

Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera y
Ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de agosto de 2019, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de la Comunidad de Propietarios xx nº x*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 2 de agosto de 2019 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy, en nombre y representación de la comunidad de propietarios xx nº x, debido a los daños y perjuicios sufridos por la inundación de los fosos de los ascensores debido a las tormentas e intensas lluvias caídas.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 386/2019, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia a la Consejera Sra. Ares González.

Primero.- El 19 de noviembre de 2018 Dña. yyyy, en nombre y representación de la comunidad de propietarios xx nº x, presenta una

reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de xxx, debido a los daños y perjuicios sufridos por la inundación de los fosos de los ascensores, al menos en dos ocasiones, durante los meses de julio y agosto de ese año, "como consecuencia de la defectuosa evacuación de agua por dicho colector, al no recoger correctamente el agua derivada de las tormentas e intensas precipitaciones registradas en los citados meses". Reclama una indemnización de 4.208,32 euros.

Adjunta las facturas del achique del agua y de reparación y un informe pericial de daños de 2 de octubre de 2018.

Segundo.- Concedida audiencia a qqq1, responsable de la gestión del servicio de saneamiento, esta presenta un escrito en el que declina cualquier responsabilidad por los daños reclamados y señala lo siguiente:

«1º.- La Sociedad Mixta qqq1, S.L. (en adelante qqq1) realiza la gestión, mantenimiento y conservación de la red de alcantarillado de la ciudad de xxx, por lo que ejecuta regularmente la revisión periódica y limpieza, en su caso, del colector general al que vierten las acometidas del edificio concernido, hallándose en perfecto estado de conservación y funcionamiento.

»2º.- Revisado nuestro archivo técnico, consta que las intervenciones a que se refiere la reclamante fueron ejecutadas por qqq1 los días 6 y 9 de agosto de 2018 y, posteriormente, en enero de 2019 y obedecen exclusivamente a las mencionadas labores de mantenimiento, no teniendo relación ninguna con la entrada de agua que provocó la inundación del foso de los dos ascensores del edificio.

»3º.- El motivo de estas inundaciones fue un colapso de la red general de saneamiento vinculado a la capacidad hidráulica de evacuación de la misma, no existiendo causalidad entre los daños alegados por la reclamante y el estado de conservación y funcionamiento de los colectores generales, en tanto que, tal como consta en el propio informe pericial aportado por la reclamante:

»...` el colector no dio abasto a evacuar la cantidad de agua caída en escaso periodo de tiempo con ocasión de tormentas acompañadas de intensas precipitaciones registradas en los meses de junio y julio del presente

año. Las inundaciones de los fosos se produjeron en al menos dos ocasiones coincidentes con sendas tormentas de las características definidas´.

»Esto es, los daños referidos derivan de un caso fortuito provocado por la naturaleza y no, como alega la reclamante, `debido a la avería del colector general´, afirmación ésta sin ningún tipo de base probatoria.

»Técnicamente, ocurre que los colectores generales entran en carga al no tener capacidad de evacuación para la cantidad de agua de escorrentía que reciben en momentos puntuales de tromba, pero no por falta de mantenimiento o conservación.

»Asimismo, es preciso aclarar que el dimensionamiento de las redes y la capacidad de evacuación de los colectores no corresponde a qq1”.

Tercero.- El 9 de mayo de 2019 el Servicio de Infraestructuras y Movilidad emite informe en el que señala lo siguiente:

”Las condiciones del alcantarillado en la vía pública no pueden venir condicionadas por las trombas de agua que puntualmente se producen.

»En cualquier caso, los edificios deberán estar proyectados reuniendo las condiciones de estanqueidad necesaria para impedir filtraciones de agua al interior de los mismos tanto por muros o huecos existentes como por el sistema de saneamiento interior.

»Por todo ello, se estima que la inundación interior que se ha producido no puede ser asumida por el Ayuntamiento, debiendo ser los propietarios los que lo asuman por lo señalado anteriormente en orden a la estanqueidad necesaria en los edificios”.

Cuarto.- En el trámite de audiencia, la reclamante reitera su pretensión.

