

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal del Consejo de Estado.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

La intervención administrativa en la materia de caminos y carreteras fué muy pronta; además, ha sido siempre muy intensa. Los caminos y, en especial, el de Santiago, constituyen una de las bases materiales del Derecho administrativo nacional, pues no puede olvidarse que éste, en cuanto ordenamiento que encauza la desmedida vocación del Poder por ser más vasto y más potente, encuentra sus hontanares históricos en la paz del camino.

El Derecho administrativo tiene su origen remoto en el momento en que surge un título político de intervención: la *pax publica*. Y ésta encuentra su nacimiento en los caminos; en especial, en el de Santiago. Sabido es que la Iglesia justificaba sus inmediatas potestades sobre los bienes, personas y lugares religiosos en la *pax Dei*. Su mantenimiento amparaba el ejercicio de los poderes eclesiásticos. La *pax Dei* atribuía a las autoridades eclesiásticas la conservación de la paz en los lugares sagrados, aunque pertenecieren a otros. No debe olvidarse que los juristas regios (Vid. Elías de Tejada, *Historia de la Literatura Política de las Españas*, Madrid, 1984) construyeron prontamente la noción de *pax publica* como título jurídico de

intervención del Monarca a semejanza de la *pax Dei*. Ello les permitió atribuir al Rey las facultades para juzgar los delitos cometidos en los caminos, en cuanto lugares de todos. En efecto, como se ha señalado (Villar Palasi, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, pág. 145), el primitivo título de intervención del poder regio es la *pax publica*, correlato del canónico *pax Dei*. El monarca, desde los tiempos visigóticos, tenían análogo poder respecto al lugar donde se encontraba: era el *bannus*. Pues bien, los Monarcas asturianos, primero, y leoneses, después, se sirvieron del concepto de *pax publica* para atribuirse las facultades de conservación del orden en un primer instante y la titularidad de los caminos ulteriormente por donde discurría la ruta jacobea. Esa concepción, limitada inicialmente al Camino de Santiago, se expandirá ulteriormente. La custodia de los caminos y su titularidad corresponderá al Rey.

Los caminos, y en especial el de Santiago, son pues germen de conceptos jurídicos. A partir de entonces, la historia se precipita y es mejor conocida. La *pax publica* cristaliza en el *dominium publicum*; ulteriormente, el Monarca se ve en la obligación de mantener el orden no sólo en los caminos sino en todo el Reino y surge la noción de *policía*. El anhelo de bienestar impulsará al gobernante a mejorar las condiciones del pueblo y para ello se invocará un nuevo título: la policía del bienestar o el *fomento*. A partir de entonces, la *obra pública* y el *servicio público* son el corolario de un técnica que, en España, hunde sus raíces en los viejos caminos.

Por otra parte, sabido es que el actual Consejo de Estado, aunque se haya declarado, incluso por la jurisprudencia, que es heredero directo de que con tal nombre constituyera el César Carlos en 1523 o 1526, entronca mejor con el Consejo de Castilla, al que sucedió en 1834, con el título de Consejo Real. Y conocido es también que al Consejo de Castilla le correspondía el cuidado y la construcción de los caminos y carreteras. En otros términos, que aquéllos y éstas son viejo tema de consideración por el Consejo.

En el siglo XIX y las tres primeras cuartas partes de la centuria actual, los temas de caminos y carreteras fueron objeto de numerosas consultas emitidas por el Consejo de Estado. En especial, durante la Dictadura de Primo de Rivera y el Régimen de Franco, pues no en balde, en dichos períodos, es cuando la construcción y mejora de vías públicas se hizo más intensa. Los temas considerados fueron variadísimos. Baste citar los dictámenes emitidos en el Real Decreto de 1 de diciembre de 1986, sobre fomento y conservación del arbolado; en el Real Decreto de 12 de abril de 1912 sobre la forma de tramitar los expedientes de permuta de parcelas para la construcción de caminos; sobre la forma de interpretar la Circular

de la Dirección General de Caminos de 13 de diciembre de 1843 que ordenaba que se descontara del haber de los peones camineros que se hicieran el vestuario de su cuenta, el valor de los botones que se les suministraban; en la Real Orden del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas de 25 de septiembre de 1848 en la que se prevenía que siempre que para la construcción de caminos vecinales fuere necesario ocupar parte del terreno de las cañadas o cordeles, se resarciera con otro tanto el terreno ocupado; o la Circular del Consejo Real de 15 de septiembre de 1838 incluyendo una Real Orden por la que se mandaba a los dueños de propiedades inmediatas a las carreteras reales y caminos ramales, en sitios pendientes, que no podían cortar los árboles inmediatos sin licencia de la Autoridad y, en este caso, habían de plantar tres por uno; o, en fin, otras muchas sobre construcción de caminos, sobre financiación de las vías, sobre portazgos, puentes, travesías y vigilantes de caminos. En especial, hay que destacar las consultas emitidas en el Proyecto de Ley de 24 de noviembre de 1849, de clasificación de carreteras; sobre el Decreto de 14 de septiembre de 1868, del Ministerio de Fomento, estableciendo las bases generales para la nueva legislación de obras públicas; en los Decretos de 6 de julio de 1877 y 10 de agosto de 1877 que aprobaron los Reglamentos de ejecución de la Ley General de Obras Públicas y de la Ley de Carreteras (en *Archivo Histórico Nacional, Fondo Ministerio de Obras Públicas*) o los recaídos en los expedientes de la Ley y Reglamento de Carreteras de la Isla de Cuba de 1883 o atinente al arbitrio sobre el Ron impuesto por el Capitán General de Puerto Rico con destino a la construcción de caminos en aquella isla (en *Archivo del Consejo de Estado*).

