



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 7 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de febrero de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.M.H., por daños ocasionados en el vehículo de su propiedad, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de carreteras (EXP. 17/2015 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo de Tenerife, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado a instancia de A.M.H., por los daños materiales sufridos en su vehículo como consecuencia del funcionamiento del servicio público insular de carreteras.

2. La reclamación fue presentada el 22 de noviembre de 2010, solicitando el interesado una indemnización que asciende a la cantidad de 670,02 euros.

Este procedimiento ha sido iniciado con anterioridad a la modificación del art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias operada por la Ley 5/2011, de 17 de marzo, en cuya virtud será preceptivo el dictamen de este Organismo en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 6.000 euros. La Ley 5/2011 no estableció un régimen transitorio para los procedimientos que se encontrasen en tramitación en el momento de su entrada en vigor, por lo que han de regirse por la normativa anterior vigente en el momento de su inicio (disposición transitoria segunda.1 de la Ley 30/1992, de de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC). En consecuencia, en los procedimientos iniciados con anterioridad, como es el caso, el dictamen es preceptivo con independencia de la cuantía solicitada en concepto de indemnización.

La preceptividad del Dictamen se ampara pues en el citado art. 11.1.D.e) de la Ley de este Consejo, en relación con el art. 142.3 LRJAP-PAC, de carácter básico.

3. La legitimación del Alcalde para solicitar el dictamen deriva del art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

II

1. El procedimiento se inicia por el escrito presentado por A.M.H. en el que se solicita una indemnización por los daños materiales sufridos en su vehículo como consecuencia del mal estado de una tapa de alcantarilla situada sobre la vía.

Según relata en su solicitud, cuando circulaba el 12 de noviembre de 2010, sobre las 14:10 horas, por la carretera TF 66, dirección Buzanada, vio cómo dos coches de la Policía Local de Arona, que circulaban en su mismo sentido venían pidiendo paso con luces de emergencia y sirena acústica, por lo que tomó a la derecha para facilitarles el paso y al retomar la vía oyó un gran golpe. Paró a pocos metros y vio cómo la tapa de la alcantarilla había saltado y golpeó la parte derecha trasera, produciendo daños en el guardabarros y puerta del vehículo.

Continúa relatando que pidió ayuda al 112 y momentos después pasó un vehículo de la Policía Local, que se detuvo a su indicación, y contactó con la patrulla policial para tomar fotos y redactar un informe sobre lo ocurrido, así como con el Servicio de Carreteras, cuyos operarios igualmente se personaron.

En su reclamación solicita que le sean reparados los daños materiales, que cuantifica en trámite posterior en la cantidad de 670,02 euros.

2. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega daños materiales en un bien de su propiedad como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

3. El hecho lesivo que ha determinado la iniciación del procedimiento se produjo el 12 de noviembre de 2010, por lo que la reclamación, presentada el siguiente día 22 del mismo mes y año, no puede considerarse extemporánea, al no haber

transcurrido el plazo de un año legalmente previsto desde la producción del hecho lesivo (art. 142.5 LRJAP-PAC).

4. Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, constan en el expediente las siguientes actuaciones:

- El 4 de diciembre de 2010, se requiere al interesado la subsanación de su solicitud con la aportación de diversa documentación que se relaciona. En este mismo escrito se pone en su conocimiento el plazo de resolución del procedimiento, así como los efectos del silencio administrativo. El interesado aporta la referida documentación en el plazo concedido al efecto.

- Con fecha 7 de diciembre de 2010, se solicita a la Policía Local de Arona copia de las diligencias que se hayan efectuado en relación con el accidente sufrido por el interesado, remitiendo ésta copia del atestado instruido.

- Con fecha 31 de enero de 2011, se solicita el preceptivo informe del Servicio de Conservación y Explotación de Carreteras. Se solicita asimismo a este mismo Servicio informe acerca de la valoración del daño efectuada en el informe pericial aportado por el reclamante.

