



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 8 / 1 9 9 7

La Laguna, a 30 de octubre de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por G.S.P., por los daños producidos en un aljibe de su propiedad por raíces de eucaliptos ubicados en la carretera colindante (EXP. 92/1997 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. A preceptiva solicitud de la Presidencia de la Comunidad Autónoma (CAC), de acuerdo con lo establecido en los artículos 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo, éste en relación con lo dispuesto en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, se emite el presente Dictamen formalizando el parecer de este Organismo sobre la adecuación jurídica de una Propuesta de Resolución, con forma de Orden departamental y culminatoria de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, por la que se pretende desestimar la reclamación de indemnización por daños en una vivienda ocasionados presuntamente por el funcionamiento del servicio público de carreteras, presentada por su propietario al romper las raíces de un árbol aparentemente situado en el dominio público adscrito a aquél un aljibe sito dentro de aquélla.

Al respecto resulta de aplicación, en lo que se refiere al instituto de responsabilidad administrativa patrimonial y objetiva -en cuanto exigible por acciones u omisiones de la Administración causantes de daños a particulares culposas o no al responderse si el funcionamiento del servicio es normal o anormal-, la entera regulación al respecto de la Ley 30/1992 y del Reglamento de los procedimientos de

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

las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), dictado en desarrollo de aquélla. Y ello, pese a lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley autonómica 14/1990 y sin perjuicio de que pueda dictarse en su día normativa autonómica de desarrollo de la citada regulación estatal, pues, siendo desde luego ésta de carácter básico, aún no se ha establecido aquélla (cfr. artículos 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución (CE); 32.6 del Estatuto de Autonomía (EAC); y 139 y siguientes, Ley 30/1992).

2. Cabe recordar asimismo que no es posible exigir esta responsabilidad en casos de fuerza mayor, bien diferenciados de los fortuitos al ser sucesos de impredecible producción o que, aún cuando fueren predecibles, son imposibles de evitar, particularmente en sus resultados dañosos. Y que, correspondiendo al reclamante su demostración por cualquier medio previsto en Derecho o al menos con la aportación de datos que permitan comprobarlo a la Administración, tanto como la del hecho lesivo y la del daño producido, es preciso que exista un nexo causal entre éste y el funcionamiento del servicio en cuyo ámbito ocurrió aquél, quebrándose dicho nexo por conducta antijurídica del propio afectado o por la intervención inmediata, directa y exclusiva de un tercero, siempre sin perjuicio de supuestos de responsabilidad compartida.

Extremos estos últimos, así como el de eventual calificación de fuerza mayor, que ha de aducir demostradamente el órgano administrativo actuante como titular de la prestación del servicio del que se trate, obligado a solicitar los informes e inspecciones internas pertinentes al efecto y a apreciar efectiva y razonablemente los medios probatorios, documentos y/o datos aportados por el afectado (cfr. artículos 78, 79, 82 y 84, Ley 30/1992 y 6, 7, 10 y 11, RPRP).

Finalmente, no puede olvidarse que el dominio público adscrito a la vía forma parte, a los fines de exigencia de responsabilidad y de la correspondiente indemnización por daños, del servicio público de carreteras, incluidos los árboles sitos en él. Y que forma parte de dicho servicio mantener la vía y su dominio público en condiciones de uso seguro y adecuado, saneando y controlando en particular los árboles del mismo, tanto en sus ramas o troncos como en sus raíces, y respondiendo por los perjuicios que ellos generen, objetivamente y sin necesidad de más requisitos salvo las excepciones antedichas, ante los usuarios o a los particulares que tengan fincas o viviendas junto al indicado demanio.

II

1. Desde una perspectiva procedimental ha de convenirse que, no obstante lo que seguidamente se indica, se ha tramitado correctamente el procedimiento a seguir, incluido los trámites de audiencia e información administrativa. Desde luego, es competente para actuar la Consejería de Obras Públicas de la Administración autonómica y la Resolución del procedimiento corresponde al titular de aquélla y, por tanto, ha de tener forma de Orden (cfr. artículos 29.1 de la Ley autonómica 14/1990 y 42 de la Ley autonómica 1/1983).