Hoy, las intervenciones del Consejo de Estado en asuntos relacionados con carreteras y caminos siguen siendo frecuentes. Pero la mayoría de ellas se derivan más de la aplicación de las cláusulas genéricas contenidas en disposiciones generales (en cuestiones de responsabilidad, de resolución y modificación de contratos, etc.) que de previsiones específicas de la legislación de caminos. Estas últimas se limitan al Real Decreto de 22 de diciembre de 1911, que aprobó el Pliego de condiciones generales para obras de caminos vecinales y que, en su artículo 97.b) prevé la consulta al Consejo en el caso de indemnización al contratista en casos de rescisión acordada por la Administración; al Decreto de 21 de mayo de 1964, reguladora de la concesión y explotación de la variante de la Carretera Nacional IV (Cádiz); a las Ordenes Ministeriales de Obras Públicas de 27 de julio de 1966, 10 de junio de 1967, 28 de septiembre de 1967, 14 de febrero de 1969 y 5 de marzo de 1971, por las que se aprueban distintos Pliegos de cláusulas de explotación de otras tantas concesiones de autopista de

peaje; al supuesto contemplado en el artículo 25.2 de la Ley de 10 de mayo de 1972, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión y a los Decretos de 25 de enero de 1973, que aprueba el Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y que prevé la intervención del Consejo de Estado en los casos de extinción de la concesión por mutuo acuerdo, y de 23 de junio de 1978, que modifica el sistema de financiación de entidades concesionarias y que en su artículo 4 exige la consulta en los casos de revisión del límite máximo del aval del Estado.

A la vista de los distintos expedientes que se remiten al Consejo de Estado para consulta, se pueden agrupar éstos en:

1. EXPEDIENTES RELATIVOS A RECLAMACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS FORMULADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR PARTICULARES

El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común dispone que:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o a un grupo de personas.»

Por su parte, el artículo 141.1 del mismo texto legal, preceptúa que

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

La intervención del Consejo de Estado en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios formuladas ante la Administración Pública por particulares viene determinada por el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que establece que:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

... ..

13. *Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado»*

El alcance del precepto ha sido objeto de matizaciones por parte del propio Consejo de Estado, al señalar que su intervención sólo resulta preceptiva cuando se trate de reclamaciones formuladas al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (antes artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (*Dictámen del Consejo de Estado número 1152/91, de 9 de julio de 1992*, entre otros numerosísimos). No lo resulta ora en el caso de reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil que tienen por objeto una indemnización de daños y perjuicios (*Dictámen del Consejo de Estado número 53.797, de 14 de noviembre de 1989*), ora en el caso de reclamaciones de daños y perjuicios formuladas frente a Entidades institucionales (*Dictámen del Consejo de Estado número 45.366, de 30 de junio de 1983*), ora en el caso de reclamaciones formuladas por quienes no son «particulares» en los términos legales, esto es, quienes están ligados con la Administración mediante una relación especial, tales como los funcionarios, los concesionarios, los contratistas,..., pues, en tales supuestos, no resulta de aplicación el citado artículo 139 sino que operan las previsiones específicas que disciplinan la relación especial existente (*Dictámen del Consejo de Estado número 1373/1992, de 16 de enero de 1992*).

A) La mayor parte de estas reclamaciones que presentan los particulares ante la Administración y que son objeto de consideración por el Consejo de Estado atribuyen los *daños sufridos a la deficiente conservación y mantenimiento de las carreteras*.

Sabido es que el Consejo de Estado, durante la década de los sesenta, al interpretar el concepto jurídico indeterminado utilizado por la Ley de «funcionamiento anormal del servicio público», sentó el criterio de que su determinación en cada caso concreto debía hacerse mediante remisión al arquetipo (*standard*) de rendimiento medio del servicio de que se trata; es decir, que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de desarrollo efectivo de los servicios públicos y de sensibilidad social (García de Enterría, *Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1991, pág. 384). En el específico ámbito de las carreteras, servicio público viario, el

Consejo consideró que el arquetipo exigible a la Administración era el de mantener abiertas las carreteras en condiciones de seguridad, de tal suerte que los daños que se produjeran a resultas de la falta de ella eran imputables a la Administración, quien debía indemnizarlos.

