuenta que, aún cuando en general son las propias de la función institucional estatutaria y legalmente asignada a este Organismo (cfr. artículos 43, EAC y 1.1, LCC), tienen el matiz objetivo que inevitablemente deviene de la particular naturaleza del asunto a dictaminar. Y ello, porque dichas características y sus consecuencias deben reflejarse en la opinión que, formalizada en el correspondiente Dictamen, emitirá aquél sobre tal asunto.

Pues bien, en principio ha de reiterarse que, según disponen los artículos 3.2, LCC y 4 de su Reglamento, el Consejo Consultivo ha de actuar con estricto fundamento en el Ordenamiento Jurídico, sin apoyarse en valoraciones de oportunidad o conveniencia, ni realizar o expresar tales valoraciones. Y, sobre este presupuesto, el objetivo de su función es determinar técnico-jurídicamente la adecuación a la normativa vigente aplicable de una Propuesta de Acto Administrativo, en forma de Orden o de Resolución, que, en la materia conocida y dentro del expediente instruido, se somete a la consideración del titular del órgano administrativo competente por elementos orgánicos de este mismo. Esto es, con todo lo que ello comporta y conlleva, la intervención al respecto de este Organismo es funcionalmente externa a la actuación administrativa del órgano en cuestión e incluso, dada la naturaleza estatutaria y legal del Consejo Consultivo de la CAC, es adecuado que así sea porque éste es un Organismo organizativa e institucionalmente externo tanto a la Administración actuante como al propio Ejecutivo en el que ésta se integra.

Consecuentemente, el Consejo Consultivo no puede pronunciarse sobre lo conveniente u oportuna que resulta ser la actuación administrativa, ni tampoco puede en puridad recomendar la conveniencia u oportunidad de realizar determinadas actividades por el órgano actuante. Es más, propiamente no cabe su análisis sobre los distintos trámites o actos documentados en el expediente de modo independiente de la Propuesta de Resolución que en ese momento lo culmina y, lo que es determinante, no es el objeto de su función ni la finalidad de ésta y no se compadece con la propia naturaleza de este Organismo el que éste determine la procedencia o cuantía de la indemnización reclamada por el particular a la Administración competente o aún decida la existencia o no de responsabilidad de ésta.

En otras palabras, el Consejo Consultivo debe centrarse en analizar si la Propuesta en cuestión, tanto su parte dispositiva como, en cuanto la fundamenten o determinen, sus considerandos y resultados, se ajusta a Derecho, advirtiéndolo al órgano decisor en cuyo seno se produce aquélla a los efectos oportunos, porque su actuación, en cualquiera que fuese el ámbito en que legalmente debe o puede producirse, tiene su propio carácter y finalidad. Es decir, no puede confundirse o asimilarse aquélla con la específicamente asesora o aún menos con la estrictamente decisoria o jurisdiccional, de orden administrativo o, es obvio, judicial. Y, concretamente, no puede intervenir en el procedimiento con el propósito de emanar una decisión, igual o distinta que la contenida en la Propuesta incorporada en el expediente y que analiza, de manera que, siendo ambas decisiones provisionales y no vinculantes, el órgano actuante "elige" cual de ellas en definitiva tomar. Evidentemente, tal cosa no puede admitirse no ya por razones de naturaleza y fin de la función consultiva, sino porque, en realidad, el órgano actuante es el decisor y es técnicamente el autor de la única decisión que puede tomarse, la cual ha de someter a este Organismo para conocer exclusivamente su opinión sobre la adecuación jurídica de la inicial formalización de tal decisión, y, a la vista de dicho parecer, mantenerla o no.

Lo que no se contradice en absoluto con el hecho de que, en esta materia, aunque la previsión legal de la necesaria intervención en el procedimiento de actuación administrativa de un Organismo como el Consejo Consultivo, que ha de realizar una función como la prevenida y determinada en sus diversos elementos estatutaria y legalmente, es cierto que busca lograr una cierta garantía del jurídicamente ajustado funcionamiento de la Administración, lo que debe redundar positivamente en el interés general a procurar y proteger por ella al deber ser aquél entonces más eficiente y eficaz, no lo es menos que pretende incorporar, significativamente, un fundamental elemento de garantía jurídica para el administrado particularmente afectado o interesado por dicha actuación.