También se cumplen las reglas relativas a la legitimación activa y pasiva correspondientes a este procedimiento, pues la primera pertenece al reclamante, en cuanto interesado que demostradamente es titular del bien dañado (cfr. artículo 142.1, Ley 30/1992 en relación con los artículos 31.1.a) y 139 de esta Ley) y la segunda a la CAC, actuando mediante su Administración sectorialmente competente, como titular de la competencia y del servicio público de carreteras y, en concreto, de la vía dónde ocurrió el hecho dañoso; al menos a los efectos que nos interesan porque, aún no siendo de interés y, por ello, de competencia regional esa carretera, todavía no es efectiva la transferencia competencial hecha al respecto al Cabildo de Gran Canaria (cfr. artículos 30.18, EAC, 2 al 5 y 25 de la Ley autonómica 9/1991, de carreteras de Canarias, así como su disposición transitoria tercera y la disposición transitoria primera de su Reglamento; y disposiciones adicional primera y transitoria tercera, Ley autonómica 14/1990).

Asimismo, se emite en momento y con objeto adecuado el Informe del Servicio Jurídico, aunque no parece que su contenido, meramente descriptivo y sin analizar debidamente la Propuesta a informar, se ajuste a la finalidad del mismo. Por demás, la definitiva Propuesta no la emite el órgano competente para ello, que es el titular de la instrucción del expediente, que no parece que lo sea en esta materia la Secretaría General Técnica del Departamento administrativo actuante y menos aún un servicio de ésta, como este Organismo ha expuesto reiterada y fundadamente en Dictámenes precedentes.

2. Por otra parte, se cumplen los requisitos legales de admisibilidad de la reclamación, tanto el temporal, como los relativos a las características del daño, pues es efectivo y evaluable económicamente y está individualizado personalmente.

En este sentido, cabe apuntar que, aunque el daño parece haberse producido en 1995, como se desprende del expediente y observa el propio afectado en su comunicación a la Administración competente, desde luego sigue existiendo cuando, en noviembre de 1996 y, además, a indicación de aquélla, presentó la reclamación en forma que trae causa.

Sin embargo, se ha incumplido en casi el mismo tiempo que el disponible reglamentariamente al efecto el plazo para resolver previsto en el artículo 13.3, RPRP, sin que exista motivo razonable para ello, máxime cuando ni siquiera se ha acordado período extraordinario de prueba o se han actuado las facultades de los artículos 42.2 o 49.1 de la Ley 30/92. Por ello, en principio y con las consecuencias que esto pudiera comportar para la Administración, son de aplicación los artículos 42.3 y 79.2 de dicha Ley.

No obstante, como no consta documentado en el expediente que el afectado hubiere recabado el certificado del artículo 44, Ley 30/1992, ni, por tanto, que éste se hubiere expedido o hubiese transcurrido el plazo para ello, la Administración, salvo que efectivamente ocurrieran estos extremos, está obligada a resolver expresamente la reclamación interpuesta, conforme establece el artículo 43.1 de la citada Ley.

III

Procede seguidamente analizar la adecuación jurídica de los Fundamentos y, consecuentemente, Resuelvo de la Propuesta sometida a dictamen a la luz de la normativa aplicable, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina de este Organismo o del Consejo de Estado al respecto, y vistos los antecedentes de hecho recogidos en el expediente administrativo que documenta el procedimiento tramitado, remitido al Consejo Consultivo junto a la solicitud de este Dictamen.

1. En este sentido, bueno es recordar que el afectado puso en conocimiento de la Administración hace ya más de dos años que el aljibe de su propiedad había sido penetrado y dañado por una raíz de árbol que, dadas las condiciones del lugar, seguramente provenía de eucaliptos situados al borde de la carretera que pasa junto a su propiedad. Por eso, solicitaba la reparación de dichos daños, aportando al

respecto presupuesto técnico de obra y estudio pericial del hecho lesivo, y pidiendo la inspección del lugar por la Administración.