Hoy se sigue manteniendo el mismo principio. Los dictámenes que así lo afirman son numerosísimos. En todos ellos, existe la misma idea rectora:

«La Administración tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada» (Dictamen del Consejo de Estado número 1837/1995).

Ahora bien, no todo accidente de circulación ocurrido en las carreteras debe ser indemnizado por el Estado. De ordinario se olvidan algunas ideas rectoras de nuestro sistema de responsabilidad administrativa.

En primer término, que es eso, un sistema de responsabilidad, en su modalidad de objetiva. No es un mecanismo asegurador universal que obligue al Estado a indemnizar todo daño que se produzca. En segundo lugar, que, pese a su amplitud, no viene a desvirtuar ni la responsabilidad de los terceros causantes de los daños ni la responsabilidad propia del propio lesionado. Ello quizás sea fruto de una perversión de los conceptos que el famoso ejecutivo Lee Iacocca expresó con brillantez: «Hemos adoptado una curiosa noción..., de que cuando algo malo nos ocurre, siempre existe alguien a quien culpar, y alguien que puede pagar» (*Cortes o casinos en Cinco días, 28 de septiembre de 1987, tomado de «Los Angeles Times»*); del papel que se atribuye al Estado, pues se ha escrito que «hubo un tiempo en que el hombre miraba a Dios para ordenar el mundo; después al mercado y ahora mismo al Gobierno» (King, *Overload: the problem of governing in the 1970s*, s.l. 1975, pág. 288) y de la reacción que tiene el ciudadano en el sentido de exigir una migaja del Erario público cuyo pastel se lo reparten los logreros de toda laya que ocupan el poder y que sólo actúan impulsados por el sectarismo en las conductas y en las ideas, por un injustificado afán de nivelación de fortunas y por las pasiones más bochornosas y desordenadas.

En segundo lugar, se ignora que el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer un sistema de responsabilidad objetiva está pensando en casos en los que el daño se produce a resultas de una actuación positiva de la Administración y no a resultas de una omisión. Cuando de estos últimos supuestos se trata, es preciso ponderar los distintos elementos de la relación de indemnización para determinar su procedencia o

no. A veces esa ponderación, y ante la imposibilidad de acudir a ningún elemento de culpabilidad, fuerza al intérprete a manipular la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño.

Estas o análogas ideas, mucho más matizadas en todos los casos y algunas no compartidas en los términos en que aquí se expresan, han sido utilizadas por el Consejo para concluir que no procedía declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en numerosos expedientes.

Así, se ha dicho que no resulta pertinente hacer la declaración de responsabilidad expresada en el caso de que haya existido una conducta inadecuada de la víctima o de un tercero. En ambos casos, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido queda interrumpido por el actuar el propio perjudicado o de un tercero (*Dictámenes del Consejo de Estado números 1312/93, 988/95, 1519/95, entre otros*).

También, se ha sentado el criterio de que los arquetipos de funcionamiento medio del servicio público son distintos según la calificación formal de la vía (autopista, autovía o carretera), su importancia en el sistema viario (por su intensidad de utilización, por su situación geográfica) y las condiciones externas (meteorología, etc.) (*Dictámenes números 339/94 y 322/93*).

Lo que sí es rigurosamente exigido en todos los expedientes es la prueba no sólo de la utilización del servicio público y del daño, sino también de la relación de causalidad entre uno. Es de lo más frecuente que quienes utilizan la vía pública y sufren un daño reclamen, sin más, ante la Administración Pública; a lo sumo, acreditan que eran usuarios del servicio. Ello no basta para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Es preciso justificar no sólo el presupuesto (uso del servicio público) y la consecuencia (el daño), sino también la conexión entre uno y otro. Ello es consecuencia de la aplicación de los criterios generales que informan la teoría de la prueba y que, en el específico ámbito de las reclamaciones, tiene su manifestación en el artículo 1214 del Código Civil: incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; en otros términos, el que reclama, debe probar (*Dictámenes números 2050/95, 2185/95, 2062/95, entre otros numerosísimos*).

