



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 8 9 / 1 9 9 5

La Laguna, a 28 de noviembre de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por M.L.R., por daños producidos en el vehículo (EXP. 102/1995 ID)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

El presente Dictamen tiene por objeto analizar la adecuación al Ordenamiento jurídico aplicable de una Propuesta de Orden de la Consejería de Obras Públicas por la que se pretende resolver una reclamación de indemnización por daños a particulares a supuesta causa del funcionamiento del servicio público viario, o de carreteras, de titularidad autonómica en exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y en ejercicio del correspondiente derecho indemnizatorio jurídicamente previstos desde la propia Norma constitucional (cfr. art. 106.2); reclamación que ha sido presentada ante la referida Consejería por M.L.R. titular del vehículo dañado. Este Dictamen se emite, a preceptiva solicitud de la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo, éste en relación con lo preceptuado en el art. 22.13 de la Ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado.

En este análisis técnico-jurídico -en lo que concierne a la actuación del instituto de responsabilidad administrativa patrimonial y objetiva, en cuanto ha de responderse sea normal o anormal el funcionamiento del servicio público del que se trate- debe estarse absoluta y plenamente a lo determinado en la normativa estatal que regula tal instituto (Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones

---

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

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante, LRJAP-PAC- y en el Reglamento de los Procedimientos de aquéllas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPAPRP, aprobado por Real Decreto 429/1993), por las razones y en las condiciones señaladas por este Organismo en Dictámenes precedentes en la materia y en relación con lo actualmente dispuesto en el art. 33.1 de la Ley autonómica 14/1990. Además, lógicamente se ha de tener en cuenta la regulación estatutaria o autonómica que discipline o incida sobre la actuación de la Administración autonómica que se proyecta realizar (art. 29.13 del Estatuto de Autonomía y Leyes autonómicas 1/1983, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad; 7/1984, de la Hacienda Pública; 14/1990, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; y, en especial, 9/1991, de Carreteras de Canarias).

## II

1. En esta línea, vista la documentación remitida a este Organismo junto a la solicitud de Dictamen, obrante en el correspondiente expediente que contiene la formalización documental de las actuaciones y trámites del procedimiento administrativo a seguir, ha de indicarse que parecen correctamente confeccionados los Antecedentes de la Propuesta en cuestión y que, igualmente, es ajustado a Derecho, en lo fundamental, el Fundamento primero de aquélla.

En este sentido, es incuestionable que la legitimación activa en este procedimiento corresponde, en principio y como aquí se acredita, a la titular del vehículo dañado (cfr. art. 142.1 de la LRJAP-PAC, en conexión con los art. 139 y 31.1 de ésta), mientras que la pasiva -independientemente de cual sea el sujeto finalmente obligado a indemnizar en los supuestos de daños a consecuencia de la ejecución de contratos administrativos- corresponde a la Comunidad Autónoma, a través de la Consejería de Obras Públicas, por demás órgano de contratación en este caso, con los órganos y la forma legalmente determinadas al efecto.

Así, aunque pueda ser cuestionable calificar el denominado contrato de asistencia técnica entre la Administración y E., S.A. como de obras sin más -puesto que, aún siendo ese su objeto, tal contrato parece en realidad responder, y entenderse en su finalidad y ejecución, a la prestación o gestión de servicios públicos (cfr. art. 62 y siguientes de la entonces vigente, y aquí plenamente aplicable, Ley de Contratos del Estado, LCE, de 1965 obligándose la indicada entidad a realizar

funciones propias del servicio público viario cuyo funcionamiento es competencia de la Administración contratante- es lo cierto que en todo caso la reclamación que nos ocupa ha de ser presentada ante la Consejería de referencia y debe ser conocida y resuelta por ésta.