Estos informes se emiten en fechas, respectivamente, de 19 de julio y 5 de abril de 2011.

- Con fecha 9 de marzo de 2012, el reclamante solicita la emisión de certificación acreditativa del silencio producido, a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo. El documento acreditativo del silencio se emite el 13 de marzo de 2012, interponiendo el citado recurso el interesado el siguiente 21 de mayo.

- Mediante escrito de 14 de marzo de 2012, se comunica al interesado que puede proponer la prueba que estime oportuna.

- Con fecha 23 de noviembre de 2012, se emite Informe-Propuesta de Resolución, de carácter desestimatorio de la reclamación presentada.

- Con fecha 3 de diciembre de 2012, se adopta Acuerdo por el Consejo de Gobierno Insular por el que se desestima la reclamación presentada. Este Acuerdo fue notificado al interesado con fecha 11 de diciembre de 2012

- Mediante Sentencia de 16 de octubre de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, se anuló la resolución recurrida por no

haberse solicitado el dictamen de este Consejo, en el entendimiento de que, dada la fecha de presentación de la reclamación, no resulta de aplicación la modificación operada en la ley reguladora de este Organismo por la Ley 5/2011. Ordena en consecuencia la retroacción de las actuaciones a fin de que se recabase el pronunciamiento de este Consejo.

- Tras este pronunciamiento judicial y sin más tramitación se ha elaborado la Propuesta de Resolución, igualmente de carácter desestimatorio, y se ha recabado el preceptivo dictamen.

5. En relación con el procedimiento tramitado, es de observar que no se procedió a la apertura del periodo probatorio, pues la única actuación que consta en el expediente es el escrito remitido al interesado con fecha 14 de marzo de 2012, que puede ser considerado como el de apertura de periodo probatorio. En relación con este escrito no consta que el interesado propusiera prueba alguna. No obstante, si formuló esta propuesta con ocasión de la subsanación de su solicitud, proponiendo entonces la documental que ya había aportado, la incorporación del atestado instruido por la Policía Local y la declaración testifical de los agentes intervinientes. La Administración debió emitir un pronunciamiento expreso acerca de la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas, lo que no llevó a efecto. Tal proceder, sin embargo, no ha causado indefensión al interesado, teniendo en cuenta que efectivamente se incorporó el citado atestado y que la Administración da por ciertos los hechos.

Tampoco se concedió trámite de audiencia al interesado, si bien es posible alcanzar la misma conclusión en relación con la indefensión, dado que en el expediente no se han tenido en cuenta otros hechos que los alegados por el interesado, lo que permite a la Administración prescindir de tal trámite (art. 84.4 LRJAP-PAC).

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Administración desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que el accidente que originó el daño fue causado por la posible conducta negligente del conductor, así como por la intervención de un tercero (vehículos policiales), que ocasionó consciente o inadvertidamente la situación de peligro generadora del daño, lo que implica la ruptura del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio insular de carreteras y el perjuicio sufrido. A ello se añade que se han cumplido

debidamente sus obligaciones de garantizar debidamente la conservación de la vía a través de la empresa de mantenimiento.

2. En el presente asunto, la realidad del hecho lesivo se encuentra acreditada en el expediente a través del Atestado instruido por la Policía Local y por el informe del Servicio de Conservación y Explotación de Carreteras.

En citado Atestado, que incorpora diversas fotografías del estado de la calzada y de los daños en el vehículo, se hace constar que se personaron en el lugar a las 14:30 horas aproximadamente, manifestándoles el conductor que "instantes antes había pasado un par de coches de la policía local de Arona, con señales acústicas y destellantes, motivo éste por el que el tráfico se dirige hacia la derecha de la vía, para facilitar la conducción de emergencias o prioritaria de éstos, instantes en el que al aproximarme al margen derecho de la vía, una tapa de alcantarilla se proyecta contra mi vehículo, ocasionándome daños en el mismo al pasar sobre ésta".