Exigencia de prueba no es sin embargo sinónimo de rigidez ni en la forma de hacer valer el medio de prueba ni en su apreciación. El Consejo de Estado ha negado valor de prueba a la simple afirmación del reclamante (*Dictamen número 1811/95*) y ha admitido la prueba de los hechos, como no podía ser menos, mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho, dando incluso validez a algunas formas de presentación de los

medios que, en el ámbito procesal, carecerían de ella. Así, ha admitido como tales los atestados e informes de la Guardia Civil (*Dictamen número 1405/94*) y los informes de los capataces de las brigadas de conservación, sin ratificación o confirmación ulterior ante las Autoridades administrativas; o el testimonio de una persona, expresado por escrito y sin ratificación ante funcionario alguno, pese a haber sido citado para ello (*Dictamen número 2110/95*) en el que se afirma:

«El testimonio de Don Luis ha de considerarse medio de prueba (ex arg. del artículo 1244 del Código Civil), aunque se haya prestado por escrito y no haya sido objeto de ratificación. Es cierto que el testimonio prestado por escrito, salvo para el caso de personas exentas de comparecer, carece de validez en el ámbito procesal, conforme a una doctrina que encuentra sus hontanares en los glosadores (glosa utilitatem de Pedro de Bellapertica, I, 2, 1) y que, en el mismo ámbito, los testimonios prestados fuera de las actuaciones judiciales han de ser ratificados en ellas para tener plena eficacia. Pero, en el procedimiento administrativo, tales exigencias formales no son exigibles, pues su regulación está inspirada en el antiformalismo. Por ello, al igual que ha hecho en otras ocasiones este Consejo de Estado, ha de estimarse como medio de prueba válido».

En materia de reclamaciones patrimoniales, el Consejo de Estado actúa siempre en atención al caso concreto. Su doctrina está hecha, más que con base en grandes principios y declaraciones, al hilo de distintos y variados supuestos. Está formada de modo casuístico, basándose en la naturaleza de las cosas, lo que le da unas características propias: economía de las formas jurídicas, ahorro de las figuras jurídicas aplicadas, empleo de formas técnicas variadas para situaciones económicas muy distintas y, sobre todo, reticencia y cautela contra todo lo que sea abstracción, definición, construcción y sistematización. Se tiende a huir de las construcciones y gusta atenerse más bien al precedente, «como si» el caso actual que se presenta a examen fuese igual al previamente resuelto (ficciones). Lo cual no es obstáculo para que ese informar numerosos asuntos permita apreciar la existencia de unas reglas y principios jurídicos, de gran fuerza expansiva, que articulan un perfilado sistema de criterios en la materia.

Siguiendo el orden expositivo seguido por el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo en su Memoria de 1994, las reclamaciones formuladas por los particulares por daños que atribuyen a la deficiente conservación y mantenimiento de las carreteras se pueden agrupar en:

a) *Reclamaciones por desprendimientos de piedras y tierras.*

Las reclamaciones por desprendimientos de piedras y tierras son frecuentes. En casi todos los casos, los supuestos son similares: un usuario de una carretera choca con piedras o tierras que se encuentran en la calzada.

Durante muchos años, desde mediados de los sesenta hasta finales de los ochenta, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública era casi automática. El Consejo entendía que la Administración tenía la obligación de mantener las vías abiertas al tráfico en condiciones seguridad y que éstas no se daban si existía algún obstáculo en la calzada. El resultado dañoso era pues imputable a los servicios de carreteras. Miles de dictámenes lo proclamaron en los siguientes o análogos términos:

«La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada.

Dejando aparte la hipótesis, que no se plantea en el expediente de que la intervención de un tercero agente interrumpa el nexo de causalidad, sólo en el caso de que el acontecimiento generador del daño pueda calificarse de fuerza mayor, queda la Administración exonerada de responsabilidad.

En el caso sometido a consulta, no existe acontecimiento generador del daño que pueda ser calificado de fuerza mayor y que, por tanto, permita a la Administración exonerarse de responsabilidad. En efecto, la caída de una piedra sobre la calzada constituye un riesgo que es de por sí ordinario. La previsibilidad del evento excluye pues la calificación de fuerza mayor, por otra parte, reservada por la doctrina y la jurisprudencia para los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las actuaciones típicas de cada actividad o servicio. Por consiguiente, el Consejo de Estado estima que, en el caso presente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.» (Dictámen 433/95).

La claridad de la doctrina mencionada se ha visto, sin embargo, enturbiada desde 1988. A partir de esa fecha, y recogiendo el parecer distinto del común, en ocasiones, se ha introducido un elemento diferente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en estos casos: se exige que la roca o piedra desprendida lo sea de la propia carretera o de sus elementos auxiliares; del talud, de las zonas inmediatas protegidas por mallas, etc. (*Dictámenes 809/93, 1115/93*).

Observese que la modificación operada es sustancial, por cuanto se restringe el ámbito de la responsabilidad pública y, aún incluso, se varía el título de imputación: en el criterio clásico, la responsabilidad deriva de la «falta de seguridad en las condiciones de la vía», lo que se acredita con la caída y permanencia de un obstáculo en la calzada; en el criterio más moderno, la imputación a la Administración es consecuencia de «un defecto en la construcción o en el cuidado de los elementos de la carretera», lo que se evidencia también con la misma caída de las piedras o tierras.

