



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente Accidental del Cabildo de El Hierro en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados en una finca de su propiedad, como consecuencia del funcionamiento del servicio público (EXP. 41/2017 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente accidental del Cabildo Insular de El Hierro, el 8 de febrero de 2017 (RE en este Consejo el 14 de febrero de 2017), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de dicha Administración por los daños sufridos, presuntamente, por el reclamante como consecuencia del funcionamiento del servicio público. Ha de señalarse que, según diligencia que ahora se adjunta, la solicitud de dictamen se produjo anteriormente, el 10 de agosto de 2016, si bien, el expediente remitido no fue recibido por el Consejo (por ser inhábil el mes de agosto), por lo que debió ser devuelto al destinatario. Sin embargo, tras averiguaciones realizadas por el mismo, el envío fue localizado en las oficinas de correos de La Laguna como «envío caducado».

2. La cuantía de la indemnización en este procedimiento asciende a la cantidad de 19.691,20 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Presidente Accidental del Cabildo para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta última Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

II

1. (...) presenta, con fecha 16 de noviembre de 2015, reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños materiales y morales sufridos por éste como consecuencia de la destrucción de dos higueras centenarias de su propiedad como consecuencia de una obra que se ejecutaba por el Cabildo de El Hierro.

El interesado fundamenta su reclamación en lo siguiente:

«(...) el dicente considera y se refiere a que el Cabildo de El Hierro presuntamente es responsable del derribo de mis higueras (...) puesto que el Cabildo de haberse procurado las buenas prácticas dicho error no se hubiera producido, lo que indica que es posible determinar la existencia de imputabilidad a la Administración al haberme causado un daño patrimonial y moral (...) pérdida tan querida de mis higueras, al pensar cómo restaurar esta utilidad perdida que fue plantada por mi bisabuelo, de mi abuelo pasó a mi padre y de mi padre la heredó el dicente (...).

HECHOS

Primero.- Desde el pasado día 8 de octubre de 2015 se enzalieron (sic) con el ramaje y posteriormente, veinte días más tarde, esto es, el día 27 a las 11 horas y 30 minutos el suscribiente acudió a su propiedad, sita en (...), junto a mis vecinos (...) y en el lado de la calzada, esto es, junto al encofrado del nuevo muro, vimos la dualidad del daño patrimonial y del daño moral causado por derribo de mis higueras ocasionados por la excavadora del Cabildo, de color amarillo, matrícula (...), con referencia 428D (aporta fotografía de la máquina) (...).

Adjunta a su reclamación, documentación acreditativa de la propiedad de la finca en la que se hallaban las higueras, así como la existencia de éstas antes de la obra que las destruyó.

En la reclamación se cuantifica la indemnización que se solicita en 19.691,20 euros (folio 13), lo que se desglosa en:

- «- Pérdida de dos higueras centenarias en plena producción, a razón de 8.996.00 €
- Pérdida 2 higueras en la extensión de terreno (17.992,00 €)
- 10% factor de corrección 1.799,20€

TOTAL 19.691,20 €».

2. El reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega daños sufridos en su esfera patrimonial y moral como consecuencia, supuestamente, del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

3. La reclamación fue presentada el 19 de noviembre de 2015, en relación con un daño determinado el 30 de octubre de 2015, por lo que ha sido presentada dentro del plazo que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. La destrucción de las higueras se produjo como consecuencia de la ejecución de la obra «Primera Fase de la Mejora de la Carretera Betemana, T.M. de Valverde PNOB-0014/2014» que se lleva a cabo por el Cabildo de El Hierro; adjudicada, tal como resulta del expediente, a la empresa (...).

La responsabilidad por daños causados en ejecución de un contrato administrativo está regulada con carácter general en el art. 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que le impone al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable.

Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP. El procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en el RPAPRP cuando el perjudicado reclama a ésta el resarcimiento y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el art. 31.1, b) de la

LRJAP-PAC, en relación con el art. 214 TRLCSP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 93/2013; 132/2013; 468/2014 y 91/2015, entre otros.

De lo anterior se sigue, necesariamente, que la Administración debe llamar al procedimiento al contratista, lo que efectivamente ha acontecido en el presente caso, pues le ha dado trámite de vista y audiencia del expediente.

La Administración ha notificado asimismo la reclamación presentada a la entidad aseguradora.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión del dictamen solicitado, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC, con los efectos administrativos y aun económicos que la demora puede comportar.

Constan en el expediente las siguientes actuaciones:

- El 3 de diciembre de 2015 se solicitó a la Consejería de Infraestructuras Públicas y Mantenimiento, Obras y Carreteras del Cabildo la emisión de informe relativo a los hechos objeto de la reclamación, a fin de determinar la pertinencia de la apertura o no del procedimiento de responsabilidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 69.2 LRJAP-PAC, que establece que «con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

Así pues, el 15 de enero de 2016 (si bien se firma el 20 de enero) se emite informe por el arquitecto técnico.

