



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 8 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de octubre de 2020.

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 (...), en nombre y representación de (...), por los daños ocasionados en sus instalaciones como consecuencia de las obras de conservación ejecutadas por cuenta de la Administración en una vía de su titularidad (EXP. 380/2020 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitada por el Cabildo Insular de Tenerife por los daños materiales que se alegan derivados de las obras de conservación en una vía pública de su titularidad.

2. La cuantía reclamada, 6.241,04 euros, determina la preceptividad de la solicitud de Dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), remitida por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, conforme con el art. 12.3 LCCC.

3. El representante de la empresa afectada manifiesta que el día 7 de abril de 2011, en el punto kilométrico 18+600, de la carretera TF-28, se estaban realizando por los operarios del Cabildo Insular obras de canalización de grandes tuberías de agua, en los márgenes de dicha carretera, y que con ocasión de las mismas se causó la rotura de dos tubos de 40 mm y un cable de 32 FO, de enlace entre los términos municipales de Candelaria y Güimar, puesto que solo se empleó maquinaria para excavar.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

La interesada considera que el accidente se produjo a consecuencia de una actuación inadecuada de la Administración, debida a que no solicitó información acerca del lugar por el que discurría su cableado con carácter previo al inicio de las obras, para las que, además, solo utilizó maquinaria, cuando hubiera sido conveniente excavar de forma manual para no dañar el cableado. Todo ello, sin olvidar que el cableado dañado estaba a la profundidad que el Cabildo Insular les exigió al autorizar su ubicación en una vía pública de titularidad insular, es decir, a más de 1 metro de profundidad.

La empresa interesada valoró los daños sufridos en 6.241,04 euros, durante las actuaciones judiciales desarrolladas en este asunto, a las que se hará referencia posteriormente y cuya documentación se incorpora al expediente remitido a este Consejo Consultivo.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, teniendo en cuenta que el escrito de reclamación se presentó ante la Corporación Insular el día 6 de octubre de 2011, le son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), aplicable en virtud de lo que dispone la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento se inició con el escrito de reclamación, que se presentó el día 6 de octubre de 2011.

2. El día 17 de diciembre de 2012, es decir, más de un año después de iniciarse el procedimiento, habiendo vencido el plazo para dictar resolución (art. 47.2 LRJAP-PAC), se emitió el informe del preceptivo del Servicio Técnico de Conservación y Explotación de Carreteras y Paisaje del Cabildo Insular, emitiéndose un segundo informe, el 7 de mayo de 2013, en contestación a alegaciones previas formuladas por la interesada.

3. El día 18 de octubre de 2016, cerca de cinco años después de haberse iniciado el procedimiento, se dictó el Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular por el que se resolvió este asunto, desestimando la reclamación formulada. Contra dicho Acuerdo

se interpuso por la interesada, el día 23 de noviembre de 2016, recurso potestativo de reposición, que no fue resuelto por la Administración. Por ello, el día 1 de octubre de 2018, la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife contra la desestimación presunta del referido recurso potestativo de reposición.

Dicho órgano judicial, tras la tramitación del correspondiente proceso judicial, dictó la Sentencia n.º 270/2019, de 2 septiembre por la que estimó parcialmente el recurso interpuesto, ordenando la retroacción de las actuaciones con la finalidad de que se emitiera el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

El Consejo de Gobierno Insular adoptó el día 5 de febrero de 2020 el Acuerdo por el que se retrotrajeron las presentes actuaciones.

4. A la interesada se le otorgó el trámite de vista y audiencia el día 16 de julio de 2020, presentado su escrito de alegaciones el día 18 de agosto.

5. Por último, el día 21 de agosto de 2020, se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio tiempo atrás sin justificación para ello; pero esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo un deber legal a este respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar (arts. 42.1 y 7; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC).

6. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), incluido el correspondiente al plazo legalmente establecido para ejercer el derecho a reclamar la correspondiente indemnización (142.5 LRJAP-PAC).

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por la empresa interesada, puesto que el órgano instructor considera que, si bien se ha demostrado suficientemente la realidad del hecho lesivo, lo cierto es que no concurre relación de causalidad entre la actuación administrativa y los daños reclamados, que se deben exclusivamente al incumplimiento por parte de la interesada de lo autorizado por el Cabildo Insular al colocar su cableado a menos de un metro de profundidad con respecto al firme de la calzada.

Al respecto, se añade por el Cabildo Insular que la empresa interesada no ha presentado ninguna factura, ni en fase judicial ni administrativa, que realmente justifique los gastos que la interesada alega haber realizado a consecuencia del hecho lesivo y que por todo ello se concluye que no solo no concurre nexo causal entre el funcionamiento del servicio y los daños alegados por la interesada, sino que tampoco se ha acreditado la realidad de los mismos.

2. Es necesario señalar, en primer lugar, que constituye un hecho indubitado que, en la autorización para canalización subterránea de telefonía en varios puntos de la TF-28 otorgada por el Cabildo Insular a la interesada el 15 de abril de 2004 (incorporada al expediente remitido a este Organismo: página 57 del archivo en pdf), consta con toda claridad que la canalización transversal deberá situarse en una zanja a una profundidad no inferior a un metro, medido desde la generatriz superior del tubo a la rasante del pavimento, requisito que conocía de sobra la empresa interesada.

3. La empresa interesada (en parte con base en el informe pericial que presentó con ocasión de las actuaciones judiciales: páginas 355 y ss. del archivo en pdf) alega, como ya se hizo referencia con anterioridad, que la Administración no le solicitó información antes de realizar las obras causantes del daño, que se empleó únicamente maquinaria para las obras referidas y no se desarrollaron de manera manual con lo que se hubiera evitado los daños ocasionados y, por último, considera que no es cierto lo que alega el Servicio en sus diversos informes (los cuales se hallan en las páginas 53 y ss., 77 y ss. y 395 y ss. del archivo en pdf) acerca de que la empresa incumplía el requisito de la profundidad de sus canalizaciones al que ya se ha hecho referencia. Estas argumentaciones constituyen las bases de su reclamación.

