



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 1 / 1995

La Laguna, a 12 de enero de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, en relación con la *Propuesta de resolución del expediente de reclamación de responsabilidad por daños, formulado por D.J.N.S. y A.M.S.R., S.A. (EXP. 87/1994 ID)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno son las dos Propuestas de Resolución que se formulan en un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica. De la naturaleza de dicho procedimiento se deriva la legitimación del órgano solicitante y la competencia del Consejo para dictaminar con carácter preceptivo, según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley 4/1984 del Consejo Consultivo de Canarias en relación este último con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

II

Como ya se señaló en el Fundamento II de nuestro Dictamen 38/1994, de 27 de julio, emitido en este mismo expediente y que no pudo pronunciarse sobre el fondo por defectos de forma que originaban indefensión a los interesados, la fecha de iniciación del procedimiento determina que su tramitación se regule por la legislación anterior a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC),

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

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

según dispone la disposición transitoria segunda,² de ésta en relación con su disposición adicional tercera y su art. 142.3.

Se vuelve a recordar esto porque en el presente procedimiento se formulan dos Propuestas de Resolución cuyos respectivos destinatarios son cada uno de ambos reclamantes, a pesar de que las reclamaciones de éstos han sido tramitadas en un único procedimiento. En efecto, los reclamantes presentaron sus reclamaciones el mismo día, las cuales recibieron los números correlativos de registro de entrada 52-0867 y 52-0868, y se acumularon en un mismo expediente administrativo de responsabilidad patrimonial con el número 9/1993; por ende, todos los trámites han sido comunes a ambas reclamaciones, que alegan el mismo hecho dañoso como fundamento de su pretensión resarcitoria, por lo que es obvio que guardan la íntima conexión que para su acumulación exige el art. 73.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA) -recogido ahora en el art. 73 LRJAP-PAC.

Es cierto que no se dictó por escrito un acuerdo de acumulación, pero material y expresamente las dos reclamaciones se acumularon en un único procedimiento, de lo cual han tenido cumplido conocimiento los tres interesados, sin que por ninguno de ellos se haya efectuado protesta alguna contra la falta de forma escrita del acuerdo de acumulación, defecto formal que, por lo demás, no les ha generado indefensión alguna ni impide que esa acumulación alcance su fin, que es evitar la dilación del procedimiento por la duplicación de trámites, informes y pruebas a la que obligaría la tramitación separada de ambas reclamaciones. En consecuencia, el defecto de forma escrita del acuerdo de acumulación no genera anulabilidad (arts.48.2 LPA y 63.2 LRJAP-PAC) por lo que no hay obstáculo alguno en que el presente procedimiento sea decidido por una única Resolución, tal como exigen los arts. 92 y 93.1 LPA, reproducidos respectivamente en los arts. 87.1 y 89.1 LRJAP-PAC.

La legitimación activa de los interesados resulta de su alegación de un daño patrimonial ocasionado por el funcionamiento del servicio público de carreteras. Esta sola alegación constituye a la Administración en la obligación de resolver sobre la pretensión resarcitoria. Otra cosa distinta es, como se señaló en el Fundamento IV del Dictamen 38/1994, que esa alegación esté respaldada por los presupuestos legales que dan derecho a ser indemnizado por el funcionamiento de los servicios públicos, cuestión que ha de ser decidida por la Resolución administrativa que concluya el correspondiente procedimiento.

Legitimada pasivamente está la Administración autonómica titular del servicio de carreteras al que se imputa la causación del daño, sin perjuicio de que posteriormente, en su caso, repita lo abonado, de proceder la indemnización, a la empresa E., S.A., a la cual correspondía la conservación de la autovía marítima en virtud del contrato de asistencia técnica que se le adjudicó por Orden de 2 de septiembre de 1991, de la Consejería de Obras Públicas Vivienda y Aguas, y que estaba vigente en la fecha del acaecimiento dañoso; contrato que se rige, en primer lugar, por el Decreto 1.005/1974 de 4 de abril; en segundo lugar, por el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales (PCAG) aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 8 de marzo de 1972 (disposición transitoria primera Decreto 1005/1974 y cláusula Vª del referido contrato); y, en tercer lugar, "por las disposiciones que la legislación de contratos del Estado dedica a los de naturaleza administrativa, en especial los referentes al contrato de obras" (art. 1 Decreto 1005/1974).