Y ello porque efectivamente viene previsto en la normativa contractual aplicable, incluida la recogida en el Decreto 1.005/1974 y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales (cfr. cláusula 12), según se observa en el art. 134 del Reglamento General de Contratación del Estado (RCE) aprobado por Decreto 3.410/1975, que resulta igualmente aplicable al supuesto estudiado al señalarlo la nueva normativa contractual -cfr. disposición derogatoria única 1.b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas- y determinarlo, puntualmente, tanto el art. 1 del mencionado Decreto 1.005/1974 como, fundamentalmente, el art. 208 del citado Reglamento. A lo que no se opone en absoluto lo previsto en el art. 1.3 del RPAPRP, especialmente en su inciso final, y la propia dicción del art. 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Desde luego, está claro no sólo que la contratación respecto a la prestación del servicio público viario corresponde al Departamento de la Administración autonómica actuante -cfr. arts. 5 y 10 de la LCC, en relación con el Reglamento orgánico de la Consejería de Obras Públicas, en particular su art. 2.c)-, sino que es formalmente procedente la actuación de la Comunidad en dicho servicio público, a la vista de lo dispuesto en los arts. 29.13 y 21 del Estatuto; 2 al 5 de la LCC; preceptos concordantes del Reglamento de ésta, siendo la carretera afectada de indudable carácter regional, en conexión con el Real Decreto 2.125/1984, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad en materia de carreteras; y arts. 37 de la Ley 1/1983; 29 de la Ley 14/1990; y 49 de la Ley 7/1984.

2. En la actuación administrativa realizada, se han respetado, en general, los trámites procedimentales a cumplimentar; particularmente, el de vista y audiencia a los interesados -aquí la reclamante y la sociedad contratista del servicio o de la asistencia al mismo (cfr. arts. 1.3 del RPAPRP y 134 del RCE, así como el art. 84 de la LRJAP-PAC)-, no teniéndose que seguir en este supuesto directa o inmediatamente, sino de forma en todo caso supletoria, los procedimientos prevenidos en el RPAPRP, por lo que se verá luego. Igualmente, la reclamación se ajusta en sus términos y

presentación a lo dispuesto en los arts. 139.2 -siendo el daño alegado a indemnizar efectivo, económicamente evaluable e individualizado personalmente- o 142.5 -al producirse dentro del año siguiente al acaecimiento del hecho dañoso- de la citada LRJAP-PAC.

No obstante, una vez más no se va a cumplir en esta ocasión el plazo legal de resolución, no viniendo justificado este incumplimiento en virtud de lo prevenido en el art. 42 de la LRJAP-PAC, ni pareciendo razonable, a la luz de las actuaciones realizadas y pese a la complejidad del asunto o de las intervenciones efectuadas, que el correspondiente retraso en decidir supere el plazo inicial de resolución, sobre todo cuando no ha existido acuerdo administrativo expreso al respecto. Sin embargo, sin perjuicio de las responsabilidades que fueren exigibles por esta cuestión (cfr. apartado tercero del precepto legal precedentemente mencionado), la Administración debe resolver, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 43 y 44 de la LRJAP-PAC, pues no existe constancia de que se hubiese solicitado o efectuado la certificación de acto presunto. Además de que, dadas las circunstancias del caso, no parece que deba entenderse que la resolución administrativa es contraria a la indemnización reclamada.

Por otro lado, resulta que tampoco se cumple aquí el plazo prescrito en el art. 12.1 del RPAPRP, seguramente de modo inevitable por la tramitación administrativa de este asunto con consecuencias negativas en orden al cumplimiento del plazo al que nos referimos precedentemente. En este sentido, puede admitirse que el informe del Servicio Jurídico del Gobierno, exigible en la materia por imperativo reglamentario, no cierra el procedimiento en el momento de solicitarse la intervención de este Organismo, reafirmando el órgano actuante en su Propuesta de Orden tras disponer de dicho informe y sometiendo la Propuesta definitiva a Dictamen. Pero es lo cierto que la eliminación de las inadecuaciones expuestas por el Consejo Consultivo en este tema -no cabiendo que el informe culmine el procedimiento o tenga idéntico objeto y fin que el Dictamen, o bien, que aquél se solicite en igual tiempo procedimental que éste o pueda evacuarse después de serlo éste, máxime cuando se le considera elemento de vital conocimiento para dictaminar- no pueden solucionarse sin tener en cuenta el problema temporal apuntado (cfr. arts. 17 y 18 de la Ley del Consejo Consultivo y 6, 11 y 49 de su Reglamento).