Se señala en el mismo:

«1. Antecedentes:

En el momento que ocurren los hechos a partir del día 8 de octubre de 2015 es Directora de Obra (...).

El Acta de Comprobación de Replanteo se formaliza con fecha 02/10/2015 siendo la Directora de Obra (...) hasta el 30 de noviembre que es la fecha donde culmina la prórroga del contrato de Servicio "Asistencia Técnica para la redacción de proyectos y dirección de

obras del Área de Infraestructuras del Excmo. Cabildo Insular de El Hierro, EXP-PNSE-0002-20014”.

Según decreto num. 2004/15 de fecha 2 de diciembre de 2015 se resuelve entre otras, ser el Director de Obras al redactor del presente informe (...) en sustitución de (...).

Por resolución nº 1034/15 de fecha 12 de junio, se adjudicó a la empresa CONSTRUCCIONES R. ALTO SLU la obra “PRIMERA FASE DE LA MEJORA CARRETERA BETENAMA, T.M. VALVERDE PNOB-0014/2014” promovidas por el Excmo. Cabildo Insular de El Hierro.

(...)

3. Descripción del lugar de los hechos:

Se están desarrollando las obras de “PRIMERA FASE DE LA MEJORA CARRETERA BETENAMA, T.M. DE VALVERDE PNOB-0014/2014”, promovidas por el Excmo. Cabildo Insular de El Hierro.

Concretamente la actuación definida en la memoria del proyecto, objeto del presente informe se corresponde con el TRAMO 1 “Se crea un ensanchamiento por la margen derecha a lo largo de 50 m. Se construye un muro de hormigón HM-20/B/20/II a de 62.5 cm de ancho sobre una zapata de 70 cm de ancho y un metro de profundidad (...)”.

4. Circunstancias del caso concreto y cuantos datos puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, al objeto de determinar si el motivo del incidente (relación causa efecto), puede ser responsabilidad de los servicios prestados por esta Administración Insular.

(...)

La actuación del desbroce con medios mecánicos de las parcelas afectadas va más allá de la zona de actuación del proyecto.

Una actuación con herramientas ligeras para serrar bien sea manual o mecánica [achas, sierras, motosierra, (...)] sería suficiente para llevar a cabo la tala necesaria en las ramas higueras que estaban afectadas en la zona de actuación. Luego se continuaría con las unidades de obra mencionadas en dicho proyecto para ejecutar los muros. La escasa entidad de las dimensiones de la excavación y muros ejecutados en el lugar no demandaba o justificaba el grado de actuación de la franja desbrozada.

En referencia a los hechos presentados por la parte afectada (...), donde describe “(...) derribo de mis higueras ocasionados por la excavadora del Cabildo, de color amarillo, Matrícula (...), con referencia (...)”, se especifica que dicha máquina no es propiedad del Excmo. Cabildo Insular de El Hierro».

En virtud de aquel informe, el 21 de enero de 2016 se emite informe por el responsable del contrato en el que extrae las siguientes conclusiones:

«PRIMERA: Las obras realizadas por el contratista en relación a los hechos que relata (...), no se ajustaron a lo expuesto en el proyecto de obra y no se limitaron al objeto de la obra contratada.

SEGUNDA: Que la realización de la obra en lo que afecta a las higueras se pudo haber solucionado con una simple poda, realizándose una actuación excesiva e innecesaria por parte del contratista.

TERCERA: No se tiene constancia que ninguno de los directores de obra, de ejecución o representante, de esta Administración haya dado instrucciones para ejecutar esta obra fuera de su objeto o de la forma con la que actuó el contratista».

- Mediante Decreto nº 0124/2016, de la Presidenta del Cabildo Insular de El Hierro, se acuerda la admisión a trámite de la reclamación del interesado y la incoación del procedimiento que nos ocupa. Se notifica ello al reclamante, a la aseguradora de la Corporación y al contratista, a fin de que expongan lo que a su derecho convenga y propongan cuantos medios de prueba estimen necesarios, sin que se hayan formulado alegaciones al respecto.

- El 11 de abril de 2016 se solicita al Departamento de Contratación la remisión de la documentación relativa a la obra promovida por el Cabildo, lo que se remite el 15 de abril de 2016. De tal documentación [Aprobación del expediente de la obra (Resolución núm. 0775/15, del Presidente del Excmo. Cabildo Insular de El Hierro, de fecha 7 de mayo de 2015), Sustitución en la dirección de diversas obras del Cabildo Insular y sustitución del responsable del contrato en esas obras (Resolución núm. 2004/15, del Presidente Accidental de esta Entidad, de fecha 2 de diciembre de 2015, Contrato de fecha 18 de junio de 2015, Pliego de cláusulas administrativas particulares)] resulta que:

La empresa (...) resultó adjudicataria del contrato de la obra «PRIMERA FASE DE LA MEJORA CARRETERA BETENAMA, T.M. DE VALVERDE PNOB-0014/2014», para llevar a cabo la ejecución de la obra objeto del contrato, conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, que regirán la ejecución del proyecto y, asimismo, del contrato.