No debe, en todo caso, pensarse que la Administración, aún cuando se siga el criterio tradicional, debe indemnizar todos los casos de accidentes producidos por la existencia de piedras y tierras desprendidas en la calzada. El tenor de la Ley excluye los supuestos de fuerza mayor. Por tal debe entenderse acontecimiento extraordinario, imprevisible y, cuando fuere previsible, irresistible: así se ha reputado tal la caída de piedras desprendidas de un peñasco situado a más de quinientos metros de la vía o de las laderas lejanas circundantes de una carretera a resultas de lluvias declaradas catastróficas.

Y, no debe tampoco, y por último, dejar de señalarse que la Administración no queda exonerada de responder por el simple hecho de señalar la posibilidad de que se produzcan desprendimientos.

b) Por la existencia de gravilla en la calzada y por deformaciones del firme.

También son usuales las reclamaciones deducidas por la existencia de gravilla en la calzada, a resultas de la ejecución de diversos trabajos de conservación de las carreteras, y por deformaciones del firme.

En tales casos, el Consejo ha establecido el criterio de que la existencia de gravilla sobre la calzada es indemnizable por cuanto constituye también un riesgo ordinario (*Dictámen número 1460/93*). Ahora bien, sólo procede declarar la responsabilidad en el caso de que dicha gravilla esté sobre la calzada durante un largo período y tenga entidad.

Además, a los efectos de determinar el importe de la indemnización, debe atenderse el vehículo siniestrado, pues no es equiparable el daño sufrido por el conductor de una moto con el padecido por el que lleva un automóvil.

Es también indemnizable el daño producido a resultas de una deformación del firme de la calzada (*Dictámen número 1243/94*). Ahora bien, dicha deformidad debe ser importante y, en modo alguno, debe concurrir causa imputable al reclamante (*Dictamen número 102/93*).

c) Por existencia de objetos y animales en la calzada.

La generosidad a la hora de informar favorablemente los expedientes por daños causados a resultas de desprendimientos de piedras y tierras

tiene su contrapunto en la producción de perjuicios al chocar con animales en las calzadas. El Consejo, tal vez con una visión estrecha, viene negando las indemnizaciones solicitadas. El argumento es siempre el mismo. La Administración no garantiza la indemnidad e impermeabilidad de las calzadas; incluso, en aquellas vías que la Ley dice que están cerradas; esto es, las autopistas y las autovías.

«la existencia de vallado no comporte necesariamente una relación de causalidad entre los servicios públicos y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación, o traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales. Además, debe señalarse que la existencia de vallado no está incluida dentro de las características definitorias de la autovía por cuanto, conforme a la legislación de carreteras, dichas vías sólo prevén una limitación de accesos a las propiedades colindantes, frente a lo que sucede con las autopistas en las que se establece «el no tener acceso desde las propiedades colindantes». Por todo ello, se estima que procede desestimar la reclamación deducida». (Dictámen núm. 322/93).

Esta doctrina tiene como consecuencia que tampoco sean indemnizables los daños producidos a resultas de la existencia de objetos caídos en la calzada cuando no ha mediado un lapso de tiempo prolongado entre la caída y el accidente. En tal sentido, se ha afirmado que

«La Administración tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede sin embargo ese límite un caso como el sometido a consulta, en el que el accidente se produjo por la existencia de un objeto metálico en la calzada, que debió caerse de un vehículo desconocido que circuló antes que la reclamante. Por ello, el resultado dañoso no puede imputarse al funcionamiento del servicio público.

Tampoco puede hacerse dicha imputación, a título de «culpa in vigilando», por cuanto, según el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña, la concesionaria retiró inmediatamente el objeto metálico, sin que transcurriera un lapso de tiempo excesivo desde su caída hasta la intervención de sus dependientes. El Consejo de Estado, como bien recuerda el de Obras

Públicas y Urbanismo, ha declarado que el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo e inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada quede libre y expedito.» (Dictamen 2226.95).

Mucho más riguroso se muestra el Consejo en el caso de que exista un contrato de conservación y mantenimiento de la vía. En tales supuestos, la indemnización es de cuenta de la entidad contratista.

ch) Por defectos en la señalización.

Los defectos en la señalización son también motivo de reclamación por parte de los particulares.

El Consejo se ha mostrado riguroso a la hora de informar favorablemente los expedientes instruidos por tal circunstancia. Es claro que no procede la indemnización en el caso de que la señalización sea la correcta y, además, visible a larga distancia. En tal sentido, el *Dictamen número 2221/95*, afirmó que, cuando la señalización es suficiente, está colocada adecuadamente, es la reglamentaria y es visible antes del lugar donde se produjo el accidente, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Tampoco procede la indemnización en el caso de señales orientativas de velocidad, cuya infracción, tal vez, pudiera ser causante del accidente, pues no obligan al conductor (*Dictamen número 610/93*).