Circunstancia que, en este contexto, es totalmente coherente con la existencia misma del instituto de la responsabilidad administrativa y, por ende, con el reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos que es esencial en nuestro Estado de Derecho y que, evidentemente, explica las particulares características del Organismo consultivo y de su función preceptuadas en la legislación aplicable. Máxime cuando se recuerda que aquí la Administración es parte

y, al tiempo, juez y que, sin embargo, su actuación decisoria ha de hacerse en beneficio público, que no es el suyo como parte, ni tampoco el que arbitrariamente considere que ha de ser en cada caso, sino que es precisamente el contemplado y protegido en las normas reguladoras vigentes y aplicables.

2. Por otro lado, en la determinación del ámbito de actividad pública afectado y de la eventual exigencia subsiguiente de responsabilidad administrativa o, si se prefiere, de existencia de un derecho reclamatorio del particular y un deber indemnizatorio de la Administración competente, debe evitarse la confusión sin mas entre el funcionamiento del servicio público correspondiente, aquí de carreteras o de comunicación por esta vía, y la actuación del órgano administrativo con competencias en esta materia.

En efecto, al respecto ha de advertirse que la responsabilidad administrativa está inmediatamente ligada al funcionamiento del servicio público conceptualmente determinado y normativamente establecido; esto es, a la realización de una actividad sujeta al Derecho Público y planeada, controlada, dirigida y garantizada por la Administración de acuerdo con sus específicas normas reguladoras en interés general, empezando por el de los usuarios, sin importar que tal funcionamiento sea normal o no. Por ello, es claro que la asimilación indiscriminada antedicha no puede sostenerse porque, en la práctica, sólo cabría exigir esa responsabilidad y reclamar el cumplimiento del correspondiente deber cuando sea anormal no ya el funcionamiento del servicio público, sino el del órgano administrativo competente para prestarlo, o bien, porque difícilmente podría haber efectivamente exigencia o reclamación cuando ese funcionamiento, no del servicio público sino del órgano administrativo, fuese normal.

En realidad, este defecto es mera consecuencia de una errónea conexión de orden esencial e inescindible entre el funcionamiento anormal del servicio y la actuación administrativa indebida por cualquier razón, como dolo, culpa o negligencia. Pues, aunque generalmente el funcionamiento anormal del servicio público sea debido a una conducta dolosa, culposa o negligente del órgano, tanto de su titular o titulares como del personal a su servicio, ésto no tiene que ser de ese modo forzosamente, siendo particularmente evidente que, pese a actuarse administrativamente de modo conforme a Derecho, el funcionamiento del servicio

puede ser normal pero también anormal y, en ambos casos, puede haber la responsabilidad administrativa por daños ocurridos y el subsiguiente deber indemnizatorio de la Administración.

Así, la cuestión es que puede ser exigible esta responsabilidad en cuanto un servicio público está prestándose, en su contenido o elementos según su propia normativa ordenadora, siendo al respecto irrelevante que la Administración competente para prestarlo y garantizar su realización actúe de modo jurídicamente ajustado o no. Y ello, porque únicamente queda excusada de su deber indemnizatorio en supuestos de fuerza mayor o de responsabilidad del perjudicado, tanto por su conducta antijurídica como por asunción del específico riesgo del funcionamiento de ciertos servicios públicos comporta y conlleva, o bien, de intervención de un tercero, siempre que éste fuese efectivamente el causante único del daño ocasionado porque entonces éste no sería producido por el funcionamiento del servicio público.