Como se puso de relieve en el Dictamen citado, en virtud de ese contrato y de su Pliego de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares (PPTCAP), la empresa E. se obligaba a realizar las operaciones de conservación de la autovía marítima (cláusulas 1ª del contrato y 1 y 5 del PPTCAP).

Estas operaciones de conservación comprendían, entre otras, las de: limpieza periódica de calzada, arcenes y aceras; limpieza de vertidos accidentales, aterramientos y desprendimientos; limpieza y reparación de cunetas, caces, sumideros, caños, tajeas, alcantarillas, desagües, imbornales y otras obras de drenaje; reparación de daños por temporales o accidentes extraordinarios -cláusulas 1ª del contrato y 5.1.a) PPTCAP en relación con la 5.1.b) del mismo y cláusula 5.2 PPTCAP-. La empresa se obligaba también a vigilar los tramos de carreteras con su personal (cláusula 6.9 PPTCAP) y a establecer un centro de comunicaciones que funcionara permanentemente a fin de recibir la información de las incidencias que afectaran a las vías y de transmitir las órdenes para solventarlas (cláusula 6.4 PPTCAP).

Asimismo, la cláusula 6.6 PPTCAP disponía literalmente que "Cuando se produzcan incidencias en las vías objeto del presente contrato, el adjudicatario organizará un equipo que señalice debidamente el posible peligro hasta que el mismo

quede resuelto". Por último, la cláusula 6.14 PPTCAP atribuía la entera responsabilidad de la eficacia de los trabajos a la empresa contratista.

Es conforme a Derecho el criterio de la Administración actuante de considerar que el hecho de que ambos reclamantes, en sus escritos iniciadores del procedimiento, expresen que formulan la reclamación previa a la vía jurisdiccional civil, no es obstáculo a que se tramite, en aras de los principios de celeridad, economía procedimental y antiformalismo, por el procedimiento de responsabilidad de la Administración que es el debido; ya que el perjuicio que se alega no derivaría de una relación jurídico privada, sino del funcionamiento de un servicio público. El órgano competente para resolver -con la forma del art. 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril- es el Consejero de Obras Públicas Vivienda y Aguas (arts. 27.2 y 29.1, m) de la Ley 14/1990 de 26 de julio y el art. 49.1 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre).

La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo legal de un año, por lo que no puede ser calificada de extemporánea.

En la tramitación del expediente no se ha incurrido en defectos procedimentales que obsten un Dictamen de fondo.

III

Los hechos en que basa su pretensión resarcitoria el reclamante D.J.N.S. consisten, según la versión de su escrito de reclamación presentado el 29 de marzo de 1993, en que el primero de abril de 1992 circulaba con el vehículo todo terreno de su propiedad (vehículo A), asegurado en la compañía A.M.S.R., S.A., por la autovía marítima de Las Palmas de Gran Canaria en dirección Sur-Norte, cuando al llegar a la altura del Hotel Iberia se encontró el pavimento mojado a consecuencia de las olas que invadían dicha autovía, por lo que su vehículo patinó yendo a colisionar con el vehículo B, que se encontraba estacionado en el arcén y que a su vez colisionó con el vehículo C, que también estaba estacionado en el arcén.

Sin embargo, el atestado de la Policía local que se incorporó como medio de prueba al procedimiento a solicitud de ambos reclamantes, y que está firmado sin reserva alguna por el reclamante J.N.S., indica que el vehículo que conducía no era de su propiedad sino de una entidad mercantil; y recoge la manifestación de dicho reclamante según la cual la causa de que perdiera el control de vehículo consistió en

que cayó sobre éste una ola de agua; y señala que grandes olas saltan a la vía cayendo sobre la calzada.

