



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 9 / 2 0 0 1

La Laguna, a 11 de octubre de 2001.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Aguas en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.D.V., por daños como consecuencia del funcionamiento del servicio público de carreteras (EXP. 105/2001 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen expresa la opinión de este Organismo sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento de responsabilidad patrimonial relativa al servicio público de carreteras, a adoptar por el titular de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas de la Administración de la Comunidad Autónoma (CAC), en cuanto órgano administrativo legal y reglamentariamente habilitado para prestarlo en relación con una competencia y una carretera de titularidad autonómica, efectuando las funciones del mismo legalmente determinadas (cfr. artículos 30.17 y 18 del Estatuto de Autonomía, EAC; 1 a 10 de la Ley autonómica 9/91, así como su Reglamento y Anexos; y Reglamento orgánico de la Consejería citada).

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo, éste en relación con lo previsto en el artículo 22.13 de la Ley orgánica del Consejo de Estado, es preceptiva la solicitud de Dictamen en este supuesto, pudiendo producirla el titular del Departamento administrativo competente para actuar el servicio y resolver la reclamación, según preceptúa el vigente artículo 11.1 de la citada Ley de este Organismo (cfr. artículos 5.2 de la Ley de este Organismo y

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

2.1,m) de la Ley autonómica 14/90, en relación con el artículo 142.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC).

El procedimiento tramitado se inicia por escrito de reclamación de indemnización por daños, que se alega son consecuencia del funcionamiento del referido servicio, presentado por J.D.V. el 20 de septiembre de 1999, previa denuncia sobre el asunto al que aquélla concierne presentada por el mismo cinco días antes, ejerciendo el derecho indemnizatorio regulado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución (CE), en los artículos 139 y siguientes de la antedicha LRJAP-PAC y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/93, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 142.3 de la citada Ley.

En el análisis de adecuación de la actuación administrativa de referencia se tendrá presente, aparte de la ordenación sobre el servicio público actuado y la delegación de funciones operada al respecto, la regulación estatal sobre responsabilidad patrimonial porque, pese a tener la CAC competencia normativa en la materia (cfr. artículo 32.6, EAC), no se ha dictado norma autonómica de desarrollo de la base normativa estatal (cfr. artículos 149.3, CE y 7.1 y 3 o 54 de la Ley reguladora de las bases de Régimen Local, LRBRL).

2. El hecho lesivo consistió, según el indicado escrito, en la rotura de una tubería de conducción de agua, de unos 200 mm de diámetro, con pérdida de la misma, por una máquina que efectuaba trabajos de excavación en las obras de la carretera de circunvalación a Las Palmas, perteneciente a la empresa contratista de éstas, a la altura del p.k. 3,5, el día 18 de julio de 1999 sobre las 16 horas.

El reclamante actúa como interesado en cuanto arrendatario de la tubería, se entiende que de su gestión, para suministro de agua, perteneciendo tal tubería, como arrendador, a la Comunidad de Aguas "L.V." y siendo afectados, aparte del reclamante-gestor por pérdida directa de agua, vertida en tierra durante el tiempo transcurrido entre la rotura y el bloqueo de la tubería, dos empresas a las que se suministraba agua por ésta, incluyéndose las correspondientes facturas, entre las que está el coste de suministro de agua que debió darse a estas empresas en los días en que se reparaba la tubería.

Sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, ha de señalarse inmediatamente que la empresa constructora y la propia Administración, a través de la Dirección de Obras, reconocen la producción, si bien que accidental, del hecho lesivo. Y, además, que éste no solo ha sucedido en el ámbito de prestación del servicio público actuado, entendiéndose que forma parte del mismo la construcción de la vía de que se trata o que la actuación efectuada es servicio público en sentido amplio, como reconoce reiterada jurisprudencia y la generalidad de la doctrina jurídica, sino que es consecuencia de la orden expresa de la Administración contratante de que la contrata hiciera trabajos de excavación en la zona donde estaba la tubería.

Sin embargo, no queda claro de las manifestaciones de la empresa o de los informes de la Dirección de Obras tanto el concreto momento en que se produjo la rotura y, en conexión con ello, si se taponó la misma inmediatamente tras ésta o no, pudiendo suceder que se rompiera inadvertidamente la tubería y sólo después, en más o menos tiempo, el operario que realizaba la excavación se percatara de ello y se procediera al taponamiento. En todo caso, de las indicadas informaciones se deduce que la Administración conoce que la tubería es privada y que, conduciendo agua de esta índole, se utiliza para suministrarla a clientes diversos, estando directamente afectados por la rotura y paralización del suministro la lavandería X y otra empresa llamada Y.