En este punto es pertinente recordar que estando bien diferenciada del caso fortuito, supuesto que no exonera a la Administración de su responsabilidad y que puede perfectamente haber en el funcionamiento normal del servicio pero también generar la anormalidad del mismo, la fuerza mayor se concibe como un supuesto de hecho productor de daño de una naturaleza o característica tal que, siendo imprevisible o aún previsible su causa o realización, ésta resulta de producción irresistible y, por tanto, son inevitables totalmente sus consecuencias lesivas. Hecho este que, aunque necesariamente ajeno al funcionamiento del servicio público, se produce durante su realización y en el ámbito propio de éste, razón por la que se dice expresamente en la norma aplicable que en casos de esta índole la Administración queda excusada de su deber indemnizatorio, aunque no se exija en modo alguno que la fuerza mayor venga forzosamente aparejada o motivada por un fenómeno natural, con la consecuencia que después se indicará.

En esta línea, y como antes se ha apuntado, el Tribunal Supremo (TS) o el propio Consejo de Estado han sostenido, aunque a veces en decisiones contradictorias o técnicamente discutibles que contribuyen a conformar una doctrina al respecto algo oscilante, que el referido nexo de causalidad que en este asunto ha de existir puede romperse, eximiendo a la Administración de su responsabilidad, por intervención de un tercero. Sin embargo, la aplicación incondicionada o absoluta de este motivo de exoneración no es admisible, en función tanto de una adecuada interpretación de la

normativa que disciplina esta materia como de la doctrina emanada justamente por los antedichos órganos en otros casos.

Así, como el nexo de causa a efecto ha de producirse entre daño, y no exactamente hecho dañoso, y funcionamiento del servicio, con la significativa utilización por la norma constitucional y, de conformidad con ella, por la legal de la expresión "consecuencia" y no "causa", no puede aceptarse que se haga siempre recaer total y plenamente el riesgo de ese funcionamiento sobre el usuario. Por el contrario, es claro que, según dispongan las reglas de cada servicio, ese riesgo ha de asumirlo la Administración en considerable medida, aún cuando su responsabilidad no pueda ser calificada de objetiva con absoluta propiedad, de forma que el particular lesionado tan sólo tendría el deber de soportar el daño cuando el hecho dañoso pueda serle imputado a él de alguna manera. Por demás, al respecto ha de tenerse presente no sólo la obvia posible existencia de corresponsabilidad de las Administraciones con facultades concurrentes para intervenir en el ámbito donde se produce el hecho dañoso, coincidiendo quizá la prestación de diferentes actividades o servicios públicos, o de alguna de ellas y de un tercero o del propio afectado, sino la no menos evidente ausencia de quiebra del nexo cuando se disponga legalmente que forma parte del servicio un concreto, particular o especial deber de vigilancia o control de la Administración actuante.

En fin, la decisión que sobre este particular se tome ha de compadecerse con el fundamento teleológico del establecimiento del instituto analizado, entendido como mecanismo de resarcimiento económico al particular, usuario o no, del daño sufrido al realizarse una determinada actividad pública. Objetivo que no podría alcanzarse cuando, sin matización o límite alguno y sin que pueda hacerse reproche alguno a su comportamiento, se obligase al lesionado a dirigirse exclusivamente contra ese tercero como único responsable del daño, sin perjuicio de que, judicialmente, se le pueda exigir al mismo la oportuna responsabilidad penal con eventual consecuencia civil. Por ello, esta posibilidad no puede ser compartida, en el contexto estrictamente administrativo, máxime cuando siempre la Administración repete contra el culpable.

Y distinto sería aceptar la solución del problema de responsabilidad administrativa aquí planteado en determinados supuestos de daños en el

funcionamiento de servicios públicos mediante la aplicación del concepto de fuerza mayor, siendo tal solución no sólo conceptualmente admisible, sino perfectamente ajustada al Derecho regulador del instituto de referencia y respetuosa de la razón de ser de éste. En cualquier caso, en relación con el funcionamiento del concreto servicio de carreteras y respecto a las típicas colisiones circulatorias o eventos similares, es evidente que, si no pudieran ser entendidas como supuestos de fuerza mayor, aquí concurre una determinante asunción del riesgo por los usuarios y parece poco discutible sostener que no son consecuencia del estricto funcionamiento de dicho servicio.

