

| | | |
|--------------------------------------|---|--------------------------|
| D. DERECHO ADMINISTRATIVO | RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. EJECUCIÓN FORZOSA | Núm. 103/2002 |
|--------------------------------------|---|--------------------------|

Julio GALÁN CÁCERES
Profesor del CEF

• **ENUNCIADO:**

El presente supuesto práctico ha sido planteado en el tercer ejercicio de la última oposición para el acceso a Secretarios de Entrada de la Administración Local celebrado en la Comunidad de Madrid, en los términos siguientes:

Armando Argenta es propietario de una vivienda en el calle Mayor del municipio de Villaoreja del Sordete. El día 1 de enero de 2001, la realización de obras en una conducción de agua potable provoca la inundación de la planta baja de su vivienda. Las obras estaban siendo realizadas por Villaorejesa, S.A., sociedad concesionaria del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable, siendo la causa del siniestro la deficiente manipulación de una conducción por parte de un empleado de Villaorejesa, S.A.

El día 10 de enero de 2001, el señor Argenta presenta reclamación extrajudicial de daños contra Villaorejesa, S.A., que ésta no contesta.

El día 9 de enero de 2002, don Armando remite, por correo ordinario, escrito reclamando al Ayuntamiento la indemnización por los daños citados, recibándose aquél en las dependencias municipales el día 12 de enero de 2002.

El mismo 12 de enero de 2002 presenta ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio ordinario contra Bernardo Borrero, técnico municipal responsable de obras hidráulicas, en reclamación de los daños referidos por omisión del deber de vigilancia que le correspondía en virtud de sus funciones.

Dado que el señor Argenta no consigue que nadie le resarza por los daños sufridos, monta una acampada pacífica de protesta con toda su familia y los 50 miembros de su asociación vecinal, en la Plaza Mayor de la localidad, ocupando 50 m².

El alcalde requiere al Delegado del Gobierno para que sean desalojados por las Fuerzas de Seguridad del Estado. Ante la negativa del Delegado del Gobierno, el alcalde ordena a la Policía Local, al cabo de una semana, el desalojo de los acampados; orden que se ejecuta de inmediato.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Se solicita informe por separado y de forma razonada de cada una de las siguientes cuestiones:

1. Responsabilidad de Villaorejesa, S.A. derivada de los daños sufridos por don Armando Argenta.
2. Responsabilidad del Ayuntamiento por esos mismos daños.
3. Procedimiento para la exigencia de la responsabilidad citada.
4. Responsabilidad del técnico municipal.
5. Administración y órgano competente para la orden de desalojo y su ejecución material.
6. Valoración de la orden del alcalde.

• **SOLUCIÓN:**

Antes de dar cumplida respuesta a cada una de las cuestiones planteadas debemos significar que, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 7 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), la materia de suministro de agua es competencia de las Entidades Locales, siendo, según el artículo 26.1 del mismo texto legal, un servicio mínimo que debe prestarse en todos los municipios.

Realizamos esta precisión para señalar que son las Entidades Locales las titulares de este servicio público, el cual podrán gestionar de forma directa o indirecta con arreglo a la normativa aplicable; explotación que no supone desplazamiento alguno de su titularidad. Igualmente, sentado lo anterior, va a incidir de forma esencial en la cuestión que se plantea en la primera parte del supuesto relativa a los daños ocasionados en la vivienda de un particular por una empresa concesionaria del servicio de conducción y abastecimiento de agua.

1. Responsabilidad de Villaorejesa, S.A.

A. Existencia de responsabilidad de la sociedad concesionaria.

Recordemos que esta sociedad es la concesionaria del servicio de abastecimiento y distribución de agua del municipio de Villaoreja del Sordete.

La relación jurídica que une a esta empresa y al Ayuntamiento de dicha localidad obedece a un contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 154 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Dicho texto legal, en su artículo 156, permite la modalidad de la concesión como forma indirecta de gestión del servicio público.

Las obligaciones de la sociedad concesionaria, aparte de los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de explotación cuyo contenido desconocemos en concreto, se determinan en el artículo 61, y, en concreto, en el apartado c) se establece la de «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración».

Por su parte, el artículo 128.3 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y el artículo 97 del TRLCAP, referido a la ejecución y modificación de los contratos administrativos en general señalan «1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieran la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden directa e inmediata de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes».