B) EXPEDIENTES RELATIVOS A RECLAMACIONES POR EJECUCIÓN DE OBRAS EN LAS CARRETERAS

Múltiples son las causas invocadas a la hora de pretender la responsabilidad patrimonial de la Administración por ejecución de las obras en las carreteras. Hay quizás dos arquetipos, a saber:

a) Daños directamente producidos a resultas de la construcción, consistentes en la aparición de grietas o en la necesidad de modificar algunos elementos estructurales de la vivienda. En estos casos, el Consejo viene sosteniendo reiteradamente la tesis de que tales daños son indemnizables. Así se ha dicho que

«En efecto, han quedado acreditadas en el expediente, a partir del informe emitido por la Demarcación de Carreteras del Estado en Castilla y León, la efectividad y realidad de los daños produci-

dos en las viviendas de los reclamantes a resultas de los trabajos de ensanche y mejora del firme de la carretera nacional 525. Existe relación de causalidad entre la configuración de la obra pública y las lesiones producidas y los daños son imputables a la Administración y pues ni existe actuación inadecuada de los perjudicados ni concurre circunstancia que sea susceptible de ser calificada como fuerza mayor a los efectos de interrumpir el nexo causal entre el servicio público y el daño. Por consiguiente, el Consejo de Estado estima que, en el caso presente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya que concurren los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para hacerlo.» (Dictámen núm. 2521/94).

Por el contrario, no son resarcibles los daños consistentes en molestias derivadas de la ejecución de trabajos, pues ello constituye una carga general que el administrado está obligado a soportar (*Dictamen núm. 2062/95*).

Sin embargo, cuando tales molestias adquieren perfiles especialmente gravosos, sí son indemnizables:

«Respecto a los primeros daños invocados, el Consejo de Estado considera que, como bien expresa el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, algunos de ellos deben ser indemnizados pues exceden de lo que constituye una carga general que deba ser soportada. Las molestias producidas durante la ejecución de los trabajos adquirieron tal onerosidad, según se deduce del informe del Ingeniero Inspector de las obras, que excedieron del contenido normal de dichas cargas, hasta tal punto que constituyeron lesiones jurídicamente efectivas, individualizadas y económicamente determinadas. Llegaron hasta tal punto que produjeron daños personales en los reclamantes y sus hijos. Estos son indemnizables.» (Dictamen número 1601/95).

La disparata obsesión por los temas ecológicos y, en concreto, por el mantenimiento del paisaje, tan propia de regidores y políticos, necios hasta la médula, ha sido también considerada por el Consejo. En concreto, en el *Dictamen núm. 1601/95*, el Alto Cuerpo Consultivo señaló

«No lo son la pérdida del paisaje, pues el administrado no tiene derecho a una especial configuración de los elementos urbanos y naturales que configuran el paisaje como ya ha puesto de manifies-

to una significativa jurisprudencia extranjera (Tribunal Supremo de Dinamarca, Sentencia de 17 de febrero de 1989). Por ello, en el caso presente, ha de concluirse que los eventuales perjuicios estéticos aducidos, además de ser fruto de apreciación subjetiva, constituirían, en su caso, una carga general derivada de la satisfacción de los intereses de los administrados por parte de la Administración mediante la construcción de la correspondiente obra y, en consecuencia, no indemnizable»

b) Daños consistentes en la *pérdida de clientela o negocio de los negocios colindantes con la vía pública*. Tales no son indemnizables, salvo en caso de privación total de accesos (*Dictamen núm. 90/94*), pues

«Los daños producidos por la mera frustración de expectativas que deriva de una alteración de la configuración de la vía pública no son indemnizables pues la Administración puede variar, cuando lo exija el interés general, las características de una obra pública.

La situación de contigüidad de un inmueble a un camino público no constituye un derecho, sino simplemente un interés y la alteración de las condiciones de acceso a una finca a consecuencia de la ejecución de una obra pública, en tanto no signifique la absoluta privación de acceso al inmueble, constituye una carga general que no confiere a los interesados derecho de indemnización alguno.

En el caso sometido a consulta, como señalan los informes obrantes en el expediente, el reclamante no se ha visto privado del acceso a su propiedad, sino que, a resultas del desdoblamiento de la carretera Nacional I y su conversión en autovía, se han reordenado los accesos, sustituyendo los directos a las propiedades colindantes por otros de carácter indirecto, a través de una vía de servicio, lo cual lleva un aumento de la distancia que han de recorrer los usuarios de la vía principal entre ésta y cada uno de los predios limítrofes. No teniendo el reclamante un derecho a la contigüidad y al acceso directo desde la vía pública a inmueble, no cabe apreciar la existencia de una lesión indemnizable en el caso sometido a consulta.

El concepto jurídico de lesión comporta que una actividad produce un efecto antijurídico. La actividad en sí puede ser jurídica, y por tanto estar legitimada, pero producir un efecto antijurídico en el patrimonio de un sujeto. Entonces hay lesión indemnizable. Pero si el efecto es el menoscabo de un interés nacido de unas expectati-

vas creadas o amparadas por una obra pública o por un servicio público, es evidente que no hay imposición de un sacrificio jurídicamente indemnizable.