3. En otro orden de cosas, conviene precisar que, aún admitiéndose que en esta materia y en este contexto fuese aplicable, algo que pudiera ser discutible por la naturaleza de una y de otro, el artículo 1214 del Código Civil (CC) al afectado, en realidad resulta que sólo puede exigírsele que demuestre los aspectos o elementos del daño mencionados en la norma reguladora de la responsabilidad administrativa, así como que facilite indicios razonables de que el hecho que lo genera se ha producido en el ámbito del funcionamiento de un servicio público y durante su realización.

Así, aunque ciertamente convenga a sus intereses, al favorecer en ésta o en ulterior instancia jurisdiccional su pretensión de indemnización, la presentación de otras pruebas, en ningún caso es legalmente obligatorio al particular presentarlas para que se estime su reclamación o, al menos, para evitar que ésta le sea rechazada de plano. Y, desde luego, no cabe sostener que debe por definición demostrar que no es culpable del daño, produciéndose el hecho lesivo por su conducta antijurídica, penal o no, incluyendo negligencia o imprudencia y cualquier vulneración de la normativa circulatoria o reguladora del servicio, ni tampoco que el hecho dañoso se produjo por causa ajena a su voluntad.

Antes bien, sin perjuicio de su facultad, no ejercitable irrazonable o arbitrariamente por cierto, de valorar la certeza o procedencia de las declaraciones o documentos demostrativos presentados por el particular que reclama, es precisamente la Administración la que, en función del carácter objetivo no ya obviamente de su responsabilidad sino de la causa de ésta, ha de probar que no existe deber indemnizatorio porque, pese a ocurrir el daño en el funcionamiento de un servicio público, el supuesto es calificable de fuerza mayor, se ha producido por

conducta antijurídica del afectado o se ha generado a causa totalmente de acto de tercero, siendo ella también la que, además de producir la audiencia del interesado para que alegue en el procedimiento lo que estime pertinente, debe advertir a aquél de eventuales defectos en su solicitud y, en su caso, resolver la apertura del oportuno trámite probatorio, según dispone expresamente la regulación aplicable en esta materia ya conocida. Y, por supuesto, en absoluto puede rechazar la pertinencia de la reclamación en base a meras especulaciones o juicios valorativos, simples opiniones en contrario o fútiles manifestaciones de que el escrito de reclamación no incluye prueba suficiente o que ésta sin más es falsa.

Por último, procede advertir que sin duda es coherente con lo expresado que la legislación aplicable establezca que el particular que se considera afectado por haber sido supuestamente lesionado en alguno de sus bienes o derechos tenga, sin ulterior requisito u otra exigencia al respecto desde una perspectiva procedimental en general o estrictamente probatoria, un plazo de un año, a contar desde el día en el que se produjo el hecho dañoso, para presentar su reclamación. Tiempo en el que ha de entenderse que debe y puede obtener, sin cortapisa legal y menos aún lógicamente administrativa, además de la prueba no obvia o indispensable mencionada con anterioridad, efectuable a través de cualesquiera de los medios probatorios permitidos o reconocidos en Derecho, la demostración de cualesquiera circunstancias del hecho que apoyen su pretensión. Lo que, igualmente, es posible lograr tanto mediante testigos como con documentos o informes periciales privados o aún de la propia Administración, tanto la titular del servicio y responsable eventual del daño, como de cualquier otra que pueda intervenir concurrentemente en relación con el evento ocurrido en ejercicio de otras facultades legales.

II

1. El primer problema que se manifiesta en este supuesto se refiere a la legitimación del reclamante y solicitante de la indemnización a la Administración, que no es el particular directamente afectado, sino una persona jurídica, concretamente la sociedad aseguradora que, en función del correspondiente contrato, abonó previamente en aplicación de tal deber contractual los gastos generados por la lesión sufrida por el particular al caerle encima una rama de árbol del Jardín de Aclimatación ya mencionado.