Por eso, en este contexto y dando por supuesto tanto la preceptividad de informe y Dictamen, como la adecuada aplicación y respeto de las normas que regulan la actuación del Servicio Jurídico y del Consejo Consultivo, parece que el informe debiera solicitarse y emitirse en el plazo de diez días del que aquél dispone para interesar de la Presidencia del Gobierno, con inclusión de la Propuesta a dictaminar, recabe el Dictamen después de celebrado el trámite de audiencia, o bien en momento precedente a que ello ocurra, sin perjuicio del uso posible en su caso de la facultad legal de ampliación del plazo por la Administración actuante (cfr. arts. 42 y 49 de la LRJAP-PAC).

### III

1. En cuanto a la cuestión de fondo resuelta por la Propuesta de Orden analizada, ha de señalarse, -congruentemente con lo explicitado en Dictámenes precedentes de este Organismo sobre asuntos de idéntica naturaleza- que, de acuerdo con la normativa de aplicación y vista la documentación disponible al efecto, son sustancialmente conformes a Derecho los Fundamentos dos a cinco de dicha Propuesta y, en consecuencia, también lo es su Resuelvo, sin perjuicio de las observaciones que se expondrán más adelante sobre el último de ellos.

En esta línea, nada puede objetarse a lo recogido en el Fundamento dos, tanto en lo que respecta al tratamiento de los medios probatorios existentes o de la actuación de la sociedad gestora o contratista de la prestación del servicio público viario, como en cuanto que, objetivamente, no parece que de todo ello pueda deducirse una conclusión diferente a la adoptada.

Igual tipo de apreciación ha de hacerse sobre el Fundamento cuatro, siendo poco cuestionable entender que en este supuesto pueda existir orden administrativa a resultas de la cual se generasen daños a los usuarios del servicio, en particular los aquí producidos, y, por tanto, la asunción de la responsabilidad patrimonial de la Administración titular; circunstancia ésta por demás no contradicha por la alegación de la referida sociedad, especialmente cuando ha de convenirse que la realización de labores en horario limitado por aquélla, supuestamente indicada por la Administración, en nada empece su deber contractual sobre la conservación de la carretera y, concretamente, de sus señales de tráfico.

2. Respecto a lo plasmado en el Fundamento tres, ha de señalarse que en principio ciertamente la ejecución del contrato -sea éste de obras o, más propiamente, de gestión de servicio público aún cuando fuere parcial o conexo- es a riesgo y ventura del contratista, según se establece en la normativa citada en dicho Fundamento como no podía ser de otra forma porque, precedentemente y con rango superior, ello se dispone tanto en la Ley de Contratos del Estado (cfr. arts. 46 y 67) y en su Reglamento (cfr. arts. 132 y 208). Además, el contratista está obligado a indemnizar a terceros de los daños que les cause la ejecución de ese contrato salvo que esos daños se ocasionen a resultas de orden inmediata y directa de la Administración (cfr. arts. 134 y 218 del Reglamento General de Contratación), excepción que, como se ha indicado, no procede en este caso.

En definitiva, siendo parte del servicio viario la conservación de las carreteras en las debidas condiciones de utilidad para sus fines y seguridad para los usuarios, compete a la Administración titular de su prestación realizar las actividades precisas al respecto y, consecuentemente, asumir la responsabilidad correspondiente de ocasionarse daños a los usuarios. Pero esto puede hacerse directamente o, en su caso, por contratista interpuesto, de manera que existiendo efectivamente contrato al respecto y no constando orden administrativa alguna determinante o conducta antijurídica del afectado o de un tercero, es el contratista quien debe responder e indemnizar.