Finalmente, el artículo 98 establece que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista».

Por tanto, de los preceptos indicados se deduce, con claridad, que la responsable de los daños causados en la vivienda de Armando Argenta es la sociedad concesionaria que al realizar obras de conducción del agua, al parecer, no adoptó todas las medidas de cautela y precaución suficiente para evitar el resultado dañoso, pues suponemos que al no indicarnos nada el relato de hecho en otro sentido, no existió causa que le exonerara de esta responsabilidad.

Por ello, no parecen concurrir las circunstancias señaladas en los citados artículos 97 y 61 en el sentido de que el daño fuera producido por causas imputables a la Administración. Es más, hay un dato significativo en el relato de hechos a este respecto, y es que el señor Argenta se dirige contra el técnico municipal responsable de obras hidráulicas del Ayuntamiento ante el Juzgado de Primera Instancia en reclamación de los daños causados por «omisión del deber de vigilancia que le correspondía en virtud de sus atribuciones». Es decir, la misma empresa reconoce que no existió orden o mandato alguno por parte de la Administración para que realizara las obras de esa manera que, a la postre, causó el daño, sin que, por otra parte, exista ninguna otra prueba que pudiera hacer imputable a la Administración de aquellos daños, pues de ser así la empresa la hubiera alegado para salvar su responsabilidad.

B. Reclamación extrajudicial contra la sociedad concesionaria.

El día 10 de enero del 2001, el señor Argenta presenta reclamación extrajudicial de daños contra la empresa concesionaria del servicio.

Debemos comenzar señalando que el perjudicado tenía diversas vías para reclamar la indemnización de daños y perjuicios causados. Así:

a) Podía acudir, por la vía del derecho privado, en concreto, fundando su acción en una responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 (el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a indemnizar el daño causado) del Código Civil (CC) contra la sociedad concesionaria responsable. Disponiendo del plazo de prescripción de un año para el ejercicio de dicha acción.

b) Hacer uso de la previsión contenida en el artículo 97.3 del TRLCAP, en el sentido de requerir, en el 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 del daño. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción.

c) Utilizar la vía prevista en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, «cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá sobre la procedencia de la indemnización así sobre como quién deberá pagarla. Esta resolución deja abierta la vía contencioso-administrativa que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso».

d) Llevar a la vía contencioso-administrativa conjuntamente a la Administración y al contratista (novedad prevista tras la reforma de la LOPJ de 1 de julio de 1985).

e) Ejercer, como posteriormente hizo y por las razones que señalaremos, la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública al amparo de lo previsto en el artículo 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

f) Interponer una reclamación extrajudicial contra el directo causante del daño del que disponía del plazo de un año [es la vía previa, normalmente, a la vía judicial señalada en el apdo. a)], que fue, finalmente, lo que hizo a los nueve días de ocurrir el hecho dañoso, produciendo, la elección de esta vía, la interrupción de la prescripción del plazo para el ejercicio de la acción oportuna, como señala el CC que, entendemos, por las razones que luego se señalarán, afectaba al plazo para ejercitar cualquiera de las otras vías señaladas anteriormente.

2. Responsabilidad del Ayuntamiento por esos mismos daños.

A. Procedencia de la responsabilidad.

Ha quedado clara la responsabilidad del contratista en los términos que hemos señalado en el anterior punto. Ahora bien, frente al señor Argenta no cabe ninguna duda de que existe una responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento en cuestión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992.

La responsabilidad de la sociedad concesionaria, en el caso de que, como ha sucedido, se ejerza la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración, afectará a las relaciones contractuales internas que une a Administración y contratista, y tendrá su reflejo en el ámbito del contrato celebrado, en concreto el poder repetir el Ayuntamiento contra el mismo lo pagado por su culpa con independencia de si es causa de resolución o no del contrato, pero, en ningún caso es causa que pueda oponer la Administración frente al tercero perjudicado para excusarse de su responsabilidad.

Es cierto que existen sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) que han señalado la responsabilidad directa y objetiva del concesionario o contratista. Así la de 25 de enero de 1992 establece la responsabilidad de la sociedad concesionaria del servicio público del gas por el escape y la explosión del gas licuado propano en la cocina de un bar-restaurante, afirmando que los daños se debieron a la inobservancia por la concesionaria de las medidas de seguridad en las instalaciones para uso y consumo de gas propano. En la de 21 de abril de 1998 declara la responsabilidad del pirotécnico contratado por el Ayuntamiento para el lanzamiento de cohetes con ocasión de festejos tradicionales pues su conducta fue negligente por no comprobar, adecuadamente, que todos los artefactos lanzados habían explotado en el aire.