Hacen constar asimismo que realizan el informe fotográfico y que activan a través de llamada telefónica al Servicio de Mantenimiento de carreteras insular, cuyos operarios hacen acto de presencia en el lugar, solventando la incidencia.

El informe del Servicio de Conservación y Explotación de Carreteras hace constar los siguientes extremos:

- La zona del accidente pertenece a la conservación ordinaria y aseguramiento a la viabilidad en la red de carreteras sector Sur y la empresa adjudicataria del mismo es X, S.L.

- La empresa contratada no tuvo constatación directa del citado accidente. No obstante, recibió aviso por parte del 112 de la incidencia, por lo que el personal adscrito a la conservación en el momento de los hechos, que se encontraba en otro punto kilométrico realizando tareas de mantenimiento, se dirigió de manera inmediata al lugar de los hechos (14:30 horas), pudiendo comprobar a su llegada la existencia de la rejilla suelta, encontrándose involucrado el vehículo del reclamante, por lo que procedió a la señalización de la zona, redacción de los partes correspondientes acompañadas de las imágenes visuales y posterior reparación de la rejilla.

- En cuanto a la causa del accidente, expone que no se trata de una tapa de alcantarilla sino de un imbornal de desagüe de aguas pluviales que forma parte de la red de recogida para mejorar el drenaje de la zona.

Destaca asimismo que este registro pluvial se encuentra situado fuera de la zona destinada a la circulación, por lo que en una situación normal el conductor no estaba abocado a llegar a ésta, produciéndose de hecho la maniobra con el objeto de dar prioridad de paso a los vehículos de la Policía Local.

- El hecho de que una rejilla que aparentemente está correctamente colocada salte al paso de un vehículo y se salga de su lugar es un hecho totalmente fortuito y casual, que no puede ser previsto por parte del personal adscrito a vigilancia.

Concluye este informe que, no obstante, el incidente fue solventado en el tiempo prudencialmente establecido, por lo que el deber de vigilancia ni puede exceder de la que sea razonablemente exigible, de modo que no se puede pretender una vigilancia tan intensa y puntual que garantice de modo instantáneo e inmediato que el tráfico esté libre en todo momento. Finaliza señalando que la zona es recorrida tres veces al día por el personal adscrito a la conservación de la carretera durante todo el año, incluidos los festivos y no laborables, detectando cualquier incidencia que pueda producirse.

3. En cuanto al funcionamiento del servicio público afectado, se considera, en contra de lo que sostiene la Administración, que ha sido inadecuado, puesto que la Administración, como titular de la vía, debía velar porque esta se hallara en adecuadas condiciones de uso, sin la existencia de defectos en el pavimento o en los elementos que se encuentran en la calzada que constituyan fuente de peligro para los usuarios.

En el expediente se encuentra acreditado, como acaba de señalarse, que el imbornal que causó el daño se desprendió al paso del vehículo, de lo que puede deducirse que se encontraba incorrectamente colocado, pues la Administración no ha acreditado lo contrario, señalando incluso el Servicio que “aparentemente” se encontraba bien colocada. Por ello no puede sostenerse que las labores de mantenimiento de la calzada fueran las adecuadas, al existir un elemento indebidamente colocado.

Tampoco el hecho de que el imbornal se encontrara situado en el arcén impide desestimar la responsabilidad de la Administración, pues si bien los vehículos han de circular por la zona de la calzada habilitada para ello, de la propia legislación aplicable resulta que es posible la circulación por el arcén por razones de emergencia (art. 14.1 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo), supuesto en el que cabría considerar la prioridad de paso de los vehículos policiales.

El citado Texto Refundido prevé asimismo la circulación por el arcén para determinados vehículos (artículo 15).

Además, constituyendo el arcén parte integrante de la carretera, es responsabilidad de la Administración conservarlo en las debidas condiciones de seguridad para su uso, evitando las situaciones de peligro que pudieran producirse por defectos en los elementos que lo integran.