Por tanto la eventual pérdida de negocio invocada por la parte reclamante no constituye lesión en sentido técnico, esto es, privación de derechos patrimoniales evaluables, por cuanto la situación de un inmuebles respecto a la vía pública no es constitutiva de ningún derecho subjetivo o interés legítimo, sino simplemente un interés. Aunque la expresión «bienes y derechos» de la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado se estime comprensiva de los intereses legítimos a que se refiere el artículo 1 de la primera de las citadas Leyes, no existe en el presente caso lesión indemnizable pues la legitimidad de los intereses invocados es referible a explotación comercial de una determinada situación, pero no ampara el del particular en que esa misma situación se mantenga cuando la Administración la modifica por razones de interés general.

No existiendo lesión en sentido técnico jurídico en el caso consultado, resulta improcedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.» (Dictamen núm. 824/94).

C) EXPEDIENTES DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS

En este tipo de expedientes, la intervención del Consejo de Estado viene determinada por alcanzar la modificación más del 20 por ciento del precio del contrato. Los dictámenes han ponderado especialmente la concurrencia de una causa de interés público que justifique la variación sin necesidad de acudir a los procedimientos ordinarios de licitación. Numerosos son los dictámenes en tal sentido; baste, como botón de muestra, el *Dictamen núm. 1165/94* en el que se afirma

«En cuanto al fondo, la modificación sometida a consulta puede dar lugar a resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley de Contratos del Estado. Al haberse producido la aceptación del contratista, la cuestión que debe abordarse es la de si existen razones que justifiquen la modificación propuesta. Estas concurren en el caso presente y están debidamente justificadas. Así se desprende de los informes emitidos por los servicios administrativos y, en especial, del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo.

La modificación tiene por objeto permitir la ejecución de unos trabajos de dragado de determinados terrenos que presentan unas características de difícil encaje en los tres tipos incluidos en el Pliego que sirvió de base para la contratación. Esta circunstancia ha sido considerada como causa técnica imprevista por los servicios técnicos y nada hay que objetar a dicha consideración.

En todo caso, las obras de modificación del contrato sometido a consulta deberán adjudicarse a la Unión Temporal de Empresas constituida por C, Empresa Constructora S.A. y Jan N.V. incrementándose proporcionalmente en lo que proceda la fianza prestada por la adjudicataria y formalizándose la modificación en documento administrativo.» (Dictámen núm. 1547/93).

Esta aceptación general no significa que, en ocasiones, el Consejo llame la atención de la mala calidad de los proyectos, causa directa de las modificaciones precisas y de gran coste económico.

«No puede, por último, el Consejo de Estado dejar de hacerse eco de lo expresado por el Inspector General en su informe de 23 de diciembre de 1992 sobre las deficiencias del proyecto elaborado en su momento y, en general, sobre la insuficiente fiabilidad de los redactados por los consultores. Esta circunstancia ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en anteriores ocasiones y procede repetirla en el caso presente. Una elaboración cuidada de los proyectos y el ejercicio de las facultades de vigilancia sobre los mismos por parte de la Administración cuando su redacción se encomienda a terceros evitaría importantes costes económicos y situaciones indeseables.

En el caso presente, la simple lectura de las modificaciones proyectadas pone de manifiesto que no se elaboró el proyecto con la corrección y minuciosidad mínimamente exigible, de tal suerte que este Cuerpo Consultivo considera que debería instruirse el correspondiente expediente administrativo para depurar eventuales responsabilidades por tales actuaciones.» (Dictamen 1638/93).

CH) EXPEDIENTES RELATIVOS A LA MODIFICACIÓN DE CONCESIONES DE AUTOPISTAS

Aparte de regulaciones específicas, la Ley de Autopistas en régimen de concesión establece la intervención del Consejo de Estado en los casos de modificación de su objeto. En cumplimiento de tal previsión, el Alto

Cuerpo Consultivo ha emitido diversas consultas en las que ha manifestado que sólo procede la modificación del objeto de la concesión cuando la variación es de índole menor y tiene por finalidad solucionar alguna insuficiencia de la vía.

«El Proyecto sometido a consulta tiene por objeto aprobar el convenio a suscribir entre el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y Autopistas, Concesionaria Española S.A., titular de las concesiones de autopistas unificadas por Real Decreto 126/1984, de 25 de enero, y cuyo contenido comportará la modificación de determinadas cláusulas del régimen concesional vigente.

El proyecto se basa específicamente en el artículo 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, en cuanto permiten al Gobierno modificar las características de los servicios contratados por razones de interés público y las tarifas abonadas se facultan para ampliar la autopista concedida cuando resultare insuficiente para la prestación del servicio y comporta una novación modificativa de la concesión vigente por cuanto se varía el objeto de la misma, al incluirse en el mismo un nuevo tramo como es el comprendido entre la terminación norte en Palafoxs de Mataró-Malgrat hasta la conexión con la carretera GE-600, de Blanes a Hostalric.