Circunstancia la descrita que, de entrada, no es objetable, puesto que la citada compañía, de cumplirse la indicada condición de pago previo, puede efectivamente resarcirse subrogándose en el derecho de su asegurado de exigencia de responsabilidad administrativa patrimonial prevenida en el Ordenamiento Jurídico. Aunque en tal concepto y por esa razón sólo pueda reclamar indemnización en la cuantía que le correspondiera percibir al particular lesionado y sustituido, pero no en la mayor que, eventualmente, hubiese abonado al asegurado por algún otro motivo, particularmente contractual (cfr. artículos 40, LRJ y 43 de la ley 50/80, del Contrato de Seguro).

En este sentido, la compañía aseguradora, R.A., tenía su asistencia contratada por T., compañía de operaciones turísticas, para cubrir los eventuales daños de sus clientes en las actividades de esta índole realizadas por ella. Sin embargo, pese a estar acreditado en el expediente el pago en beneficio del afectado en cuantía que parece la adecuada al daño por éste sufrido y, por tanto, contar la persona subrogada con legitimación en principio para interponer reclamación ante la Administración competente, cabría oponer algún reparo al respecto en cuanto que, siendo el tomador de la póliza de seguro T. y no el lesionado, aparecieran dudas en la producción del efecto legitimador de la subrogación por no acreditarse que aquél viajara efectivamente con T. y, en particular, que estuviera cubierto por el contrato entre el operador y la aseguradora.

Desde luego, la Administración no se planteó dudas sobre este extremo al abrir el oportuno expediente, seguramente al observar los términos de la póliza en cuestión aportada por R.A. a instancias del órgano competente, sin procederse nunca a determinar después si el afectado era efectivamente cliente de T., tanto cuando dicho órgano dispuso más tarde de las condiciones generales del contrato asegurador aportadas por la reclamante a su requerimiento, como una vez emitido el Informe del Servicio Jurídico que apuntaba esta problemática, o ni siquiera con ocasión del necesario trámite de audiencia, del que consta su apertura en el expediente pero no su notificación o realización.

En realidad, cabe razonablemente pensar que difícilmente podrían haberse producido las actividades en este caso acreditadamente ocurridas, tanto las estrictamente médicas, realizadas por varios centros hospitalarios en Tenerife y en La Coruña, como las económicas efectuadas por la compañía aseguradora, si el afectado

no hubiera estado amparado y cubierto por la póliza de referencia y ésta no hubiese sido utilizada a los fines propios de la misma, máxime siendo particularmente cierto que existió daño en la persona de referencia y escasamente dudoso que ésta se encontraba de visita turística en la isla. No obstante ello, es relativamente sencillo comprobar con toda certeza si el afectado estuvo en Tenerife como integrante de un viaje en grupo organizado por T., indagándolo de ésta directamente o a través de R.A., o bien, haciéndolo la propia Administración actuante sin mayor esfuerzo.

Por demás, se acredita tanto la existencia del debido nexo causal entre funcionamiento del servicio y daño al particular como el cumplimiento por la compañía aseguradora reclamante de los trámites formales exigidos por la normativa aplicable para admitir la solicitud de indemnización en esta materia. Incluidas las características legales del daño producido y la presentación en el plazo temporal por aquélla determinado, el cual ciertamente se entiende por la jurisdicción competente que es de prescripción y no de caducidad y, por tanto, aquí ha de computarse a partir de la finalización de la actuación de orden penal en su caso producida, cosa que ciertamente ha ocurrido. Extremo éste que, por cierto, ha quedado perfectamente resuelto en el sentido indicado en la nueva normativa vigente en la materia.

2. Centrándonos ahora en el análisis de la adecuación jurídica del contenido de la Propuesta de Orden resolutoria del asunto de referencia, ha de convenirse en que no resulta conforme a Derecho, fundamentalmente en su parte dispositiva, siendo rechazable la decisión no sólo por no ser suficiente para fundarla la supuesta falta de legitimidad del reclamante, como por ser incorrectamente entendida la existencia de fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad administrativa.