El daño por lo demás no se ha producido por la intervención de un tercero, pues no fueron los vehículos policiales los que lo generaron sino el estado del arcén.

Por último, las consideraciones acerca de una posible negligencia en la circulación por parte del conductor que se vierten en la Propuesta de Resolución carecen de fundamento, pues no existe en el expediente prueba alguna que pudiera avalar estas manifestaciones, que por lo demás se vierten novedosamente en la Propuesta, dado que no existe referencia alguna a la misma a lo largo del expediente.

Procede considerar por todo ello que existe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño producido.

IV

1. Constatada, pues, la existencia de los hechos y su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio, queda por determinar quién ha de responder por la causación de los daños ocasionados.

A este respecto, procede señalar que, en efecto, si bien el art. 106 CE prescribe la responsabilidad de la Administración por las lesiones sufridas por los administrados en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en este supuesto resulta de aplicación el art. 214.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que establece la obligación de los contratistas de indemnizar a los particulares los daños que causen como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, siempre que tales perjuicios no hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración.

En definitiva, si los contratistas durante la ejecución del contrato causan daños a los administrados ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración.

Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el art. 214.3 TRLCSP) contemple que los terceros perjudicados podrán requerir previamente al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Ello porque, como hemos señalado en nuestro Dictamen 554/2011, lo que el art. 97.3 TRLCAP confiere al perjudicado es una facultad, como expresamente la califica el tenor del precepto y como resulta de la expresión "podrá requerir". No le impone pues la carga de que para alcanzar su pretensión deba formular necesariamente ese requerimiento como un obligatorio trámite previo a la interposición de su reclamación. A su elección queda presentar ésta directamente o formular ese requerimiento.

Esto lo corrobora, como asimismo señalamos en el citado dictamen, el siguiente apartado del art. 97 TRLCAP, al disponer que la reclamación de los interesados se formule en todo caso conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto. Ese requerimiento potestativo es distinto de la reclamación. Ésta se ha de tramitar por el procedimiento legal que corresponda que, cuando se trata de daños causados a usuarios por el funcionamiento de los servicios públicos, se ha de tramitar por el procedimiento administrativo de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ordenan el segundo párrafo del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y el apartado e) del artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), sin que la tramitación de este procedimiento impida que la resolución que se dicte decida que la responsabilidad debe ser satisfecha por el contratista. No obstante, este Consejo también ha sostenido que nada obsta a que sea la Administración la que proceda a indemnizar al interesado, con el posterior ejercicio de la acción de regreso en caso de que el daño no haya sido consecuencia inmediata y directa de una orden de la propia Administración

Esta misma solución se ha alcanzado en otros pronunciamientos de este Consejo, pudiendo citarse al respecto los recientes Dictámenes 93/2013, 132/2013, 138/2013 y 375/2013.

Precisamente, en nuestro Dictamen 138/2013 citado hemos expuesto nuestra doctrina al respecto en el siguiente sentido:

«Es doctrina reiterada de este Organismo, en línea con jurisprudencia en su momento mayoritaria de los Tribunales, que, tratándose de la prestación de un servicio público, existe relación directa entre el titular de su gestión, una Administración Pública, y los usuarios, debiendo aquélla responder por la misma, sea directamente efectuada o no, en este caso por un contratista o concesionario.

Por eso, la Administración ha de indemnizar siempre al interesado, no siendo propiamente parte del procedimiento de responsabilidad el contratista en caso de contrato para la prestación indirecta del servicio, y mucho menos la aseguradora de dicha Administración, que ni siquiera debe intervenir hasta que, siempre después de intervenir este Organismo, se resuelva el procedimiento de responsabilidad y se declare el derecho indemnizatorio del interesado o se abone a éste la indemnización.