3. Por lo que hace al Fundamento cinco de la Propuesta, debe indicarse que su contenido no es plenamente ajustado a Derecho, particularmente en lo que se refiere al *quántum* indemnizatorio y, más específicamente, a la determinación de la cantidad que en concepto de IGIC y en aplicación del principio de indemnidad o resarcimiento integral del daño padecido por el afectado a consecuencia del hecho lesivo se incluye en dicha indemnización, de acuerdo con lo prevenido en la normativa reguladora del mencionado impuesto.

Así, de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/1991, de Modificación de aspectos fiscales del Régimen Económico-Fiscal de Canarias (cfr. arts. 4, 5, 7, 10, 18, 20, 22 y 27 y la disposición adicional octava, apartado uno), si bien la aplicación del principio antedicho incluye los impuestos, aquí el IGIC, ello sólo es admisible si el pago de éste ha sido ajustado a Derecho y en la cantidad jurídica y correctamente abonada, no procediendo si se ha repercutido en aquél dicho impuesto de forma

ilegal por el sujeto pasivo, el reparador del vehículo dañado o vendedor no minorista de las piezas nuevas.

Dicho esto, resulta incorrecto tanto que se incluya en el *quantum* indemnizatorio un montante de 56 pesetas y no de 40 en concepto de IGIC por reparación, al tipo del 4%, como que se excluya de tal *quantum* el montante, no de 340 pesetas, pero sí de 248 pesetas en concepto de IGIC, por adquisición de piezas al tipo del 2%. Y ello porque el adquirente no es profesional, sino consumidor final y el proveedor no parece comerciante minorista, según se observa en la factura original, sin perjuicio de comprobación o indagación administrativa al efecto, con eventual infracción penal incluida en su caso (cfr. arts. 28, 29 y 29 bis del Decreto autonómico 182/1992, modificado por el Decreto autonómico 93/1994), de modo que no resulta aplicable, salvo prueba en contrario, la exención legal correspondiente.

Además, aunque ya se ha razonado que el procedimiento a seguir en este supuesto es singular y no uno de los previstos en el RPAPRP -pues no se cumple la condición prevista en su art. 1.3- ello no obsta para que la ordenación del general sea aplicable supletoriamente en ausencia de regulación específica de la cuestión, salvada la inicial innegable aplicación tanto de tal precepto, como del art. 134 del RCE. Por eso, resolviéndose un supuesto de responsabilidad derivada de la prestación de un servicio público que se traslada, con fijación de la indemnización a pagar, al contratista por decisión administrativa, parece pertinente que en la Orden resolutoria se determine la valoración del daño con señalamiento de los criterios adoptados a ese fin.

Por último, ha de advertirse que la aceptación del afectado de la actuación administrativa -en especial, lo concerniente al montante de la indemnización acordada- sólo resulta determinante, incluso a los efectos de un ulterior recurso contencioso-administrativo contra la Orden resolutoria, cuando sea expresa, como sucede con la eventual terminación convencional del procedimiento. Máxime cuando el deber indemnizatorio no se satisface necesariamente acomodando la decisión sin más a lo pedido por el reclamante y cuando en este supuesto también es interesado el contratista, asimismo potencial recurrente de la aludida Orden.

## CONCLUSIONES

1. En el Fundamento II se explicitan diversas cuestiones procedimentales relativas a la tramitación de la actuación administrativa que culmina con la Propuesta de Orden dictaminada, con los efectos que allí se señalan.

2. Siendo ajustada a Derecho dicha Propuesta, como se indica en el Fundamento III, sin embargo se efectúan observaciones en el punto 3 del mismo a los Fundamentos tres y, sobre todo, cinco de la Propuesta dictaminada.