El reclamante, como gestor de la tubería y responsable del suministro de agua en que consiste su uso, solicita que se le indemnice en la cuantía de los daños que trata de justificar mediante diversas facturas aportadas por él mismo, en relación con el suministro por empresa dedicada a ello mediante cubas de agua a las antedichas al pararse el suministro por la tubería y, expidiéndola X, a gastos sufridos por ésta ante la necesidad de adquirir agua extra o subsanar defectos en el negocio al que se dedica derivados del hecho lesivo. A lo que añade el costo del agua derramada por la rotura hasta que se taponó la tubería rota, que estima en cuatro mil metros cúbicos. No obstante, en el trámite de audiencia renuncia a ciertas partidas referidas a adquisición de agua a E. por X en las circunstancias antedichas, ascendiendo la cuantía de la indemnización inicial a 3.760.000 pesetas y, finalmente, a 3.134.000 pesetas.

Sin embargo, pese a los reconocimientos antes expresados y a las manifestaciones y documentos aportados por el reclamante, a la vista de los Informes emitidos por el Servicio de carreteras y por el Servicio Jurídico la PR desestima la reclamación, considerando que dicho reclamante no ha probado su condición de interesado, ni que la tubería rota pertenezca a la Comunidad L.V., dedicada a suministrar agua mediante ella primero y arrendadora a aquél después con el fin antedicho. Y que la facturas aportadas, aparte de no conformadas o justificadas por quienes las emiten, se refieren a conceptos de supuestos daños o perjuicios que no se acredita hubiere soportado el reclamante, siendo por demás la pérdida de agua por la rotura de cinco metros cúbicos solamente.

3. Finalmente, ha de observarse que, como ya se ha indicado, el hecho lesivo ocurre en los trabajos de construcción de la carretera de circunvalación a Las Palmas realizados, previa contratación al efecto efectuada por la Administración autonómica, por una U.T.E. formada por las empresas S. y S.

Pues bien, pese a lo previsto en el artículo 1.3, in fine, RPRP y en el artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, este Organismo ha advertido en recientes Dictámenes en la materia que constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) y Sentencias de otros Tribunales mantienen que, en supuestos de daños por la prestación de funciones públicas que estuvieran constatadas, la regulación aplicable (cfr. artículos 106.2 de la Constitución, CE y 139, LRJAP-PAC) determina que es la Administración titular del servicio o competente para prestarlo, quien ha de responder ante el reclamante, sin perjuicio de que, estimada la reclamación y siempre a la vista del contrato formalizado, aquélla pueda repetir contra el contratista.

En todo caso, los artículos 97.1 del citado Texto Refundido y 1.3, RPRP disponen que la Administración ha de responder en la ejecución de contratos frente al ciudadano cuando el daño causado sea consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración, o bien, sea ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de aquélla, siguiéndose el procedimiento previsto en el RPRP para determinar tal responsabilidad. Lo que, justamente, ha de efectuarse aquí al alegarse por la contrata y reconocerse por la Dirección de Obras que la rotura de la tubería sucede al ordenarse por ella la excavación en el lugar por donde discurría, quebrándose en dos puntos.

II

1. En este supuesto, dejando ahora por su obvia relevancia la cuestión de determinar los interesados y, por ende, legitimados para reclamar por los daños sufridos (cfr. artículo 139.1, LRJAP-PAC en relación con los artículos 142.1 y 31 de dicha Ley), parece indiscutible que se cumplen los requisitos relativos a la presentación y admisión de la reclamación previstos en los artículos 142.5 y 139.2, LRJAP-PAC, pues aquélla se formula dentro del año posterior a la producción del hecho lesivo y el daño es efectivo, económicamente evaluable y personalmente individualizado.

Por demás, en relación con la tramitación del procedimiento se efectúan las siguientes observaciones:

- Según los artículos 68 y 142.1, LRJAP-PAC y 4, RPRP, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se pueden iniciar a solicitud-reclamación de los interesados, contándose desde ese momento el plazo legal disponible por la Administración para resolver y notificar su decisión al reclamante. Pero, a este o a cualquier otro efecto, no se inician por una innecesaria Resolución administrativa de admisión de la reclamación o, aun menos, por la comunicación de ésta de haberse indicado su tramitación. Lo que no obsta a que la Administración, en aplicación del artículo 71, LRJAP-PAC, requiera al reclamante para que subsane errores o deficiencias en su escrito de solicitud, aquí en relación con lo dispuesto en los artículos 70 de dicha Ley y 6, RPRP, con los efectos allí prevenidos o con la posibilidad de suspensión prevista en el artículo 42.5,a) de la misma Ley, siempre sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 79.1, y 80 de ésta. Y, siendo en este caso procedente tal requerimiento, aquí no se ha producido, aunque de ello no se deduzca indefensión del interesado o perjuicio de su derecho indemnizatorio en relación con la producción del trámite probatorio.