Por lo demás, ha de tramitarse el mencionado procedimiento de presentarse la correspondiente reclamación de indemnización, sin perjuicio de poder recabar informes del contratista o, incluso, de la aseguradora municipal. Y, desde luego, de proceder la indemnización y abonarse ésta, la Administración puede repetir contra el contratista, pero en el procedimiento específico al efecto y, es claro, con distinto fundamento, pues se aplica entonces la legislación contractual, estándose a sus reglas de distribución de responsabilidad entre las partes del contrato por daños a terceros y, por ende, de acuerdo con los términos del contrato.

Y es que, a juicio de este Organismo, el procedimiento previsto en el art. 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ahora en el correspondiente del de la Ley de Contratos del Sector Público tiene una finalidad diferente, aunque proceda seguir con el de responsabilidad patrimonial de considerarse responsable la Administración.

No obstante, ha de reconocerse que reciente jurisprudencia, en particular del Tribunal Supremo, crecientemente mayoritaria y alterando la predominante hasta hace escasos años, considera que, en caso de contratación para la gestión de un servicio público, en el sentido lato que éste sigue teniendo, al menos a efectos de responsabilidad patrimonial, se ha de aplicar la norma contractual correspondiente y, por tanto, seguirse el procedimiento correspondiente antes indicado, siendo parte el contratista a los efectos procedimentales oportunos.

Pero entonces, el procedimiento, sometido a las reglas de tramitación pertinentes, ha de concluir con la resolución de la Administración determinando la existencia de daño indemnizable o no y, de existir, la parte del contrato responsable y la determinación de la indemnización a abonar por aquélla al interesado, cuyo derecho indemnizatorio se reconoce.

Consecuentemente, de ser el contratista considerado responsable por serle imputable el daño generado a tercero, acreditado el mismo y fijada la responsabilidad consiguiente según la regla de distribución prevista al respecto antes incluida y siempre teniendo presente los términos y objeto del contrato, la PR, tras fundamentar lo expresado, ha de determinar la cantidad que debe abonar el contratista al tercero lesionado en la ejecución del contrato.

Y ello, sin perjuicio de que, de no poderse determinar la parte responsable o no estar el contratista en condiciones de efectuar el abono, debiendo prevalecer el derecho indemnizatorio garantizado constitucional y legalmente, ha de hacerlo la Administración, con repetición ulterior y en cuanto sea posible contra el contratista.

En definitiva, en este supuesto y habiéndose tramitado el procedimiento de responsabilidad, pertinentemente a la vista de la solicitud presentada, debiera resolverse en la forma primeramente expuesta. Así, reconocido por la propia Administración la existencia de lesión al interesado, que ha sufrido daño por desperfectos diversos y determinados en su vehículo, ha de estimarse la reclamación y asumir la responsabilidad la Administración titular del Servicio, abonando la indemnización procedente al interesado y repitiendo, según se ha explicitado, contra el concesionario.

En su defecto, la Administración ha de resolver en todo caso de acuerdo con la norma contractual aplicable al caso y, por tanto, por las mismas razones antes indicadas, ha de reconocer la exigencia de responsabilidad y el derecho indemnizatorio consiguiente del interesado y, en consecuencia, determinar que corresponde al concesionario el abono de la indemnización, salvo que deba hacerlo ella de concurrir un supuesto para ello de los indicados precedentemente».

En el presente caso, la Propuesta de Resolución, dado su carácter desestimatorio, no contiene un pronunciamiento acerca de la posible responsabilidad de la entidad contratista, ni consta en el expediente que ésta asumiera en virtud de los términos del contrato suscrito el mantenimiento y reparación de los imbornales, por lo que no procede realizar un pronunciamiento acerca de este extremo.

2. Finalmente, por lo que respecta a la cuantía de la indemnización se considera procedente la reclamada por el interesado.

Esta cantidad habrá de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de precios al consumo, de conformidad con lo previsto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación no se considera conforme a Derecho.