En virtud de la adjudicación, se suscribió con fecha 18 de junio de 2015, el contrato administrativo, estableciéndose en las cláusulas 1ª y 4ª, que se corresponde con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en cuya disposición 24.4, se establece que:

«La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 231 del TRLCSP. Será obligación del contratista indemnizar todos

los daños y perjuicios que se causen, por sí o por personal o medios dependientes del mismo, a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración será responsable la misma dentro de los límites señalados en las leyes (art. 214 TRLCSP). Si el contrato se ejecutara de forma compartida con más de una empresa, todas responderán solidariamente de las responsabilidades a que se refiere esta cláusula».

- El 8 de abril de 2016 se solicita a la Consejería del Medio Rural y Marino y Recurso Hidráulicos informe sobre valoración de daños objeto de la reclamación. Tal informe se emite por el Jefe de Servicio de Agricultura y Pesca el 31 de mayo de 2016, valorando el daño en 965,40 euros.

- Asimismo, el 3 de junio de 2016 se remite informe pericial de valoración realizado por la aseguradora del Cabildo, en el que se hace constar que la valoración de daños asciende a 12.284,67 €, cuyo cálculo se ha realizado basándose en localizar dos ejemplares desarrollados en la isla de El Hierro, comprarlos y trasplantarlos en la parcela propiedad del reclamante.

- Ha de advertirse que, dada la disparidad de valoraciones entre la Consejería y la aseguradora, el 9 de junio de 2016 se envía email a ésta para que justifique tal diferencia, lo que viene a hacer por email de 5 de julio de 2016. En el mismo se señala:

«La diferencia está en que el Técnico del Cabildo se basa en la producción de la higuera, mientras que el gabinete pericial asignado por esta entidad se basa en que los árboles son ornamentales y se destinan al consumo propio. Que no atiende a la reposición de las dos higueras de tamaño y porte similar al que existía previamente a las obras ejecutadas».

- El 5 de mayo de 2016 se solicita informe a la Directora de la obra en la fecha en que sucedieron los hechos, que, mediante escrito de 13 de mayo de 2016, se ratifica en lo informado por el funcionario responsable del contrato en su informe de 21 de enero de 2016.

- Por Providencia de 20 de junio de 2016, se resolvió abrir trámite de audiencia, tanto al reclamante, como a la empresa adjudicataria del contrato, solicitándose por el reclamante, mediante escrito de 30 de junio de 2016, copia de documentación obrante en el expediente, lo que se le entrega el 4 de julio de 2016, sin que conste la presentación de alegaciones.

Por su parte, (...), en representación de (...), presenta escrito de alegaciones el 5 de julio de 2016, manifestando:

«Que reconoce la existencia de higueras en el borde de la parcela afectada por el contrato de obra de construcción denominada, "PRIMERA FASE DE LA MEJORA DE LA CARRETERA DE BETENAMA".

Había 3 higueras de aproximadamente 5 metros de diámetro y con un tronco de aproximadamente 20 centímetros de diámetro cada una, encontrándose a aproximadamente 2 metros de la pared.

Que la empresa retiró totalmente las higueras de dicha parcela, debido a que:

- Coincidió el lugar donde se encontraba el tronco con la ubicación donde había que realizar el muro de contención de la calle.

- Además debido a las dimensiones del tronco había que retirar la masa vegetal, ya que NO se podía realizar el muro encima de dicho tronco, ya que puede producir fisuras, desplazamientos o dejar sin estabilidad del muro objeto de la obra.

- Quiero dejar por escrito que en el momento de la retirada de la higuera no se encontraba la dirección facultativa, únicamente encontrándose el JEFE DE OBRA de esta empresa, (...), quien realiza este informe, por lo que ellos no pueden certificar el lugar de los troncos, debido a que hasta que no se retiró gran parte de las ramas no se pudo ver el tronco principal de la higuera».

Posteriormente, y puesto que no se acreditaba la representación de (...), por (...) como administrador único de la empresa (...), se presentó escrito el 2 de agosto de 2016 mediante el que autorizó y ratificó el escrito presentado por (...).

- El 9 de agosto de 2016 se emite Propuesta de Resolución.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación del interesado, por considerar que, probada la existencia del daño por el que se reclama y el hecho al que se imputan, sin embargo, la existencia de contrato de obras adjudicado a la empresa (...), rompe el nexo causal con el funcionamiento de la Administración, siendo responsable del daño aquella empresa.