En relación con la primera de estas circunstancias, nos remitimos a lo explicitado en el punto anterior, recordándose no obstante que la Administración en todo momento, hasta el de producción de la Propuesta, ha aceptado la legitimación de la reclamante, de manera que, aún cuando se le requirió la presentación de diversa documentación, nunca le exigió acreditación sobre el detalle que nos ocupa, pese a que en realidad ello era una condición previa para el legítimo actuar de R.A. y, por tanto, debió ser advertido el defecto en el momento de presentarse la correspondiente solicitud. Es más, no parece correcto que no se hiciera saber este extremo a la reclamante con ocasión del trámite de audiencia para que pudiera

proceder en consecuencia a la vista del entero expediente, siendo obvio que, constituyéndose en esencial garantía del administrado, ésta es la razón de la obligatoriedad de ese trámite.

En lo que concierne a la segunda, basta con remitirnos a lo mencionado sobre la fuerza mayor en Dictámenes otros previos de este Organismo o del Consejo de Estado y en la jurisprudencia constante de los Tribunales, muchas de cuyas sentencias al respecto se recogen en el Informe de los Servicios Jurídicos evacuado en este caso. Y, en esta línea, el hecho dañoso aquí acontecido no puede conceptuarse como fuerza mayor, ni la Administración ha realizado prueba de que ello así ocurra, pues precisamente de la documentación obrante en el expediente parece que se desprende la no incidencia de tal causa de exoneración de la responsabilidad administrativa.

Así, es evidente que forma parte natural del riesgo propio del funcionamiento del servicio afectado, dadas sus características, que se desprendan ramas de los árboles de un Jardín Botánico, especialmente de algunos de ellos, por el efecto del viento, sin que éste sea excepcional en su presencia o extraordinariamente fuerte, de modo que esta circunstancia, particularmente cuando aquél esté abierto al público, debe ser prevista por el órgano competente y asumir sus consecuencias, pese a que su actuación sea correcta a que el servicio funcionara normal o anormalmente, salvo que ocurra un huracán, vendaval o viento fortísimo y totalmente extraño.

Y sucede que no consta ni se acredita que el viento causante del hecho dañoso fuese imprevisible o que, pese a serlo, fuese imposible evitar la caída de ramas o el daño por ellas ocasionado. Por lo pronto, la propia Administración admite que tal viento en ese lugar no es excepcional y, por tanto, era previsible. Pero es que, asimismo en base a informes administrativos, resulta claro que el viento no era huracanado e incluso que hubo constancia de la existencia de viento y también de que éste se incrementaba considerable y permanentemente a partir de cierta hora, previa por supuesto al accidente. Lo que, máxime al no procederse a realizar actividad preventiva alguna, comporta la asunción del riesgo y la obligatoriedad de soportar sus consecuencias, hasta el punto de que aún resulta dudoso calificar al supuesto de caso fortuito.

3. Finalmente, ha de advertirse que tampoco tiene fundamento el recorte de la cuantía indemnizatoria operado en el órgano actuante en la eventualidad de que,

como inicialmente se propuso, se asumiera finalmente la responsabilidad del daño. Antes bien, de aceptarse tal responsabilidad, la indemnización a abonar en Derecho debiera ser la reclamada en cuanto que al efecto existe en el expediente acreditación documental bastante, en especial después de la incorporación de varios documentos al mismo a exigencias de la Administración a la reclamante, siempre y cuando no supere esta cantidad la que corresponda al resarcimiento del daño sufrido por el lesionado.

CONCLUSIONES

Primera. No se adecua a Derecho la Propuesta de Resolución sometida a la opinión técnico-jurídica de este Organismo, por las razones expuestas especialmente en el punto dos del Fundamento III de este Dictamen.

Segunda. En todo caso, la eventual duda acerca de la legitimación de la reclamante, que puede ser resuelta sin mayor problema, debiera serlo por la Administración actuante por las causas indicadas en el punto uno del antedicho Fundamento III antes de decidir definitivamente en este supuesto.