3.1. Sin embargo, ya de entrada, no cabe considerar que el Cabildo Insular, como titular de la vía, haya incumplido obligación alguna al no solicitar información a la empresa interesada a la hora de realizar obras de conservación en una de sus carreteras, pues el Cabildo era de sobra conocedor del punto exacto en el que se hallaba las canalizaciones de telefonía que el mismo autorizó, en tanto que tal información se contiene en la propia autorización incorporada al expediente, no siendo razonable exigir a la Administración la solicitud de tal información cuando la misma la conoce de forma precisa, como en este caso, máxime, cuando ello ha quedado debidamente acreditado en virtud del contenido de la referida autorización. Sí se puede entender que hubiera sido exigible si existieran dudas acerca de la

concreta situación de las canalizaciones de telefonía, pero no ha sido ello lo ocurrido en el presente asunto.

3.2. En relación con el uso de maquinaria a la hora de realizar las mencionadas obras, la Administración reconoce en los informes del Servicio que sí hizo uso de la misma en este caso, pero también que las excavaciones con maquinaria solo iban a profundizar hasta los 80 centímetros y que a partir de ahí continuarían de manera manual. Por las razones que se desarrollarán posteriormente, los operarios del Servicio no llegaron nunca a excavar con máquinas o manualmente más allá de los 80 cm, pues fue a esa profundidad cuando se encontraron con el cableado de telefonía, lo que implica que la interesada no ha logrado demostrar un uso inadecuado de la maquinaria por parte de los operarios de la Corporación Insular.

3.3. En cuanto a la cuestión fundamental, la profundidad a la que se hallaban las canalizaciones de telefonía, la Administración en su informe del Servicio emitido el día 21 de mayo de 2019 (páginas 395 y ss. del archivo en pdf) no solo demuestra que las canalizaciones de telefonía se hallaban a una profundidad indebida, unos 75 u 80 cm de profundidad con respecto al firme de la carretera, sino que rebate con claridad lo manifestado en el informe pericial presentado por la interesada con ocasión de las actuaciones judiciales. En dicho informe, en el que se contesta a lo expuesto en el informe pericial de la empresa interesada, se afirma acerca de la profundidad a la que se hallaba las canalizaciones de la interesada que

«En la citada imagen se recoge la altura aproximada que podría estar entre los 75-80 cm de la rasante de la calzada.

En el informe pericial se recoge que hemos tomado de referencia para realizar nuestra medición la caja de empalme y no la canalización que se encuentra a mayor profundidad, siendo incierto el argumento expuesto toda vez que en la citada imagen n.º 1 aparece la canalización por la que discurre la fibra envuelta con un plástico azul presumiblemente para evitar obstrucciones de la misma por la presencia de tierra, morteros u otros materiales de obras, de hecho para realizar la medición aproximada de la altura se tomó precisamente este punto y no desde la caja como se recoge en el informe por parte del perito.

(...) También se indica en el informe que la altura entre la rasante de la vía y la parte superior del muro oscila entre 25-30 cm (imagen n.º 3) lo que sumado a los 80 cms interiores obtiene una altura máxima de 110 cm, lo cual es incierto ya que si nos remitimos a las fotografías n.º 9 y 12 de su propio informe podemos comprobar que sobre el muro existente se colocó el marco y la tapa de la arqueta de telefónico tipo H, siendo su altura total de 7

cm teniendo en cuenta la ficha técnica de este tipo de arqueta, lo cual hemos recogido en la imagen n.º 3».

Además, en este mismo informe, acompañado de abundante material fotográfico, se afirma que, en el informe pericial de la interesada, se observa la existencia de tres fotografías realizadas en la arqueta anterior, a la de conflicto u objeto de rotura y en la posterior en las que se recoge la medición existente desde la parte superior de los tubos hasta el firme de la carretera, según se alega por el perito, sin que en ninguna de sus fotografías se observe realmente la existencia de tales tubos, pero se añade que lo que sí se puede apreciar es que en tales fotografías solo aparece la parte superior de una cinta métrica y no la misma en su totalidad a la hora de medir su profundidad, lo que a su juicio y con toda razón, desvirtúa el valor de tales fotografías y de las mediciones que con ellas se representan.

En conclusión, procede afirmar, por virtud de cuanto antecede, que la Administración ha demostrado que la canalización de telefónica no se hallaba a la profundidad exigida en la autorización que se otorgó, sino que se encontraba a menor profundidad, hecho que constituye la verdadera y única causa del accidente acaecido, habiendo actuado correctamente la Administración.

4. De conformidad con lo expuesto, en suma, ha sido la indebida actuación de la propia empresa interesada la que ha propiciado la ruptura del nexo causal, sin que dicha empresa haya logrado demostrar la veracidad de sus alegaciones, rebatidas por los informes y el material fotográfico aportado por la Administración.

En lo que se refiere a la exigencia de demostrar la concurrencia de la relación causal entre el hecho lesivo y el actuar administrativo (por todos, DCCC 329/2020, de 10 de septiembre) que requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento.

La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general de los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el «*onus probandi*» de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que

permite trasladar el «*onus probandi*» a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Esta doctrina también es plenamente aplicable al presente caso.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se concluye el procedimiento, se considera conforme a Derecho, ya que procede la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por las razones de fondo expuestas en el Fundamento III del presente Dictamen.