2. Queda acreditada en el expediente la producción de los daños por los que se reclama. Ciertamente, según se deriva de los informes obrantes en el expediente y se reconoce por el contratista en sus alegaciones, el daño, cierto y probado, por la destrucción de dos higueras centenarias, se produjo en el marco de la ejecución de

contrato de obra «PRIMERA FASE DE LA MEJORA CARRETERA BETENAMA, T.M. VALVERDE PNOB-0014/2014» promovida por el Excmo. Cabildo Insular de El Hierro, adjudicado a la empresa (...).

Así, como se señaló en el Fundamento II.4 de este Dictamen, el citado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la responsabilidad por daños a terceros causados en ejecución de un contrato administrativo está regulada con carácter general en el art. 214 TRLCSP, que resulta aplicable y que prescribe:

«1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, 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. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto».

Según el art. 214 TRLCSP, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración sólo responde en dos supuestos excepcionales: cuando se demuestre que el daño procede de manera inmediata y directa de una orden de la propia Administración, o cuando derive de los vicios del proyecto por ella elaborado. En cualquier otro caso, el contratista responde por todos los daños que cause a los particulares en la ejecución del contrato.

En definitiva, si el contratista en la ejecución del contrato causa daños a terceros estará obligado a resarcirlos, salvo que se demuestre que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración o en un vicio del proyecto de ésta. Esta responsabilidad es exclusiva y directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la

actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP.

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, dentro del año siguiente a la producción del hecho 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. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción». Ello por las siguientes razones:

Lo que el art. 214.3 TRLCSP 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 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 el siguiente apartado del art. 214.4 TRLCSP: «La reclamación de aquéllos se formulará en todo caso conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto».

3. El requerimiento potestativo es distinto de la reclamación. Ésta se ha de tramitar por el procedimiento legal que corresponda, lo cual dependerá de la actitud que adopte el perjudicado, una vez contestado ese requerimiento: puede reclamar la indemnización exclusivamente al contratista, caso en el que el procedimiento será el regulado por la legislación procesal civil y, por ende, la jurisdicción de este carácter será la competente, sin que pueda demandar ante ella a la Administración. Pero si decide reclamar sólo contra ésta o contra ella y su contratista, entonces el procedimiento que se ha de seguir es el regulado por el RPAPRP y la única jurisdicción competente será la contencioso-administrativa. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar los Dictámenes 417/2014 Y 47/2015, de 19 de diciembre y 10 de febrero, respectivamente.

En definitiva, si el contratista en la ejecución del contrato causa daños a terceros, estará obligado a resarcirlos, salvo que se demuestre que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración o en un vicio del proyecto de ésta, o que fue causa de un tercero.

En el caso que nos ocupa, la destrucción de las higueras no fue orden directa de la Administración, ni devino de defecto alguno en el Proyecto, concluyéndose en el informe del Técnico responsable del contrato que tal destrucción fue excesiva e injustificada para la ejecución de la obra.

Y, en aplicación del citado art. 214.1 TRLCSP, deberá responder el contratista de los daños por los que se reclama y, dado que el reclamante ha optado por la reclamación ante la Administración y no por el requerimiento, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 214.4 y, consecuentemente, el procedimiento se ha tramitado por el general de la responsabilidad patrimonial.

Constatada, pues, la existencia de los hechos y su relación de causalidad, queda por determinar quién ha de responder por los daños ocasionados.

En el Dictamen 47/2015, de 10 de febrero, de este Consejo, aplicable a este supuesto, se decía: «(...) resulta de aplicación el artículo 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.

(...)

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 junio, 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.

(...)

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 las reglas de distribución entre las partes del contrato por daños a terceros y, por ende, de acuerdo con los términos del contrato.

(...) 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, seguir 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».

4. En cuanto a la valoración del daño, se considera correcta la cantidad de 12.284,67 euros propuesta por la Administración, pues tal cantidad ha quedado debidamente justificada en el informe pericial aportado por la aseguradora, lo que se complementa con el email de 5 de julio de 2016 en el que se explica la diferencia con la valoración realizada por el Técnico del Cabildo, siendo conforme al principio de indemnidad la valoración de la aseguradora que conlleva la adquisición de dos higueras de las características de las destruidas, pero también su transporte y plantación en el lugar donde se hallaban las originales. Todo ello sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de conformidad con lo establecido en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I O N E S

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

2. Según se argumenta en el Fundamento III, la Administración debe reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial y, consecuentemente, de daño indemnizable.

3. Se debe declarar que corresponde al contratista indemnizar al reclamante según se indica en el Fundamento III.4.