Precisamente, se han realizado correctamente tanto los trámites relativos a la empresa contratista previstos en el artículo 1.3, RPRP, considerándola adecuadamente como parte interesada de carácter no administrativo, como los de Informes, especialmente del Servicio y de la Dirección de Obras al menos en cuanto a su solicitud, y el de audiencia al reclamante, en principio.

Sin embargo, ocurre que, tras celebrarse el antedicho trámite de audiencia, a la vista de las alegaciones en él producidas por el reclamante el órgano instructor decidió recabar nuevo Informe del Servicio sobre las mismas y otras circunstancias del hecho lesivo y sus efectos, emitiéndose tal Informe sin conocer el reclamante sus términos, ciertamente relevantes al caso y contradictorios con sus alegaciones, y teniéndose los mismos en cuenta para resolver.

Lo que no es conforme a Derecho en cuanto que, en efecto, no se cumple la normativa procedimental respecto a la producción de los trámites de informes y de audiencia, particularmente en relación con su orden y conexión con la redacción de la Propuesta de Resolución (cfr. artículos 82 y 84.1 LRJAP-PAC). Y, consecuentemente, se genera indefensión al reclamante y, por ende, se afectan sus legítimos intereses, no pudiéndose prescindir de otra audiencia en orden a que conozca los nuevos datos proporcionados y alegaciones efectuadas por el Servicio actuante y pueda pronunciarse contradictoriamente sobre ellos, contestándosele en la Resolución y, lógicamente, antes en su Propuesta, de acuerdo con lo previsto en los artículos 84.3 y 89.1, LRJAP-PAC.

- Por otra parte, se ha superado en gran medida el plazo de resolución del procedimiento a seguir (cfr. artículos 42.2, LRJAP-PAC y 13.3, RPRP); exceso que no está fundamentado al no acordarse suspensión del procedimiento o ampliación del plazo indicado por el órgano instructor según la normativa aplicable, y que no resulta justificable dadas las características del asunto a resolver y vista la excesiva demora en hacerlo. La cual, desde luego, no es imputable en absoluto al interesado, pues se produce por la tardía realización de diversos trámites por la Administración. No obstante, lo antedicho no obsta a la obligación de resolver expresamente el procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades, aun de orden económico, que proceda exigir (cfr. artículos 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4, LRJAP-PAC) y de que deba entenderse desestimatorio el silencio administrativo producido (cfr. artículos 43.2 y 142.7, LRJAP-PAC).

Particularmente, no procede entender suspendido el procedimiento, como se dice aunque sea indirectamente por la Administración, por haberse intentado, sin éxito, un acuerdo entre reclamante y contratista, cuyos términos se desconocen por cierto, no siendo al efecto aplicable el artículo 42.5,e), LRJAP-PAC. Así, además de que su aplicación no ha sido correcta, no constando el cumplimiento de los requisitos allí contemplados, lo esencial es que las

negociaciones a las que se refiere el precepto se conectan necesariamente con la terminación convencional del procedimiento y resulta que no sólo ha de ser parte necesariamente de ese acuerdo indemnizatorio la Administración, y no la contrata, sino que en este caso, como se ha visto, la responsabilidad eventualmente exigible corresponde a la Administración y no al contratista.

- Finalmente, ha de observarse que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 89.3, 107.1 y 116, LRJAP-PAC, aun siendo correcto que en la Resolución, y por tanto en su Propuesta, se expresen los recursos que contra ésta procedan, como intenta hacer la PR analizada, sin embargo lo hace inadecuadamente en cuanto olvida la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición frente a ella, siendo desde luego un acto que cierra la vía administrativa, ante el mismo órgano que la dicte.

2. Según se apuntó precedentemente, resulta decisivo en esta ocasión determinar si el reclamante está o no legitimado para reclamar por los daños ocasionados, siendo interesado o no a tal fin por completo o, al menos, en cierta medida. Y, en conexión con ello, si hay otras personas eventualmente perjudicadas por los diversos efectos del accidente; es decir, si existen otros interesados, debiéndose aplicar al respecto por la Administración actuante el artículo 5, RPRP, especialmente en su apartado 3.