Además, el atestado precisa que el accidente se produjo a las 0,45 horas; que la calzada se encontraba mojada a lo largo de 138 metros; que más allá de esa distancia se encontraban aparcados en el arcén los otros dos turismos que fueron alcanzados por el todo terreno; y que poco después obreros de Obras Públicas procedieron a señalar el salto y a cerrar al tráfico un carril.

Hay que destacar que la Administración requirió al reclamante para que acreditara ya la titularidad dominical del vehículo, ya la representación de la entidad mercantil que figuraba en el atestado como su propietario, sin que éste procediera a lo uno ni a lo otro.

Así las cosas, se ha de partir que tanto el art. 106.2 CE como el art. 40.1 LRJAE, vigente al tiempo del evento lesivo y transcrito en el art. 139.1 LRJAP-PAC, condicionan el derecho de los ciudadanos a ser resarcidos por el funcionamiento de los servicios públicos a que sufran una lesión en sus bienes y derechos.

Con el adjetivo posesivo "sus" y con el sustantivo "lesión" se indica que uno de los presupuestos de ese derecho consiste en que se sufra un detrimento patrimonial antijurídico; es decir, que un bien o derecho perteneciente al patrimonio del reclamante haya experimentado un perjuicio no debido. Este presupuesto es reforzado por la exigencia de que el daño sea "efectivo e individualizado" (arts. 40.2 LRJAE y 139, LRJAP-PAC), con lo que se hace referencia a un daño concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante.

Por ello, si el reclamante que alega la titularidad del vehículo dañado no demuestra ésta, falta uno de los presupuestos esenciales para que pueda nacer su derecho a ser indemnizado.

El hecho de que el reclamante sea el tomador del seguro obligatorio del vehículo siniestrado no demuestra su titularidad sobre éste, ya que cualquier persona que tenga interés en su aseguramiento lo puede realizar (arts. 2 del Real Decreto Legislativo 1.301/1986 de 28 de julio y 6 de su Reglamento de desarrollo).

Por lo demás, en el expediente no figura la póliza del seguro del vehículo siniestrado ni un justificante del pago de la prima del período del seguro en curso (arts. 9 a 11 del citado Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor), por lo que no está acreditado debidamente el hecho de que el reclamante sea el tomador del seguro. Únicamente, figura una fotocopia sin advenir de un certificado de seguro sin firma de tomador ni de asegurado.

Pero tampoco cabe que la Resolución administrativa declare el derecho del titular del vehículo a ser indemnizado por el siniestro y condicione la efectividad de la indemnización a la acreditación de su propiedad, porque otro presupuesto esencial para la existencia de tal derecho radica en que entre el funcionamiento del servicio público y el daño exista una relación de causa a efecto, la cual no existe en los supuestos de fuerza mayor (arts. 106.2 CE, 40.1 LRJAE, y 139.1 LRJAP-PAC).

El reclamante declaró ante la Policía local que redactó el atestado (el cual, se insiste, firmó sin reserva alguna) que la causa de que perdiera el control de vehículo fue que sobre éste se abatió una ola. El informe del ingeniero jefe manifiesta que el oleaje se inició a las 0,15 horas sin que pudiera preverse, sobrepasan de la barrera protectora de la avenida, siendo las alegaciones de los reclamantes y de E., S.A. contestes en cuanto a los momentos temporales de inicio del oleaje y de presencia de los operarios.