Incluso algún autor, como Beladiez Rojo ha señalado que la Administración no tiene que responder de los daños ocasionados por los contratistas o concesionarios ya que éstos no se encuentran integrados en la organización administrativa, y, por tanto, no puede considerarse su actuación como propia de la Administración.

Esto, sin embargo, no es incompatible con el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que, como sabemos, tras una larga evolución histórica y legislativa, ha concluido en su carácter objetivo frente a los terceros perjudicados.

No debe olvidarse que el titular del servicio público de abastecimiento y distribución de agua es el Ayuntamiento (arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local), que lo único que cede es la explotación o gestión del servicio, en ningún caso traslada dicha titularidad (la competencia es irrenunciable) a la sociedad concesionaria. Esto supone que, en ningún momento, la desvinculación del servicio se va a producir. Por tanto, tiene una serie de obligaciones que cumplir y de las que responderá, si no lo hace, frente a los usuarios del servicio.

En este sentido, el propio TRLCAP y su Reglamento de Ejecución le conceden, en lo concerniente al contrato administrativo, una serie de privilegios y prerrogativas que puede ejercer frente al contratista (de policía, de vigilancia, de interpretación de dudas, de modificación ...), llegando, incluso, a poder dictar órdenes escritas imperativas respecto al contratista. Por tanto, en contrapartida, asume, igualmente, una serie de obligaciones frente a aquél y frente a los terceros -usuarios en general del servicio- de las que responderá en caso de incumplimiento.

Resulta importante destacar, a este respecto, lo establecido en el artículo 94 del Reglamento General de la LCAP aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, «la ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido».

Los artículos 97.1 y 161 del TRLCAP, que hacen responsable al contratista de los perjuicios causados en la ejecución del contrato, deben interpretarse, según Sentencia del TS de 20 de octubre de 1987 (se refería al art. 134 del Rgto. de Contratos del Estado de 1975, pero con contenido similar al de los preceptos citados) «a la luz de las nuevas concepciones sobre responsabilidad de la Administración, y, si bien, ésta puede repetir contra el contratista, por lo dispuesto en el artículo, citado, tal posibilidad no excluye la responsabilidad de la Administración cuando el daño producido sea consecuencia de un actuar ligado a la Administración por vínculos contractuales».

La Sentencia del TS de 13 de febrero de 1987 negó la posibilidad de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración con base en el derogado artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975, afirmando que aquélla es externa, objetiva y directa.

Por su parte, las de 18 de diciembre y 23 de febrero de 1995 señalaron que «la naturaleza, netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial, ajena, por tanto, a toda idea de culpabilidad, impide a la Administración que opera en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra ésta».

B. Requisitos de la responsabilidad.

No merece la pena entrar en el análisis de los mismos puesto que, salvo el momento de la reclamación, que se estudiará más adelante, el resto de los mismos tanto subjetivos como objetivos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, concurren en el presente caso sin ningún género de dudas.

Recordar que el artículo 223 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 382/1986, de 10 de febrero, señala que «los Entes Locales responderán directamente por 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 en el ejercicio de sus cargos, de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

Por su parte, el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 y 225 del Reglamento antes citado, permitiría al Ayuntamiento repetir lo que hubiera pagado al señor Argenta, en virtud de esa responsabilidad patrimonial ya señalada.

C. Remisión por correo ordinario de la reclamación.

En principio no existe problema alguno a este modo de reclamar siempre y cuando dicho escrito reúna todos los requisitos previstos tanto en el artículo 70 de la Ley 30/1992 como en el 6.º 1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. En concreto: daños sufridos, relación de causalidad entre éstos y el funcionamiento del servicio, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que el hecho se produce; e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones oportunas y, en su caso, de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse.

En el presente caso, dado que la sociedad concesionaria admite los hechos, lo único a determinar sería la valoración económica del daño causado mediante la oportuna prueba pericial en caso de desacuerdo entre reclamante y Administración.

