



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de febrero de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Valsequillo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados en la finca de su propiedad como consecuencia del funcionamiento del servicio público de alcantarillado (EXP. 8/2019 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Valsequillo, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado el 24 de noviembre de 2016, a instancias de (...), por los daños causados en una finca de su propiedad como consecuencia de escorrentías de aguas fecales.

2. El interesado reclama una indemnización que supera los 6.000 euros, cantidad de la que deriva la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde 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 con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), normativa esta última aplicable porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma. Además, también es de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por lo que la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde a la persona titular de la Alcaldía, según el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias.

5. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. Los hechos por los que se reclama y los antecedentes que constan en el expediente son los siguientes:

- Con fecha 19 y 20 de febrero de 2016 se produjo una escorrentía de aguas fecales procedente del desbordamiento de dos tapas próximas y pertenecientes a la red de saneamiento del Ayuntamiento de Valsequillo de Gran Canaria que ocasionaron numerosos desperfectos en la finca denominada (...), propiedad del reclamante.

- El 22 de febrero siguiente, en relación con dichos hechos, se presentó reclamación ante la entidad (...), que meses después responde que no es de su responsabilidad el siniestro pues se produjo como consecuencia del exceso de caudal debido a las fuertes lluvias acaecidas en la zona.

- Hechos parecidos se produjeron el 26 de octubre de 2016 y en diciembre de 2017.

Adjunta dos informes periciales de valoración de los daños producidos, firmados por ingeniero agrónomo, el primero por los daños en 2016 y el segundo por los de 2017.

2. Incoado procedimiento de responsabilidad patrimonial, el día 16 de mayo de 2017 la entidad (...), entidad adjudicataria del servicio de saneamiento municipal, a través de su representante legal presenta un informe en el que alega no tener responsabilidad en los daños que pudieran haberse producido en la finca del reclamante los días 18 y 19 de febrero de 2016 y concluye que «el valor de los eventuales daños que pudiera haberse dado en la propiedad de (...) con ocasión del siniestro que refiere sólo alcanza a la cantidad de 34.762,49 €».

3. Constan en el expediente informes de la Sra. Ingeniera Técnica Agrícola Municipal, que asume como suya la valoración que aporta el interesado, que fija la cuantía de los daños en la cantidad de 172.992,60 euros, y de la entidad (...) realizado por ingeniera de la edificación y arquitecta, que rebaja la cuantía de los daños, evaluando los mismos en 85.329,42 euros.

4. Practicada prueba testifical en las personas de los técnicos que informan sobre la valoración de los daños producidos, resulta que el perito aportado por el reclamante se ratifica en los informes redactados con fecha noviembre de 2016 y enero de 2018 de valoración de los daños que se han producido en la finca donde se produjeron los hechos manifestando que la valoración que utilizó en cuanto a los daños en infraestructuras son de precios que se encuentran en las bases de precios oficiales de los técnicos y, a su vez, los precios que se encuentran en el informe de noviembre de 2016 de daños en cultivo son fruto del estudio de la productividad de esos cultivos y de los precios de mercado.

Previa exhibición del informe emitido la Entidad (...), el Perito discrepa en los siguientes extremos:

1.- No cree que la arquitecta que realiza el informe sea técnico competente para valorar daños que afecten a cultivos agrícolas.

2.- En la página 21 de su informe, en el apartado daños en cultivo de papas, dice que no procede valorar el cultivo no plantado para la cosecha de invierno ya que ella entiende que desde febrero de 2016 hasta el invierno se podía haber restablecido la situación normal de la finca. Eso no es así ya que para revertir la situación normal de la finca habría que retirar y reponer toda la tierra vegetal y los peritos de la aseguradora de aguas de Telde tardaron en venir y como consecuencia no se pudo reponer la situación al estado original hasta que ellos dieran fe del daño ocasionado. A su vez, el hecho de que sea la conducción de saneamiento que ha provocado todos estos daños, transporte el volumen de agua que lo hace, da idea del tiempo necesario para que una tierra arcillosa como la que posee la finca del reclamante se airee para poder acceder a ella.