Es patente que se trata de un caso de fuerza mayor, circunstancia que excluye los hechos insólitos y extraordinarios, por ello no previsibles por una conducta prudente y atenta a las eventualidades ordinarias que se producen en el seno del servicio y que se pueden esperar, lo que si bien no excusa del deber de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten en el mismo, no exigen, sin embargo, la llamada prestación exorbitante; es decir, aquélla que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparadas a la imposibilidad, por implicar sacrificios absolutamente desproporcionados (SSTS de 31 de octubre de 1986 y 6 de abril de 1987 y Sentencia de 8 de junio de 1994, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid). Es claro que, en el presente caso, el suceso acontecido que está fuera del círculo de actuación del servicio público de carreteras, que no hubiera podido preverse y que, aún en el caso de que se hubiera podido prever, habría sido inevitable. El violento oleaje constituye una causa extraña, exterior al

funcionamiento del referido servicio y a los riesgos típicos que genera, imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible incluso en el supuesto de que hubiera podido ser barruntado.

No se trata de un hecho lesivo que sea la concreción de un riesgo que genera la propia existencia de la carretera, de un riesgo interior al funcionamiento normal del servicio de carreteras. Tampoco se puede imputar al funcionamiento anormal del servicio de carreteras, porque tal calificación sólo se puede desplegar a partir de la definición de lo que es su funcionamiento normal, el cual, como ha establecido la jurisprudencia, es un standard que se ha de establecer por referencia a las condiciones técnicas y sociales del momento en que se ha de aplicar. No es el mismo el entendimiento de lo que era el funcionamiento normal de ese servicio hace 30 años que el que se tiene ahora.

En el expediente está acreditado que el oleaje se inició a las 0,15 horas y que 35 minutos después los servicios de conservación ya estaban señalizando la invasión de la calzada por las olas. Dados los actuales medios de transporte y la extensión de la red de carreteras, no se puede considerar que el servicio de conservación haya funcionado anormalmente. Un juicio en tal sentido equivaldría a la exigencia de una instantaneidad en su actuación, hoy por hoy imposible de lograr.

En definitiva, el salto de las olas sobre la calzada no lo originó el funcionamiento normal del servicio. La falta de una instantánea señalización del oleaje no se puede calificar de funcionamiento anormal.

Se está ante un supuesto de *vis maior*; ante uno de aquellos hechos que, incluso siendo previsibles, son sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles y cuya causa es extraña e independiente de la actuación administrativa. Porque el daño es producto de un acontecimiento, previsible o imprevisible, pero en todo caso irresistible y ajeno al ámbito dominado por la disposición de la Administración titular del servicio de carreteras, en cuanto exterior a su propia organización o esfera de actividad, en que excluye *a radice*, una vez constatada su existencia, el deber de reparar dicho daño, tal y como expresamente disponen los arts. 106.2 CE, 40.1 LRJAE y el actual 139.1 LRJAP-PAC.

IV

La Propuesta de Resolución desestima la pretensión de resarcimiento de la compañía aseguradora A.M.S.R., con el argumento de que no está demostrado que aquéllos que han percibido las indemnizaciones sean titulares de los bienes dañados por el hecho lesivo.

No se puede compartir este criterio en lo que concierne a la indemnización satisfecha a D.J.J.S.T., porque en el atestado figura como propietario del vehículo C. En este caso, no hay pruebas en el expediente que desvirtúen la constatación que de esa titularidad realizaron los agentes que redactaron ese documento oficial.

Si la pretensión de la aseguradora A.M.S.R. debe ser rechazada es porque un requisito para que opere la subrogación del art. 43 de la Ley 50/1980 de Contratos de Seguro, consiste en que exista un derecho de resarcimiento del asegurado frente al tercero responsable del daño que ha dado lugar a la indemnización del asegurador. Como se ha expuesto en el Fundamento anterior, no hay una relación de causalidad entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio de carreteras; por consiguiente, la Administración no es responsable del daño, lo que conlleva que no exista un derecho de resarcimiento del asegurado en que se pueda subrogar su aseguradora.

Por esta decisiva razón, no es preciso extenderse acerca de que en el expediente remitido no figure prueba inequívoca de que exista un contrato de seguro válido entre el primer y la segunda reclamante cuyo tenor permita afirmar que la prestación de la aseguradora se ha efectuado dentro de la cobertura contractual del daño; requisitos ambos que también son presupuestos para que opere la subrogación prevista en el art. 43 citado.