Sin embargo, ésta contestó dos meses después señalando que un celador informó sobre el particular y recomendándole que, dado el comportamiento de las raíces de eucaliptos, cortara como "medida rápida" las que invadían su propiedad, de acuerdo con la legislación vigente. Además, se decía que el afectado impermeabilizara el aljibe para evitar fugas, afirmándose que la causa de los daños era el agrietamiento del aljibe que producía filtraciones y atraía por su humedad las raíces que las causaron.

Pero estas afirmaciones han de ser calificadas realmente de suposiciones o conjeturas, no ya porque dadas las características de la zona y la propia finalidad del aljibe, que es recoger agua de lluvia, directamente o por canalizaciones desde la vivienda, allí va a haber necesaria e inevitablemente humedad, sino porque el funcionario que contesta no había estado en el lugar, ni había tenido la información suficiente como para hacer semejantes consideraciones.

Así, el celador sólo informa que existe en efecto aljibe hecho de piedra y escollera, aunque no está seguro, y que ha sido penetrado por una raíz que, por su interior, baja hasta el fondo y luego se panaliza. Es más, advierte que el afectado señala que de los árboles en cuestión caen ramas y hojas que son un peligro y obstruyen los bajantes, cosa que considera cierta. Lo que no dice en ningún momento es que el aljibe esté agrietado, al menos por sitios distintos del afectado por la raíz.

Muchos meses después, supuestamente por insistencia del interesado en el tema, la Administración le señala que deberá efectuar reclamación por responsabilidad patrimonial. Lo que aquel hace al mes siguiente, debiendo esperar casi otro mes más a que la Administración le requiera para que complete con cierta documentación dicha reclamación, aunque alguna ya estaba en poder de aquella y, además, se le insta improcedentemente a que sea el propio afectado el que "deba" ponerse en contacto con el técnico del servicio, otro distinto del que había actuado hasta entonces, para que éste inspeccione los daños. Todo lo cual, en definitiva, hace el interesado.

Precisamente, el indicado técnico termina informando, irregularmente por cierto porque no lo hace diez días sino más de un mes después aún a pesar de que él mismo señala que reconoció el aljibe más de un mes antes, que no pudo comprobar el estado de la pared donde penetró la raíz porque el referido aljibe estaba con agua en más de la mitad de su capacidad. Luego, tras entender que la raíz procedía de un eucalipto sito junto a la carretera, recuerda sin más estudio o comprobación el escrito del jefe del servicio de carreteras al afectado en base al informe del celador antes comentado. Por eso, tampoco él afirma o apunta que el aljibe tenga grietas o filtraciones, al menos ajenas a las causadas por la raíz y, por ello, anteriores a éstas y provocadoras eventualmente de la supuesta razón única de atracción de esa raíz, y no indica que el aljibe no estuviera impermeabilizado o no lo estuviera suficientemente. Finaliza diciendo que puede repararse la pared dañada, con determinadas obras y una impermeabilización especial de tal pared, no del resto.

Por último, el Viceconsejero de Infraestructuras es quien eleva al Consejero un Informe-Propuesta en el que se acaba reconociendo el derecho indemnizatorio del reclamante, aunque, por las razones que en él se indican, aceptables parcialmente por la causa que luego se expondrá, se cuantifica la indemnización en el monto de la reparación sugerida por el técnico y no en la cantidad pedida por el reclamante. Además, contradiciéndose posteriormente en el procedimiento esta decisión y, por ende, las condiciones que han de darse para tomarla según el artículo 14, RPRP, y más de cuatro meses después de presentada la reclamación, se decide aquí que dicho procedimiento se continúe por el trámite de urgencia, de modo que, desconociendo el interesado esa contradicción, con lo que ello comporta, se incumple otra vez la normativa procedimental por este motivo y por el hecho de que el procedimiento "urgente" aún no se ha culminado.