3.- En el apartado sobre pérdida de árboles frutales, la Perito sin ser técnico competente en el apartado cuatro de la misma página dice que el número de árboles de la parcela para ella es excesivo, lo cual da idea de su desconocimiento de esta materia, ya que en la página 12 del informe de noviembre de 2016 se ve claramente la existencia de todos esos árboles frutales.

4.- En el apartado de rotura de red de riego, la Arquitecta dice que no se le informó de estos daños, cuando en la página 20 del informe del que declara de noviembre de 2016, aparecen descritos y cuantificados.

5.- En el apartado de derrumbe de escollera de la misma página, la Arquitecta que no visitó la finca en el momento de los daños dice que el muro se trata realmente de una escollera, cuando en la ilustración trece de la página 17 del informe de noviembre de 2016, así como en las ilustraciones 11 y 12, se puede observar claramente que sí era un muro de piedra.

6.- En el apartado de pérdida de árboles frutales, página 22, la Arquitecta dice que no va a valorar esos daños, cuando sí son daños reales.

7.- En el apartado de derrumbe de escollera de la página 23, dice que se trata en su valoración de una escollera de piedra cuando es un muro de piedra seca y, por lo tanto, su valor de reposición no tiene nada que ver.

8.- En el apartado de contaminación de terrenos de la página 23, vuelve a equivocarse al decir que la reposición del terreno contaminado sólo afecta a los primeros veinte centímetros, cuando es claro y notorio que dado los volúmenes de aguas fecales sin tratar y la contaminación y reiteración de dichos vertidos, el volumen de tierra que hay que quitar y reponer es la que este técnico detalla en las páginas 20 y 22 de informe de 2016 y en la página 10 del informe enero de 2018. Por último, en la misma página 23 la Arquitecta dice no tener en cuenta el importe de 674,10 euros ya que comenta que los honorarios son de libre disposición, cuando este técnico ha emitido una factura a su cliente y éste la ha abonado por transferencia bancaria.

Por su parte, el Ingeniero Técnico en Obras Públicas del Ilustre Ayuntamiento de Valsequillo de Gran Canaria, manifiesta que no puede concretar fecha pero que estuvo cuando se produjo el vertido, que ha estado dos veces en el vial que da acceso a la finca; las dos veces antes de realizar las obras de mejora de la red de saneamiento que ha ejecutado el Ayuntamiento, desconociendo el declarante por qué no las ejecutó Aguas de Telde.

En su opinión, la causa de los vertidos fue el rebose de los pozos de registro de la red existente antes de que el Ayuntamiento ejecutara las obras del nuevo colector. Que las obras del nuevo colector se ejecutaron por el Ayuntamiento hace menos de un año. Desde esa fecha tiene constancia de que aguas abajo se ha producido otra avería, pero desconoce si afectó a la finca del reclamante. Que existía una red que

mantenía Aguas de Telde antes de producirse los vertidos, una vez producidos los vertidos no sabe quién decidió ejecutar la obra que existe actualmente, pero que la ejecutó el Ayuntamiento y que antes de empezar las obras, redactó con asesoramiento de Aguas de Telde una Memoria valorada de las obras a realizar, desconociendo si fue utilizada o no para ejecutar la obra, y señala que la red que existía en el momento del vertido no cumplía con la normativa vigente.

5. Dado el preceptivo trámite de audiencia, el interesado alega, ratificando la existencia de nexo causal ente el funcionamiento del servicio de saneamiento municipal y los daños sufridos, así como discrepando de la valoración realizada tanto por Aguas de Telde, como por la entidad aseguradora, pero admitiendo errores en el Informe de valoración aportado al expediente de los daños producidos en 2016, fijando el importe total de la reclamación en la cantidad de 197.051,58 € (162.384,46 € por los daños de 2016 más 34.667,12 por los de 2017).

6. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado por los daños que sufrió la finca de su propiedad los días 19 y 20 de febrero y 26 de octubre de 2016, como consecuencia de escorrentías de aguas fecales, determinado el derecho del mismo a ser indemnizado en la cantidad de 85.329,42 euros, según la valoración realizada por la entidad aseguradora. Sin embargo, pese a que también se reclama por los mismos hechos producidos en diciembre de 2017, nada se resuelve sobre ellos, sin perjuicio, dice en su resuelto segundo, de que, en el ejercicio del derecho de repetición se deba incoar en el momento procesal oportuno el expediente administrativo que proceda en derecho a la entidad (...), en su calidad de adjudicataria del Servicio, para determinar si ha cumplido o no debidamente con la gestión encomendada.