Quinto.- El 23 de julio de 2019 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

En tal estado de tramitación se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 2.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante, se advierte que el tiempo de tramitación transcurrido desde que se presenta la reclamación (18 de noviembre de 2018) hasta que se formula la propuesta de resolución (23 de julio de 2019) excede el plazo de seis meses previsto en el artículo 91.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Sin embargo, no está acreditada la representación con la que actúa la compareciente, por lo que tal circunstancia deberá quedar debidamente acreditada en el expediente antes de dictar la resolución.

La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Alcalde del Ayuntamiento, sin perjuicio de la delegación de competencias que pueda existir, de acuerdo con lo establecido en los artículos 21.1.s) y 23 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67.1, párrafo primero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha actualmente a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a las que se remite, de forma genérica, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

En la esfera de las Administraciones Locales, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, establece que "Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa". Este precepto se reproduce casi de forma literal en el artículo 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/86, de 28 de noviembre.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquel que pueda producirse. El Tribunal Supremo ha declarado, en su Sentencia de 5 de junio de 1998, que "la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico". Doctrina que el Tribunal Supremo ha mantenido posteriormente en Sentencias de 13 de septiembre de 2002, 30 de septiembre y 14 de octubre de 2003, o 17 de abril de 2007.

También ha declarado el Tribunal Supremo, de forma reiterada, que no es acorde con el referido sistema de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido. En este sentido, la Sentencia de 13 de noviembre de 1997 ya señaló que "aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia

directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”. Criterio mantenido más recientemente en la Sentencia 418/2018, de 15 de marzo, de la Sala Tercera del mismo Tribunal, y en la Sentencia 125/2018, de 30 de julio, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sala de Burgos) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Por lo tanto, la responsabilidad de la Administración procederá en aquellos casos en que los daños sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin que baste a estos efectos que los daños aparezcan con motivo u ocasión de la prestación de dichos servicios públicos.

Ha de tenerse en cuenta asimismo la jurisprudencia según la cual “la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. El hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables, unas a la Administración y otras a personas ajenas, e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado”. E igualmente la que sostiene “la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público”.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, la reclamante alega que la inundación de los fosos de los ascensores se produjo por el mal funcionamiento del colector general.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, atribuye al municipio competencias en materia de evacuación y tratamiento de aguas residuales (artículo 25.2.c) y lo configura como un servicio de prestación obligatoria en todos los municipios (artículo 26.1.a), por lo que corresponde a aquel la vigilancia y mantenimiento de los servicios e infraestructuras necesarias para su adecuada prestación. qq1 afirma en su informe que el colector se encontraba en perfecto estado de conservación y funcionamiento en la fecha de las tormentas, ya que era objeto de revisiones periódicas, y niega que las reparaciones a que se alude en la

reclamación tengan relación con la inundación de los ascensores, ya que obedecieron a meras labores de mantenimiento.

Por otra parte, del informe pericial aportado por la reclamante y de los informes de qqq1 y del Servicio de Infraestructuras y Movilidad se desprende que en esos días hubo fuertes tormentas que provocaron que los colectores entraran en carga al no tener capacidad para evacuar el agua caída en ese lapso de tiempo.

Como se ha indicado anteriormente, uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial es la existencia de relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata. Es decir, la responsabilidad puede derivar de un funcionamiento anormal del servicio público, que se produce cuando su prestación se realiza de forma incorrecta, por haber incumplido o desatendido la Administración titular del servicio alguna de las obligaciones que le competen (ámbitos vial, educativo, sanitario, asistencial, etc.); pero también de un funcionamiento normal del servicio público, que se produce cuando la Administración actúa de forma adecuada, es decir, conforme a los estándares exigibles al servicio público, sin que se le pueda imputar ningún incumplimiento de deberes, pese a lo cual pueden producirse daños como consecuencia de los riesgos inherentes a la prestación del servicio o actividad desarrollada.

En este caso, los daños reclamados derivan del funcionamiento normal del servicio público, ya que el dimensionamiento de las redes y la capacidad de evacuación de los colectores parecen ser adecuadas a las necesidades de la ciudad (el informe del Servicio de Infraestructuras y Movilidad afirma que "Las condiciones del alcantarillado en la vía pública no pueden venir condicionadas por las trombas de agua que puntualmente se producen").