Así, efectuado el trámite de vista y audiencia, e informada por el Servicio Jurídico la inicial Propuesta del órgano instructor, señalándose en aquel por el afectado que el aljibe está impermeabilizado, se culmina hasta aquí el procedimiento con una Propuesta de Resolución definitiva. En ella, con argumentos basados en los datos recordados en este Dictamen que hasta ahora no habían sido usados con este nuevo propósito y, por supuesto, dejando con esto sin efecto el Informe-Propuesta favorable a sus intereses que él sí conocía y aceptaba, hasta el punto de conformarse con la cantidad a abonar como indemnización y pedir que fuere la propia Administración quien reparase el daño y eliminase su causa, se

desestima la reclamación al entenderse que la conducta del afectado es la causante de su daño, debiendo pasar entonces por soportarlo al quebrar el nexo causal entre éste y el funcionamiento del servicio.

2. Pues bien, en estas circunstancias, producidas en cierta medida por no ser el órgano instructor el efectivo redactor de la propuesta de Resolución, y visto lo dispuesto en los artículos 81 a 84, Ley 30/1992, pudiera plantearse en principio que el repentino y diametral cambio de actitud de la Administración actuante, propiciado por el servicio de recursos, disposiciones e informes de la Consejería competente y simplemente comentado por el Servicio Jurídico, debiera ser conocido por el reclamante para que lo contestara y no le produjera una situación que, por inesperada y no generada por el Servicio o la Dirección General actuante, sería cuestionable en cuanto generadora de indefensión.

En todo caso, no es adecuado lo que se recoge en el Fundamento III de la Propuesta, al menos en orden a afirmar que no existe la relación de causa a efecto entre el perjuicio del afectado por daños en su aljibe y el funcionamiento del servicio público de carreteras; es decir, lo aquí argumentado no sirve para rechazar que tales daños no son consecuencia de este funcionamiento, entendido aquí en la extensión, contenido y carácter que se señalaron en el Fundamento I de este Dictamen.

Ciertamente, el afectado no puede exigir que los árboles cuyas raíces le causaron daño sean eliminados, pero, en realidad, lo que él ha pedido, y reiteradamente, es que se corten esas raíces. Además, nada tiene que ver con este asunto, ni se discute al efecto, una eventual prescripción adquisitiva de esos árboles, que ahora y antes forman parte del entorno de la carretera y, por ende, de su dominio público legalmente determinado, con todo lo que esto conlleva y que ya se ha dicho.

Por otro lado, por obvias razones resulta claro que es más importante para un árbol sus raíces que sus ramas y no puede compartirse, asimismo por razones evidentes, que las raíces de un árbol se conviertan, y nada menos que por accesión, en propiedad del titular del fundo en el que se introducen, pudiendo cortarlas y matar ese árbol. Pero es que lo prevenido en el artículo 592 del Código Civil es una facultad del dueño de ese fundo, pero no una obligación suya, de manera que si esas raíces antes de ser descubierta su presencia causan algún daño, es el titular del árbol el que ha de repararlo.

En esta línea, cabe advertir que tal presencia generalmente viene a ser detectada cuando la raíz ya ha producido daño, que ha de ser reparado como se ha dicho por su titular. Con más motivo aún esto ha de suceder cuando dicho titular resulta ser la Administración, que responde objetivamente por daños causados por el funcionamiento, no exactamente de sus servicios funcionariales, sino del servicio del que es titular pese a que su actuación al respecto sea normal.

Es más, el afectado puede tener gastos en la procura de eliminar la raíz que puede causarle o que le ha causado ya cierta lesión, como ocurre justamente en este supuesto, pudiendo repetirlos contra el propietario del árbol. Y, desde luego, advertido éste de la existencia de la raíz, procedería que fuese él mismo quien la eliminara, corriendo con los gastos necesarios a ese fin y, por supuesto, siendo de su cuenta la reparación de los subsiguientes daños que aquella ocasionare a partir de ese momento.