III

1. Este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada porque a (...), siendo la entidad adjudicataria del servicio de saneamiento municipal -se suscribió el preceptivo contrato el día trece de septiembre de 2002-, únicamente se le ha pedido informe, pero no ha sido parte en el presente procedimiento, tal como prevén los arts. 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -TRLCAP- (aplicable en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del

Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -LCSP 2017-) y 32.9 LRJSP, que imponen 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, pero también la necesidad de sustanciar la existencia de tal obligación a través de estos procedimientos de responsabilidad patrimonial.

En este caso no se le ha dado audiencia al contratista, ni se le han notificado cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios, lo que le ha provocado indefensión en el caso de que se determine su responsabilidad patrimonial.

2. Sobre la cuestión de la existencia de una empresa contratada para prestación y mantenimiento del servicio público que corresponda, este Consejo Consultivo, entre otros, en su reciente Dictamen 10/2019, de 10 de enero, que cita el Dictamen 337/2014, de 29 de septiembre (que, a su vez, cita el Dictamen 260/2014), se ha pronunciado como sigue:

«La responsabilidad por daños a terceros causados en ejecución de un contrato administrativo estaba regulada con carácter general en el art. 198 LCSP y actualmente en los mismos términos en el art. 214 TRLCSP. Ambos preceptos prescriben:

“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 esta 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. 198 LCSP (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 deriva 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. Sólo respondería cuando no atiende al requerimiento del particular contemplado en el art. 198.3 LCSP (art. 214.3 TRLCSP). (...)

3. 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 como las aseguradoras de una y otro, 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.

4. Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el art. 198.3 LCSP (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. 198.3 LCSP (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".

Ese 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, en cuyo caso 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 esta 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 el 554/2011, de 18 de octubre de 2011».

En resumen, tal y como decimos en el citado Dictamen 10/2019, «aplicando esta doctrina a este caso concreto, cabe, como así efectúa la Propuesta de Resolución, que, presentada la reclamación por el particular contra la Administración responsable del servicio público afectado, esta lo estime y repita contra el contratista responsable de la ejecución del servicio».

Esta doctrina no viene sino a reiterar la ya manifestada en nuestros Dictámenes 87/2018, de 1 de marzo, 261/2018, de 6 de junio, en los que señalábamos que 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 de lo dispuesto en la legislación de contratos. Así, el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en la legislación de procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración 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 la legislación de procedimiento administrativo en relación con la legislación contractual.

3. En resumidas cuentas, dado el carácter de interesada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1.b) LPACAP en relación con el art. 97 TRLCAP (idéntico al art. 214 TRLCSP y al art. 196 LCSP 2017), de la empresa (...), necesariamente la Administración debe llamar al procedimiento al contratista, lo que no ha sucedido con la mera petición de un informe.

En suma, como hemos expuesto en numerables ocasiones, no solo se ha de llamar al contratista al procedimiento -dándole audiencia, notificándole cuantas actuaciones se realicen, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios- para evitarle producirle indefensión, sino que, en caso de que se demuestre que existe nexo de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público implicado, la Administración debe resolver a qué parte del contrato ha de imputarse el abono de la correspondiente indemnización (por todos, Dictámenes 87/2013, de 21 de marzo y 224/2014, de 18 de junio).

En consecuencia, procede la retroacción del procedimiento a efectos de considerar parte de Aguas de Telde con la finalidad de que pueda personarse en los

trámites oportunos (básicamente en el probatorio) así como realizar, en el trámite de audiencia, las alegaciones que considere. Una vez efectuado este trámite, debe elaborarse una nueva Propuesta de Resolución que deberá ser sometida nuevamente a dictamen de este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación patrimonial del interesado, no se ajusta a Derecho porque no ha tenido como parte del procedimiento a la entidad adjudicataria del servicio público al que se le imputa la causación del daño por el que se reclama. En consecuencia, procede la retroacción del procedimiento tal como se razona en el Fundamento III.