Respecto a la forma en sí de que se ha valido el perjudicado para remitir su reclamación, correo ordinario, hay que señalar que la normativa no impone ninguna forma en concreto de hacerlo. El único problema que podría surgir es el de la prueba del momento y de la recepción, por parte del Ayuntamiento, de dicha reclamación, toda vez que el interesado carece de constancia de la remisión del escrito en sí y del momento en que se produce ésta. Sabemos que el plazo de prescripción para exigir esta responsabilidad es de un año desde que ocurre el hecho o se manifiesta el resultado lesivo. Si el Ayuntamiento negara su recepción y transcurriera dicho plazo, el ejercicio de la acción sería extemporáneo, sin que el reclamante pudiera probar nada en contrario al carecer de constancia de su remisión. El artículo 35 c) de la Ley 30/1992 confiere el derecho a obtener copia sellada de los documentos que se presenten ante la Administración, lo cual acreditaría la existencia y el momento de ésta. Pero en este caso no se hizo así.

Ligado a esta cuestión está, también, el problema del inicio del procedimiento administrativo a los posibles efectos de su duración máxima y del silencio administrativo.

De cualquier manera, el relato de hecho nos indica que el día 12 de enero de 2002 se recibe el escrito en las dependencias municipales. Por tanto, desaparecen los problemas, antes expresados, en torno a la prueba y al momento de recepción de la reclamación presentada. A tenor del artículo 43.2 a) de la Ley 30/1992, el plazo de duración del procedimiento administrativo se inicia cuando el escrito tiene entrada en el Registro del órgano competente, éste lo será el alcalde y, al tratarse de una Entidad Local, ese momento será cuando se da entrada en el correspondiente Registro de Entrada del citado escrito.

D. Duración del procedimiento.

La duración máxima para resolver será de seis meses a partir del momento antes indicado y el sentido del silencio será desestimatorio (art. 13 del Rgto.).

En el presente caso nada se nos dice sobre la existencia de resolución expresa, sino más bien lo contrario, pues afirma el relato de hecho que como no se resolvía la cuestión decide una acampada, en compañía de otras personas, en la Plaza Mayor de la localidad.

E. ¿Está en plazo la reclamación planteada ante el Ayuntamiento?

Según el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 «el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo».

En el presente caso, el hecho ocurre el día 1 de enero de 2001 y, puesto que nada se dice en contra habrá de entenderse que ese mismo día el señor Argenta tiene conocimiento del mismo y de su resultado dañoso. El día 9 de enero de 2002 remite el escrito al Ayuntamiento que lo recepciona el día 12 del mismo mes y año. Por tanto, en principio, parece claro que la reclamación es extemporánea, pues ha pasado el año determinado por la Ley para el ejercicio de esta acción de responsabilidad.

Sin embargo, no podemos desconocer un dato esencial para esta cuestión como es que el día 10 de enero de 2001, esto es, en plazo, presentó reclamación extrajudicial contra la sociedad concesionaria que ésta no contesta.

El CC, en su artículo 1.973 establece como causa de interrupción de la prescripción de las acciones «la reclamación judicial o extrajudicial contra el deudor». Por su parte el artículo 1.974 señala que «en las obligaciones solidarias la interrupción de la prescripción aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores». Y este plazo se mantendrá suspendido mientras no se conteste a aquella reclamación, pues el acreedor, aún potencial como en este caso, tiene el derecho a obtener respuesta a sus pretensiones sin que, en ningún caso, el mero transcurso del plazo, pueda jugar en su contra. Parecería, si esto no fuera así, que se está penalizando o haciendo más gravosa la condición del presunto acreedor por intentar evitar la vía judicial. Nadie optaría por la vía extrajudicial que resulta, en principio, la más aconsejable para evitar los problemas de todo tipo derivados de un proceso, si la indicada regulación normativa no se entendiera en el sentido indicado.

En el presente caso, es cierto que presenta unas connotaciones especiales. Entre ellas, como hemos visto anteriormente, que el presunto deudor puede ser, frente al dañado, o bien el concesionario o bien la propia Administración o los dos. Todo dependerá de la opción ejercida por el perjudicado. Ahora bien, opte por el camino que opte no cabe duda de que la situación debe ser contemplada desde el punto de vista colectivo, de todos ellos, y no, exclusivamente, de uno de ellos. Dicho en otros términos, existe una solidaridad de deudores cuya reclamación contra uno de ellos afecta y repercute al otro.