Sentado lo anterior, procede analizar si, como se indica en la propuesta de resolución, las circunstancias meteorológicas existentes ese día constituyen un caso de fuerza mayor, que exonere de responsabilidad al Ayuntamiento.

En el Dictamen 324/2014, de 31 de julio, de este Consejo, ya se señaló, en relación con la concurrencia de fuerza mayor, que la jurisprudencia mantiene

que "la consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla. (...) el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración (...)"

Pues bien, este Consejo no comparte el criterio recogido en la propuesta de resolución y no aprecia la concurrencia de fuerza mayor como causa que enerve la responsabilidad de la Administración.

Aunque no existen parámetros concretos que permitan calificar de forma inequívoca un fenómeno meteorológico como fuerza mayor, de acuerdo con las tesis doctrinales y jurisprudenciales dominantes la fuerza mayor entronca con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito -supuesto éste que sí impone la obligación de indemnizar- haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida. En todo caso a la Administración le corresponde, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 1996, entre otras, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto que, de esa forma, puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial.

Estas circunstancias determinan la apreciación caso por caso de los diferentes supuestos, tal y como ha manifestado la doctrina del Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen 986/2004: "En relación con las inundaciones causadas por las lluvias, en cuanto causa de fuerza mayor y por tanto como determinante de la obligación pública de indemnizar los daños a ellas debidos, la referencia legal a su carácter de 'catastróficas' ha de entenderse (...) en el sentido ordinario y común del adjetivo empleado, lo que comporta una alteración grave del orden regular de las cosas. Su determinación ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y

contenido, atendiéndose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso, tales como la torrencialidad de las lluvias causantes de las inundaciones -lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar, como señalara ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1971-, la duración y permanencia de las precipitaciones, la descarga con carácter de tromba, la cantidad de agua caída en un corto período o, incluso, la afección de los bienes”.

Ante la dificultad de calificar de forma inequívoca la fuerza mayor, por su carácter orientativo resulta adecuado acudir a la normativa sobre cobertura de riesgos extraordinarios y, en particular, al Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, aprobado por el Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero.

El artículo 1.1.a) del indicado Reglamento califica como acontecimiento extraordinario, entre otros fenómenos de la naturaleza, la inundación extraordinaria. Por su parte el artículo 2.1.c) define la inundación extraordinaria como “el anegamiento del terreno producido por la acción directa de las aguas de lluvia, las procedentes de deshielo o las de los lagos que tengan salida natural, de los ríos o rías o de cursos naturales de agua en superficie, cuando éstos se desbordan de sus cauces normales, así como los embates de mar en las costas. No se entenderá por tal la producida por aguas procedentes de presas, canales, alcantarillas, colectores y otros cauces subterráneos, construidos por el hombre, al reventarse, romperse o averiarse por hechos que no correspondan a riesgos de carácter extraordinario amparados por el Consorcio de Compensación de Seguros, ni la lluvia caída directamente sobre el riesgo asegurado, o la recogida por su cubierta o azotea, su red de desagüe o sus patios”.

Pues bien, habida cuenta de lo hasta ahora expuesto y de la ausencia de actividad probatoria por la Administración reclamada, este Consejo Consultivo considera que en el presente asunto no puede apreciarse la existencia de fuerza mayor exculpatoria de la responsabilidad administrativa, pues no resulta acreditado que la lluvia caída fuera de una magnitud imprevisible, ni que fueran inevitables las consecuencias dañosas que produjo.

Puede además reseñarse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de abril de 2004, que señala: “Según la

doctrina jurisprudencial referida, por fuerza mayor debe entenderse aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza, y por caso fortuito, los acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento interno de cada actividad o servicio, según su naturaleza. Son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2-4-85) o los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4-2-83). Estos últimos que integran el caso fortuito no son obstáculo a la declaración de responsabilidad pese a ser independientes del actuar del órgano administrativo e incluso de la posibilidad de evitar los efectos dañosos aun empleando la máxima diligencia (STS de 9-5-78).