Como tampoco es necesario pormenorizar que dado el carácter de autovía de la vía en que se produjo el accidente, rige en ella la prohibición de estacionamiento sobre el arcén (art. 50 de la Ley de Carreteras de Canarias en relación con los arts. 1.5 y 45.2 de la misma y el número 62 del Anexo del texto articulado de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial y los arts. 15 y 39.1 g) de esta última); normas de seguridad vial cuya infracción reviste el carácter de grave y que, de no encontrarnos ante un supuesto de fuerza mayor, habría roto el nexo causal entre el surgimiento de los daños en dichos vehículos y el funcionamiento del servicio público.

CONCLUSIONES

1. Las dos Propuestas de Resolución que han surgido en el presente expediente deben fundirse en una sola para concluir debidamente el procedimiento por las razones que se exponen en el Fundamento I.

2. La desestimación de la pretensión de D.J.N.S. es ajustada a Derecho porque el reclamante no ha acreditado la propiedad del vehículo dañado ni desvirtuado la concurrencia de fuerza mayor en la producción del evento lesivo que es ajena al servicio público de carreteras (Fundamento II).

3. Por la última razón que se expone en la anterior conclusión, procede desestimar la pretensión de la Entidad aseguradora A.M.S.R., S.A. (Fundamento III).

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 1/95 ACERCA DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE DE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS FORMULADA POR J.N.S. Y A.M.S.R., S.A. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 87/94 ID.

FUNDAMENTOS

I

En primer lugar, discrepo de la concepción manifestada en el Dictamen sobre la legitimación activa y pasiva en los procedimientos específicos de reclamación de indemnización por daños a particulares en el funcionamiento de Servicios Públicos, exigiéndose la virtualidad de la responsabilidad de orden objetivo, que corresponde a estos supuestos a la Administración Pública Titular de los mismos.

1. Así, la legitimación activa, concepto de orden procedimental que supone la capacidad para presentar la reclamación ante el órgano correspondiente, no pertenece a cualquier ciudadano, o aún a cualquier ineteresado, sino que le

pertenece al titular o titulares del bien dañado, a su representante legal o a la persona, aseguradora o no, que hubiere reparado económicamente ese daño, extremos todos estos debidamente acreditados ante el referido órgano en cada caso. Y ello, por exigencia legal expresa y por simple aplicación del principio de economía en las actividades públicas.

En este supuesto, en principio resulta algo contradictorio que se sostenga en el Dictamen, en relación con su propia tesis, que el conductor del coche dañado tiene derecho a subrogarse en el del particular afectado para obtener de la Administración el pago indemnizatorio pertinente, siendo obvio que la Administración no puede atender dos reclamaciones sobre el mismo asunto o que el asegurado no puede pretender resarcirse de aquella y de la aseguradora.

2. Por otro lado, tratándose de una actuación pública, sometida al y controlable por el Derecho Público y la Jurisdicción correspondiente, por tratarse ante y sobre todo de la prestación y funcionamiento de un Servicio público y, por ello, de una actividad cuyo titular sólo puede ser la Administración Pública, ha de quedar absoluta y definitivamente claro que la legitimación pasiva en este tipo de procedimiento, siempre administrativo y nunca civil, pertenece a dicha Administración y no a una persona física o jurídica de orden privado. Lo que, en cualquier caso, deja bien resuelto el Derecho administrativo aplicable, al ordenar que la reclamación del sujeto lesionado en sus bienes o derechos por el funcionamiento de un Servicio Público ha de presentarse, sin excepción o alternativa y matización, ante el órgano competente de la Administración titular.

Y esto, aún cuando la prestación de ese Servicio pueda realizarse, en todo o en parte, por una sociedad privada, cual es el caso, que se convierte en concesionaria del mismo merced al oportuno contrato administrativo al efecto, con lo que es posible que, según prevé el Derecho aplicable y de acuerdo con los términos contractuales, el concesionario debe responder con su patrimonio de los daños que se causen a los usuarios en tal prestación.