Las opciones que puede ejercer el perjudicado no pueden considerarse desconectadas entre sí, todas tienen idéntico fundamento y finalidad, como es el de obtener la reparación del daño causado. Por ello, entendemos que el ejercicio de cualquiera de esas opciones, en cuanto a la interrupción del plazo de prescripción, afecta al otro, que se mantiene en expectativa mientras no se satisfaga su legítimo derecho a obtener una respuesta de aquél frente a quien se ha ejercitado la oportuna reclamación.

Entendemos que mantener lo contrario es desnaturalizar esas opciones que la Ley otorga al perjudicado, situándole en una situación de indefensión y obligándole al absurdo de tener que dirigirse simultáneamente contra todos ellos si quiere ver satisfecho su derecho a la reparación integral del daño causado.

El único límite a ese derecho de opción se encuentra en que, en ningún caso, puede producirse el llamado «enriquecimiento injusto», es decir, obtenida en una vía la reparación integral del daño causado, no puede obtenerse en otra nueva indemnización que supere el efectivamente causado. Ahora bien, diversas reparaciones parciales en distintas vías, siempre que no superen esa reparación integral son, perfectamente posible en nuestro derecho y existe jurisprudencia de la Sala Tercera de nuestro TS que así lo ha admitido.

En la Sentencia del TS de 1 de marzo de 2001 se planteó el problema de la concurrencia y compatibilidad entre la indemnización a la que tuvo que hacer frente la Administración, como responsable civil subsidiaria en un procedimiento penal, y respecto a la que se la demandó en concepto de responsabilidad patrimonial. El TS indicó que, sin duda alguna, la compatibilidad debe admitirse pues el origen, fundamento, característica y régimen jurídico son distintos entre una y otra. Señalando «... la aplicación de ambos regímenes de responsabilidad no puede dar lugar a un enriquecimiento injusto del perjudicado ... No puede producirse una duplicidad en la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima ... aunque las indemnizaciones no son en sí incompatibles, sí se deben coordinar los aspectos cuantitativos ...».

En conclusión, el señor Argenta estaba en su derecho de dirigirse extrajudicialmente contra la sociedad concesionaria y esperar una contestación de éste. Mientras tanto, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Ayuntamiento se encuentra en suspenso. Si hubiere respuesta a sus pretensiones y son satisfactorias en su totalidad se impide el ejercicio de aquel tipo de acción. Si aquella fuera parcialmente satisfactoria podría dirigirse por el resto contra la Administración. Si, como ocurrió en el caso, no hubo respuesta alguna, podía reclamar contra el Ayuntamiento.

3. Procedimiento de responsabilidad.

Se encuentra regulado en el Real Decreto 529/1993, de 26 de marzo, con independencia de las peculiaridades propias del régimen local.

Podemos destacar los siguientes momentos:

A) Reclamación dirigida al alcalde con los requisitos de los artículos 70 de la Ley 30/1992 y 6.º del Real Decreto señalado.

B) Incoación del oportuno expediente por solicitud del interesado y notificación al perjudicado. Éste podrá presentar cuantas alegaciones y documentos sean necesarios y proponer los diversos medios de prueba de que intente valerse. En caso de ser rechazada alguna de las propuestas deberá hacerse por resolución motivada notificándosele en tal sentido.

C) Práctica de pruebas propuestas y admitidas, así como la de aquellas que el instructor juzgara conveniente. En el caso planteado, parece que la única interesante será la valoración económica de los daños producidos, puesto que los hechos y demás circunstancias son admitidos.

D) Solicitud de informe al Servicio de Obras del Ayuntamiento como responsable del área que ha provocado el daño.

E) Trámite de audiencia al interesado, salvo que de acuerdo con el artículo 84.4 de la Ley 30/1992 no proceda éste.

F) Informe del Secretario del Ayuntamiento e Interventor del mismo (RD 174/1987, de 18 de septiembre).

G) Propuesta de resolución y resolución, en su caso, del alcalde con notificación al interesado con todas las indicaciones exigidas por la Ley.

Significar que, en todo caso, cabe la terminación convencional del procedimiento en cualquier momento anterior al trámite de audiencia y que sería posible el procedimiento abreviado regulado en los artículos 14 al 17 del Reglamento de Procedimiento si concurrieran los requisitos allí establecidos.