»Por lo que se refiere al caso concreto aquí planteado, no puede afirmarse que los daños reclamados se produjeron por `fuerza mayor´ en el sentido en que es definido por la jurisprudencia, al haberse ocasionado, en todo caso, por `caso fortuito´ entendido como un acontecimiento o hecho imprevisible inserto en el funcionamiento interno del servicio, ya que debe considerarse como imprevisible, pero evitable mediante las oportunas inspecciones. Y ello teniendo en cuenta que aunque el día de los hechos hubo una tormenta de intensidad considerable, sin embargo no se ha acreditado que la misma alcanzase la intensidad precisa para ser considerada como fuerza mayor (...).”

En virtud de lo expuesto, al existir relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio público y no concurrir fuerza mayor (al no haberse acreditado por el Ayuntamiento que la magnitud e intensidad de la tormenta permita calificarla como tal), la reclamación debe estimarse.

6ª.- En cuanto a la posible responsabilidad de la concesionaria, dado que el contrato se adjudicó el 27 de noviembre de 2009, le es de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP/2007), según resulta de la disposición transitoria primera, apartado 2, tanto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP/2017), como del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF). (Deben, pues,

revisarse las referencias a la normativa aplicable recogidas en la propuesta de resolución).

Pues bien, el artículo 198 de la LCSP/2007 (en el mismo sentido, los artículos 214 del TRLCSP y 196 de la LCSP/2017) regula la responsabilidad por los daños causados por los contratistas y establece lo siguiente:

“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”.

Este Consejo Consultivo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de este precepto (*a.e.*, Dictámenes 46/2015, de 12 de febrero, o 407/2017, de 11 de octubre, sobre el artículo 214 del TRLCSP, interpretación extensible a los artículos 198 de la LCSP/2007 y 196 de la LCSP/2017) recordando, por ejemplo, en sus Dictámenes 669/2004, de 21 de octubre, y 712/2004, de 2 de diciembre, cómo el Consejo de Estado considera que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolverse, en su caso, incautar la fianza definitiva al contratista y repetir contra él (Dictamen 276/1994, entre otros).

Así lo ha entendido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que señala en supuestos análogos que la Administración demandada debe indemnizar a la parte recurrente por unos daños que ésta no viene obligada a padecer, sin que sean de recibo los argumentos exculpatorios de la Administración, pues ésta debe responder de forma directa del funcionamiento de los servicios públicos de su competencia (artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre –anteriormente, artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre- y artículo 106 de la Constitución), sin perjuicio de su derecho a repetir frente a terceros en aplicación de la normativa sobre contratación administrativa (Sentencias de 31 de marzo y 20 de octubre de 1998). En Sentencia de 13 de octubre de 1998 razona que “es pues, el Ayuntamiento (...) quien venía obligado a velar por el buen y correcto funcionamiento del servicio de aguas y de las instalaciones que constituyen su soporte material y al no hacerlo de modo suficientemente eficaz, su actuar es relevante en cuanto al resultado producido, sin que pueda hablarse de ruptura del nexo causal en base a un hipotético defecto en las instalaciones motivado por una anomalía de construcción, que de acreditarse, únicamente podría dar lugar, en su caso, a la posibilidad de repetir frente al responsable”.

La posición de la Administración en el seno de la relación contractual establecida con estos particulares (concesionario o contratista), en virtud de la cual se distribuyen y asumen riesgos entre las partes contratantes, no incumbe al particular que sufre daños a consecuencia de esa actividad, cuya integridad patrimonial debe ser garantizada por imperativo del artículo 106 de la Constitución, de los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre –anteriormente artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-, sin perjuicio de que la indemnización sea abonada finalmente por quien deba soportarla a tenor de la relación obligacional establecida (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1987, 10 de abril de 1989, 9 de mayo de 1989 y 11 de febrero de 1997). Así, “hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de prestación (directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene por qué ser recortado en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo y sin

perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables” (Sentencia de 25 de febrero de 1998).