Ya se ha dicho, y así consta, que el reclamante afirma que interpone la reclamación como titular del negocio de suministro de agua a particulares, en condición de arrendatario del uso de una tubería de conducción de agua existente a ese fin que así se ha utilizado largo tiempo, siendo su propietario y hasta entonces explotador de la misma la Comunidad L.V., formalizándose con aquél el correspondiente contrato mediante su representante. Para demostrar todo esto el reclamante aporta copia del indicado contrato firmada por él y el referido representante, señalándose no sólo que la referida Comunidad es la propietaria de la tubería, sino que tiene una determinada cartera de clientes, entre los que concretamente están la propia E. y la Junta de Obras del Puerto de Las Palmas.

En esta tesitura cabría pensar que el reclamante puede dirigirse a la Administración para que ésta indemnice los gastos que él ha tenido en este asunto, directamente por pérdida de agua derramada e indirectamente en cuanto debe afrontar tanto los gastos del suministro extraordinario de agua a sus clientes

provocado por la paralización del ordinario, como los restantes sufridos por éstos al romperse la tubería o al reanudarse aquél. Lo que se cohonesto con el hecho de que las correspondientes facturas, demostrativas de su condición de suministrador y de los gastos soportados, se dirigen a él y es él quien las posee y utiliza.

Es cierto que el contrato de arrendamiento presentado es, al parecer, privado y no se acredita la condición de representante habilitado para formalizarlo de quien dice hacerlo en nombre del propietario, que, además, la Administración dice desconocer no sólo en cuanto tal, sino en su propia existencia. Pero no puede exigirse al arrendatario que acredite por otra vía que la intentada la existencia del contrato. Y, teniendo la CAC competencia en materia de aguas y estando vigente la Ley autonómica en aquélla, al aducirse la existencia durante años de la tubería de que se trata en propiedad de la Comunidad L.V. y el uso por ésta de la misma para suministro de agua a diversos clientes, notorios o públicos algunos, parece impensable que la Administración pueda alegar desconocimiento de la referida Comunidad y su tubería o del uso de ésta para suministro de agua, o bien, que no tiene medios para conocer estas circunstancias, siquiera sea porque en este asunto aparecen al menos dos empresas que resultan afectadas ya que, siendo clientes del suministro, éste se les ha cortado, dirigiéndose para solucionar el problema al suministrador.

En cualquier caso, admitiendo que existen dudas para considerar legitimado al reclamante, al menos como único interesado, las circunstancias del supuesto que nos ocupa hacen exigible la aplicación al mismo el artículo 5.3, RPRP, en cuanto que, asumida la rotura de la tubería por orden de la Administración y que tal rotura ha producido ciertos daños, es claro que existen derechos indemnizatorios que deben reconocerse, conectándose tales daños, por más que estos deban determinarse y cuantificarse mediante el correspondiente procedimiento de responsabilidad, al funcionamiento del servicio público de carreteras o de un servicio público.

Esto es, el órgano competente en esta materia está obligado a acordar de oficio la iniciación del referido procedimiento, aunque habiéndose ya iniciado éste y habida cuenta las dudas referidas, lo procedente sería notificar a los particulares presuntamente lesionados para que, en el plazo de siete días, aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan las pruebas que consideren adecuadas a su reconocimiento, incluyendo al reclamante al que concierne la PR dictaminada, con remisión al mismo a los efectos

oportunos del Informe producido tras el trámite de audiencia y que desconoce. Es más, siendo tales eventuales interesados la Comunidad de Aguas L.V., X e Y, ha de señalarse que todos ellos están perfectamente localizados al respecto y que, no obstante ello, su no personación no impide la instrucción del procedimiento.

En fin, en lo concerniente al concreto punto de determinar la pérdida de agua por derrame, existiendo evidente discrepancia al respecto entre lo indicado por el reclamante y lo afirmado por la empresa y la Administración, ha de añadirse que, aun cuando la afirmación del reclamante no viene acompañada más que de un argumento insuficiente al efecto, éste no puede rechazarse sin más porque sin duda la tubería tiene unas dimensiones considerables y al romperse no se niega que condujera agua. Por eso, como ya se apuntó antes, es esencial aclarar, cosa que no se hace por la Administración ni el órgano instructor se ocupa de que se haga, si la rotura de la tubería por dos sitios distintos y distantes se apreció inmediatamente y si, entonces, se taponó la tubería conseguida, o bien, si ello no fue así y antes de ser taponada pudo estar vertiendo agua algún tiempo.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas en el Fundamento II, no es conforme a Derecho la PR dictaminada, procediendo la retroacción de actuaciones a los fines de que se realicen, en los términos y con la finalidad allí expresados, las que se señalan en el Punto 2 de dicho Fundamento.