Significar, igualmente, que pagada por el Ayuntamiento la oportuna indemnización al señor Argenta podría ponerse en marcha al procedimiento de repetición a que hace referencia el artículo 19 del Reglamento citado contra el técnico municipal competente si hubiera existido dolo, culpa o negligencia grave por su parte.

4. Responsabilidad del técnico municipal.

El supuesto de hecho nos indica que el día 12 de enero de 2002, es decir, tres días después de plantear la acción de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento, presenta ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio ordinario, en reclamación de los daños causados, contra el técnico municipal responsable de las obras hidráulicas por omisión del deber de vigilancia que le correspondía en virtud de sus funciones.

Entendemos que no parece adecuada tal reclamación, aun admitiendo que la cuestión no ha recibido una respuesta unánime ni pacífica, especialmente, en la doctrina científica. Así, Parada Vázquez ha entendido subsistente la regla de la responsabilidad solidaria de la Administración y del empleado público, de forma que el perjudicado puede dirigirse, a su elección, contra uno o contra otro.

Aun admitiendo esta posibilidad, en el presente caso resulta que se ha dirigido contra los dos (Administración y funcionario), lo cual parece inviable.

Pero entendemos que, en la actualidad, no resulta procedente dirigirse contra el funcionario por las siguientes consideraciones:

A) En el régimen del CC, antes de su reforma, sí se estableció la responsabilidad, por la vía del artículo 1.902, del funcionario o agente causante del daño, siendo la Administración, tan sólo, responsable cuando actuaba a través de un agente especial (cosa que casi nunca se daba en la práctica). Recientemente, ha vuelto a ser objeto de reforma, en concreto, el artículo 1.903, en el apartado referente a la responsabilidad del Estado, desapareciendo la previsión contenida en el mismo.

Sin duda, obedece a la propia evolución de este tipo de responsabilidad que, en la actualidad, es objetiva y que se basa en el funcionamiento de los servicios públicos, siendo indiferente, frente a los perjudicados la existencia o no de culpabilidad de sus funcionarios en la causación del daño.

B) Las Administraciones Públicas para llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones precisan de personas físicas (personal político, funcionarios, personal laboral), y aquéllas se benefician del actuar de éstas, por lo tanto, parece lógico, y esto constituyó un aspecto importante en el camino seguido hasta la actual concepción objetiva de esta responsabilidad, que, igualmente, deben recaer sobre aquéllas los inconvenientes o desventajas que se deriven de su actuar (con independencia de la posible acción de regreso o repetición contra ellos, que no actúan como particulares sino por cuenta de la Administración donde prestan sus funciones).

C) El nuevo Código Penal de 1995 establece la responsabilidad patrimonial y directa de las Administraciones Públicas por los daños causados por sus funcionarios, agentes y autoridades en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que tuviera encomendados, señalándose que esta responsabilidad «habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia».

D) La actual regulación del Título X de la Ley 30/1992 (y en el actual Decreto 429/1993 que la desarrolla) parece configurar la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración como

la única posible, excluyéndose la posibilidad de que el funcionario respondiese directamente frente al perjudicado. Así, el artículo 145.1 de la Ley señala «para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial ... los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio».

Es también clarificador el artículo 144 que indica «cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 139 y siguientes de la Ley».

A su vez, el artículo 146 hace referencia a la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como a la responsabilidad civil derivada del delito, remitiéndose a su legislación específica. Por el contrario, guarda silencio sobre la responsabilidad civil extracontractual del personal a su servicio.

Finalmente, los artículos 1.º y 19 del Real Decreto 429/1993, establecen respectivamente, que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la de sus autoridades y demás personal a su servicio se hará efectiva de acuerdo con las previsiones de la Ley 30/1992; que las disposiciones de ese Reglamento son de aplicación a los procedimientos que se instruyan ... en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o de derecho privado y, por último, que los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

Por todo ello, parece que la normativa vigente establece, cuando el daño se ha debido a posible dolo, culpa o negligencia del correspondiente funcionario, como vía de resarcimiento de esos daños la prevista en la Ley 30/1992 y su normativa de desarrollo.

E) Tampoco puede olvidarse, después de la Ley 30/1992 y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, artículos 2.º e) y 139, respectivamente, que la única jurisdicción competente para enjuiciar ya este tipo de responsabilidad será la contencioso-administrativa, en consonancia con que, con carácter previo, se siga el procedimiento administrativo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Real Decreto antes aludido.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que por el incumplimiento de sus funciones podría exigirse al técnico municipal por parte de la Administración municipal.