Este Consejo Consultivo no es ajeno a otros pronunciamientos judiciales y del propio Consejo y de otros Órganos Consultivos, en el sentido de que los artículos que regulan la responsabilidad del contratista deberían aplicarse en sentido literal, es decir, entender que la regla general consiste en la responsabilidad del contratista y que la Administración sólo responde si ha mediado una orden suya que haya provocado el daño o que éste sea consecuencia de vicios del proyecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2001, 19 de febrero de 2002, 24 de abril y 30 de octubre de 2003).

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta además que, aun siendo este criterio mayoritario durante un tiempo en los tribunales de justicia y el que pasó a adoptar este Consejo Consultivo, lo cierto es que su aplicación no fue en absoluto plana y uniforme, pues los tribunales, al enfrentarse a la necesidad de dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado, han venido interpretando que si la Administración no resuelve la reclamación, o lo hace sin determinar quién debe responder o sin dar la debida audiencia al contratista con la advertencia expresa de que puede ser declarado responsable de los daños y perjuicios, puede ser condenada a su indemnización sin perjuicio de que, posteriormente, pueda repetir lo satisfecho por tal concepto frente al contratista.

A la vista de las posteriores Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de septiembre de 2012 o la de 6 de octubre de 2008, la solución última parece ser otra.

La conclusión que extrae el Tribunal Superior de Justicia de la doctrina recogida en las Sentencias precitadas del Tribunal Supremo es que existen dos posibilidades a la hora de resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial cuando interviene un concesionario o contratista:

1.- O bien la Administración estima, total o parcialmente, la reclamación administrativa por reconocer la concurrencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial a su cargo, sin perjuicio de la posible acción de repetición una vez satisfecha la indemnización.

2.- O bien desestima la reclamación por considerar, como fundamento, que la responsabilidad corresponde al contratista, resolución que, sin reconocer derecho alguno a ser indemnizado, ni fijar cuantía alguna, deja abierta la acción del perjudicado -si está conforme- para reclamar contra el contratista por la vía oportuna.

Añade el Tribunal que "lo que no podrá hacer la Administración es dictar ambos pronunciamientos a la vez".

A la vista de la postura mantenida últimamente por los tribunales, este Consejo Consultivo considera que debe ser la Administración quien deba responder ante el perjudicado, sin perjuicio de la posibilidad de que aquélla pueda repetir frente al contratista encargado de prestar el servicio o realizar la obra de que se trate.

Si la Administración no obrara de acuerdo con este criterio, se crearía para el particular una situación gravosa e injustificada de tener que iniciar sendos procedimientos judiciales por los mismos hechos. Uno en la vía civil contra el contratista (con el criterio del vencimiento objetivo en la instancia a efectos de costas *ex* artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y uno contencioso-administrativo (no exento de gastos también) por el deficiente funcionamiento de un servicio público.

Admitir un régimen distinto comportaría una disminución de las garantías legales articuladas a favor del administrado, un aumento de los gastos ocasionados como consecuencia del deficiente funcionamiento de un servicio público y un evidente paso atrás en la evolución garantista de nuestro derecho. En definitiva, quebraría el régimen procesal unificado que se estableció en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y actualmente en las Leyes 40/2015, de 1 de octubre, y 39/2015, de 1 de octubre, ratificado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4).

Del contenido del expediente se desprende que en el presente supuesto existe relación de causalidad entre el funcionamiento de la red de saneamiento (funcionamiento normal), de titularidad municipal, y los daños y perjuicios sufridos por la reclamante. Corresponde así a la Administración, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, de este Consejo Consultivo y la jurisprudencia ya expuestas, indemnizar el daño causado, sin perjuicio de la

posibilidad de repercutir el importe a la empresa responsable del servicio, en aplicación de lo previsto en la normativa sobre contratación pública.

7ª.- Respecto al importe de la indemnización, el informe pericial y las facturas aportadas por la reclamante acreditan que la valoración de los daños asciende a 4.208,32 euros, por lo que la Administración debe resarcirlos.

Dicha cantidad deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con el artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy, en nombre y representación de la comunidad de propietarios xx nº x, debido a los daños y perjuicios sufridos por la inundación de los fosos de los ascensores debido a las tormentas e intensas lluvias caídas.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.