De lo antedicho se deduce, a los concretos fines de la aplicación del artículo 139, Ley 30/1992 o 106.2 de la Constitución y, en particular, al eventual uso de la causa exoneratoria de fuerza mayor, que en esta ocasión no cabe aducir ésta, pues el supuesto que nos ocupa pudiera incluirse en el ámbito del caso fortuito, pero no en el de aquella.

3. En este orden de cosas, aún compartiendo sustancialmente la inteligencia de la actuación del instituto jurídico que nos ocupa y, por tanto, la aplicación de los preceptos que lo regulan explicitada por el Tribunal Supremo (TS), particularmente en su sentencia citada en el Fundamento IV del Proyecto, sucede que no parece que pueda sostenerse la quiebra en este supuesto del nexo causal entre los daños producidos y el funcionamiento del servicio público por la conducta del afectado.

En el contexto que nos movemos ha de partirse de que cabe la conexión entre el deber de conservación, plena y completa, de los eucaliptos del dominio público de titularidad autonómica y los daños que sus raíces les causen a los particulares. Y este presupuesto no se quiebra aquí por datos o pruebas demostrativos de que la conducta del afectado ha interferido para evitar esa conexión. Evidentemente, ello no lo acredita o demuestra el informe del técnico del servicio y mucho menos lo hace el del celador del mismo, cualquiera que fuere el material de construcción del aljibe.

Por contra, todo parece indicar, máxime relacionando esos informes con la pericia aportada por el afectado, que el aljibe estaba suficientemente impermeabilizado o construido para no perder agua, o bien, que no tenía grietas comprobadas, ni subsiguientes filtraciones, antes del hecho lesivo, produciéndose las humedades por la propia naturaleza de este instrumento y de su función, así como de la zona en la que se encuentra. Además, no parece que exista obligación del propietario de impermeabilizarlo de una forma especial y, desde luego, no es cierto que se dijera al afectado que arreglara fisuras previas a la rotura del aljibe por la raíz, sino las que ésta había ocasionado, simplemente porque nadie constata que existieran, antes o después, otras que no fueran aquellas.

Por esto, es asimismo incierto, particularmente no acomodado a lo mantenido en los Informes de la propia Administración, que se comprobara que las grietas del aljibe fueron las que ocasionaron que una raíz se acercara y produjera otras o, como es absolutamente obvio, esas mismas grietas.

Igualmente yerra la Propuesta cuando sostiene, no que la Administración debe comprobar o acreditar que sus afirmaciones son correctas, cosa que no se hace, sino que el afectado, que se recuerda desconoce el sentido y fin que a las mismas se quiere dar en aquella, ha de desacreditarlas, pues éste sólo debe probar, como ha hecho, las cuestiones indicadas en el Fundamento I del Dictamen, pero no lo que pretende la Administración o, en otros términos, que él no ha procedido culposamente en este asunto, máxime no dándosele oportunidad para hacerlo. En este sentido, se ha de insistir que la Administración responde objetivamente, siendo deber suyo como parte de ese funcionamiento sanear los árboles de las carreteras de su titularidad, incluidas sus raíces, y asumir los gastos de la reparación de los daños que éstas causen.

En definitiva, no constando que esté comprobado o demostrado como pretende la Administración que el daño se causa por la conducta del afectado, no ya posterior, que es obvio, sino anterior al hecho lesivo, extremo que debe aducir acreditadamente la Administración y aquí no hace, resulta que, mientras no compruebe o demuestre lo antedicho y como titular del árbol cuya raíz ocasionó el daño, ha de ser ella la responsable de éste y, por consiguiente, debe abonar como indemnización el coste de su reparación en el montante determinado por el Técnico

del Servicio, pudiendo hacer ella misma ésta y, en especial, sanear convenientemente ese árbol.

CONCLUSIÓN

Además de las irregularidades procedimentales en la actuación proyectada señaladas en los Fundamentos II y III, con lo que las mismas comportan, por las razones expuestas en los Puntos 3 y 4 del citado Fundamento III no es ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución objeto del Dictamen.