5. Administración y órgano competente para la orden de desalojo y ejecución material.

A. Administración competente.

Partiendo de la base de que nos encontramos ante la ocupación indebida de un bien de dominio público (art. 79 de la LBRL de 1985 y arts. 2.º y 3.º del Rgto. de Bienes de las Entidades Locales aprobado por RD 2/1986, de 13 de junio), consistente en la ocupación pacífica de una plaza que tiene carácter permanente, no ocasional, puesto que el supuesto habla de «acampada», los artículos 82 de dicha Ley y 44.1 c) del Reglamento de Bienes, conceden a las Entidades Locales la prerrogativa de recuperar, por sí mismas, la posesión de sus bienes demaniales, en cualquier momento.

Por tanto, en principio, la competencia corresponde al Ayuntamiento en cuestión.

B. Obligatoriedad del ejercicio de acciones.

En este sentido, el artículo 68.1 de la LBRL establece que «las entidades locales tienen la obligación de ejercitar las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos».

Por tanto, no es una potestad discrecional sino reglada, un mandato de la Ley que no admite interpretación al respecto. El Ayuntamiento estaba obligado a desalojar a los ocupantes del dominio público.

C. Otros títulos competenciales.

Aparte de lo indicado, no cabe duda de que por esa ocupación indebida pueden verse afectados otros bienes jurídicos protegidos por la Ley, tales como la seguridad, la ordenación del tráfico de vehículos y personas, la salubridad pública ..., etc. Pues bien, el artículo 25.2 otorga, también, competencia en estas materias a las Entidades Locales.

De todos ellos, el más problemático pudiera ser el de la seguridad pública, pues no cabe duda de que acciones de ese tipo pueden acabar originando desórdenes públicos, aunque en el presente caso nada se dice al respecto.

Como afirma la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, «la seguridad pública es un terreno de encuentro de las esferas de competencias de todas las Administraciones Públicas. La seguridad pública es una competencia difícil de parcelar, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones con el rigor admisible en otras materias. Las normas ordenadoras de la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto de los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y en general, las circunstancias y condiciones de la aparición».

De cualquier manera, de los hechos relatados no se deduce que se plantearan problemas al respecto, siendo la única cuestión la ocupación indebida de parte de una plaza pública mediante una acampada pacífica.

D. Órgano competente.

Parece que es una competencia del alcalde dictar la orden de desalojo y ordenar la ejecución material de la misma, en base a lo previsto en los artículos 21 k) y 22 de la LBRL. No es, de cualquier manera, algo que venga contemplado de forma específica como tal, en todo caso sería una competencia residual atribuida al alcalde.

Ello sin perjuicio de que de haberse puesto en marcha el procedimiento previsto en el artículo 71 en relación con el artículo 46 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, como previo al desalojo, se hubiera exigido el pronunciamiento del Pleno municipal.

El artículo 21.1 de la LBRL atribuye al alcalde la Jefatura de la Policía Municipal (k) que será la que finalmente lleva a cabo el desalojo (arts. 2.º 2 y 53 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), suponiendo la inexistencia de otras implicaciones que no fueran las de la mera ocupación de la plaza pública.

Si se hubiere tratado de reunión o manifestación no autorizada en lugares de tránsito público, según el artículo 16 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, competía al Delegado del

Gobierno dictar la orden de desalojo y ordenar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la ejecución de la misma. Pero insistimos en que lo único que se deduce del relato de hechos es un problema de ocupación del dominio público.

E. Requerimiento por el alcalde al Delegado del Gobierno para que lleve a cabo el desalojo.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están bajo la dependencia del Delegado del Gobierno.

El artículo 4.º de la Ley 30/1992 se refiere a las relaciones entre las Administraciones Públicas y en el apartado d) del número 1 se refiere a la obligación de prestar la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones Públicas pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias. En el número 3 de dicho artículo se establecen los casos que dicha colaboración puede ser rechazada, obligando, además, a comunicar, motivadamente, la negativa a prestar asistencia a la Administración solicitante.

En el presente caso, parece que no era necesaria esa colaboración por parte del Delegado del Gobierno si tenemos en cuenta que era un problema meramente de ocupación del dominio público, y que el Ayuntamiento contaba con medios para llevar a cabo el desalojo, a través de la Policía Municipal.