Pero ello no supone actuación alguna en la vía civil o la posibilidad que el usuario tenga, o siquiera pueda, dirigirse contra ese concesionario, cuya existencia, desde luego, no tiene obligación o necesidad de conocer. Así, es la Administración Titular y contratante la que, previas diligencias pertinentes tras la reclamación ante ella del afectado con audiencia del concesionario, decide si existe o no responsabilidad

pública y, de ser eso entendido cierto, quien ha de asumir el costo de su aplicación, determinando si es ella o el concesionario quien ha de indemnizar a usuario. A lo que, naturalmente y sin ulterior intervención de éste, puede oponerse el concesionario recurriendo en la vía jurisdiccional.

II

1. En otro orden de cosas, considero que en esta ocasión no cabe sostener la presencia de un supuesto de fuerza mayor, entendida como hecho imprevisible o, aún siendo previsible de orden irresistible y, por ende, de efecto dañoso inevitable, incluso en la versión de cierta reciente, y no siempre compartible al menos en todos sus extremos, doctrina legal de los Tribunales.

Así, es notorio que la existencia de fuerte oleaje, del tipo o parecido al que trae causa, en la avenida marítima de Las Palmas es un suceso corriente allí, máxime precisamente en la zona donde acaeció el hecho dañoso, pues debido a posibles defectos de construcción o de protección de la vía, en determinadas épocas del año o cuando aparecen ciertas mareas, el agua del mar invade la calzada y las olas baten la vía de la circulación.

Desde luego, tampoco se trata aquí de un maremoto o de fenómeno parecido y, sin duda, a lo ya dicho antes ha de añadirse que, en cualquier caso, las mareas no nacen de pronto, sino que van produciéndose o "subiendo" paulatinamente. A mayor abundamiento, parece incuestionable que el accidente no lo provocó una ola aislada y, es más, que se tiene constancia de que la marea empezó a ser peligrosa, en el sentido descrito, bastante tiempo antes de que ocurriera el hecho dañoso.

En definitiva, resulta evidente que no se dan los elementos necesarios para que pueda decirse que el hecho es calificable de fuerza mayor, siendo quizá constitutivo en el mejor de los casos de caso fortuito, previsible en su acontecer y evitable en sus consecuencias, y, por tanto, dentro de la responsabilidad administrativa por la prestación del servicio Público actuado, aunque, de hecho y por determinación legal sobre la base de un contrato concesional, sea la empresa E., S.A. la obligada a abonar la indemnización reparatoria consecuencia de la debida exigencia de dicha responsabilidad.

2. En relación con lo antes expuesto, también procede señalar que debiera determinarse suficientemente el lugar donde se encontraban aparcados los coches con los que colisionó el afectado por el oleaje. Sin duda, llama la atención que lo estuvieran en el arcén de la vía más próxima al mar, máxime cuando al parecer existía fuerte oleaje que, por demás y sorprendentemente, no tuvo incidencia alguna sobre ellos.

Y, finalmente, siendo cierto que, de estar esos otros antes aparcados de manera ilegal, sus titulares han de soportar en su patrimonio el daño que han sufrido, al menos desde la perspectiva de la Administración y del Derecho administrativo, debiera tenerse no obstante presente no sólo que es fundamental saber el sitio exacto donde no estaban estacionados, sino también que la avenida marítima no es una simple autovía ordinaria por obvias razones.

C O N C L U S I Ó N

Primera: La legitimación activa y pasiva en estos procedimientos de daños se entiende que son exactamente y por las razones allí expuestas, las indicadas en el Fundamento I.

Segunda: Por los motivos explicitados en el Fundamento II, no concurre en este supuesto causa de fuerza mayor y, por ello, es exigible la responsabilidad administrativa por la prestación del Servicio Público en funcionamiento, aunque por obligación contractual interna corresponde concretamente al concesionario y no a la Administración autonómica el abono de la indemnización debida.