La única obligación que incumplió el Delegado del Gobierno era la de contestar de forma motivada, aunque negativa, a ese requerimiento.

6. Valoración de la orden del alcalde.

Es cierto que el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, en su artículo 71 en relación con el 46, prevé un procedimiento previo al desalojo en el que, previa audiencia del interesado, el Pleno se pronunciará respecto a la recuperación de oficio de un bien demanial ocupado (el llamado *interdictum proprio*), sin embargo, en este caso, creemos que no era necesario tal procedimiento previo.

El fundamento del mismo se encuentra en que para recuperar la posesión de dicho bien de dominio público, hay que oír, con carácter previo, al que está en posesión del mismo porque la Ley presume que puede existir un título más o menos legitimador de dicha posesión que es preciso, desde el punto de vista jurídico, contradecirlo y anularlo. Dicho de otra manera, puede existir una situación dudosa o poco clara.

Por otra parte, los principios de contradicción, *in dubio pro actione*, tutela efectiva y no indefensión aconsejan las máximas garantías cuando se trata de actos restrictivos a la esfera de los particulares.

Sin embargo, puesto que se trata, meramente, de la recuperación de la posesión, y, como en el presente caso, no hay duda ninguna acerca de la naturaleza demanial del bien ocupado, no hay nada que aclarar previamente respecto a la naturaleza del bien y respecto a la ilegalidad de la ocupación, sino, simplemente, restaurar, lo antes posible la legalidad. ¿Es imaginable la situación de que se produzcan muchas ocupaciones de la vía pública y la Administración, antes de desalojar de la misma a los responsables tuviera que poner en marcha procedimientos formales con la pérdida de tiempo que ello supone y con el consiguiente perjuicio para el interés público?

Cuando la situación de ilegalidad es palmaria y notoria, como en el presente caso, y no hay, desde el punto de vista jurídico nada que aclarar, lo que debe hacer la Administración en beneficio del interés general es poner, cuanto antes, fin a esa situación.

Por tanto, la orden de desalojo del alcalde, sin más, es ajustada a derecho.

Lo que no parece ajustado a derecho es la ejecución inmediata de la misma.

Se trata, el desalojo, de un medio de ejecución forzosa consistente en compulsión sobre las personas (modalidad de desahucio) que, de acuerdo con el artículo 95 de la Ley 30/1992, exigía apercibimiento previo a los interesados con carácter previo a su ejecución. Este apercibimiento pretende dar la oportunidad a aquéllos de que por medios pacíficos se ponga fin a aquella situación para evitar los inconvenientes derivados de una actuación de ejecución forzosa, de por sí tensa y compleja, al menos en ocasiones. Aunque nada tiene que ver con el caso que analizamos, porque hemos significado que no era un problema de seguridad, pero sí es ilustrativo al respecto, el propio artículo 17.1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, en casos de manifestaciones no autorizadas, exige que antes de llevar a efecto esta medida deberá avisarse a las personas afectadas.

Al no hacerse así, actuando la Policía Municipal sin apercibir, previamente, a los interesados, el Ayuntamiento no obró con arreglo a derecho, incurriendo, incluso, en vía de hecho que hubiera posibilitado a los afectados el ejercicio de las acciones y recursos oportunos tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 97, 98, 154, 156 y 161.**
- **RD 1098/2001 (Rgto. del TRLCAP), art. 94.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 4.º, 35, 42, 70, 95, 139, 142, 144 y 145.**
- **Código Civil, arts. 1.902, 1.903, 1.973 y 1.974.**
- **Ley de 16 de diciembre de 1954 (LEF), art. 123.**
- **Ley 7/1985 (LBRL), arts. 21, 25, 26, 68, 79 y 82.**
- **Decreto de 17 de junio de 1955 (Rgto. de Servicios de las Corporaciones Locales), art. 128.3.**
- **RD 382/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), art. 223.**
- **RD 429/1993 (Rgto. de Procedimiento de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial), arts. 1.º, 6.º, 13 y 19.**
- **RD 1372/1986 (Rgto. de Bienes de las Entidades Locales), arts. 2.º, 3.º, 44, 46 y 71.**
- **Ley Orgánica 2/1986 (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), arts. 2.º y 53.**
- **Ley Orgánica 1/1992 (Seguridad Ciudadana), arts. 2.º, 16 y 17.**