El contenido del Proyecto sometido a consulta se estima correcto y, por consiguiente, en cuanto al fondo no procede formular observación de legalidad alguna a sus previsiones.

En efecto, el interés público aconseja la novación modificativa de la concesión de la autopista por cuanto es preciso, dado el intenso tráfico de la zona, poner término a las dificultades de circulación derivadas del estrechamiento de la calzada cuando se termina la A-19 y se conecta con la Carretera Nacional II.

No suscita duda alguna a este Consejo de Estado la posibilidad, seguida por el Proyecto de Real Decreto y convenio consultados, de que el nuevo tramo de la Autopista sea configurado como parte, nueva, claro está, de la concesión inicial, sin necesidad de que constituya una concesión autónoma. En efecto, la conexión del nuevo tramo a construir con los ya existentes, de los que será un simple apéndice o continuación que no tiene significación importante en el conjunto de la concesión, bien inicial, bien unificada, en virtud del Real Decreto 126/1984. Por otra parte, una adecuada y correcta ordenación del sistema de infraestructuras viarias y de comunicaciones justifica que el tramo a construir se conceda a la

entidad titular de la concesión ya existente, esto es, a Autopistas, Concesionaria del Estado S.A.

El Consejo estima, por consiguiente, que no hay inconveniente para hacer lo proyectado, por cuanto la modificación encuentra su fundamento claro en el citado artículo 25 de la Ley 8/1972, al resultar insuficiente la autopista y precisar una ampliación.» (Dictamen núm. 399/95).

Cuando la modificación trasciende ese estrecho límite, no es posible llevarla a efecto, respetando los principios de publicidad y concurrencia, como se ha señalado en el *Dictamen 1098/95*, al decir

«La concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje de Campomanes a León, que ostenta la sociedad «Autopista Concesionaria Astur-Leonesa S.A.», propiedad de la Empresa Nacional de Autopistas S.A., fué adjudicada por Decreto 2471/1975, de 22 de agosto. Con anterioridad, por Ordenes Ministeriales de 13 de diciembre de 1974, se aprobaron los pliegos de bases y cláusulas para su construcción, conservación y explotación.

Con arreglo a estas normas, el objeto de la concesión es la autopista entre León y Campomanes, sin que se previera entonces la prolongación de la misma hasta Benavente.

Ninguna disposición ulterior relativa a la concesión (Real Decreto 366/1982, de 12 de febrero, Real Decreto 2075/1983 y Real Decreto Ley 6/1983, de 23 de noviembre) prevén en su articulado la prolongación de la autopista.

El Proyecto sometido a consulta tiene por objeto aprobar el convenio a suscribir entre el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y Autopista, Concesionaria Astur-Leonesa S.A., sociedad integrada en la Empresa Nacional de Autopistas y titular de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Campomanes-León, y cuyo contenido comportará la modificación de determinadas cláusulas del régimen concesional vigente.

En concreto, se modifica el objeto de la concesión actualmente existente, León-Campomanes, y se incluye en el mismo tramo, de nueva construcción, de Benavente a León.

El proyecto se basa específicamente en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo. El primero de los preceptos establece que

«1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, podrá modificar, por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, con informe previo de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión»

2. En este último supuesto, la Administración deberá compensar al concesionario de forma que se mantenga su equilibrio económico-financiero; si las modificaciones expresadas carecen de transcendencia económica, no podrá aquél deducir reclamación alguna al respecto».

Por su parte, citado artículo 25 prevé que

«1. Si en el futuro la autopista resultare insuficiente para la prestación del servicio y se considerare conveniente su ampliación por iniciativa de la Administración o a la solicitud del concesionario, se procederá a la redacción de un convenio que recoja las particulares condiciones a que haya de sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas, según las mismas normas que rigieron para la adjudicación en todos aquellos extremos que puedan ser mantenidos inalterables.

2. Corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, la aprobación de dicho convenio, previo dictamen del Consejo de Estado».

El Consejo de Estado considera que no procede la aprobación del Convenio a suscribir entre la Administración y la sociedad concesionaria y, por ende, el Real Decreto que lo incorpora como anejo.

En efecto, la variación objetiva que se pretende no puede ser encajada en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo.

Debe señalarse que, conforme a lo invocado por el Proyecto de Real Decreto en su fórmula de expedición, y pese a la cita de los artículos 24 y 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, la modificación del objeto de la concesión de León a Campomanes persigue dar «continuidad (al) eje Oviedo-Madrid como vía de alta capacidad (lo que) exige dotar al tramo... de una vía de esas características». En otros términos, la medida sometida a consulta más que solucionar un problema de insuficiencia de la vía actualmente existente, lo que persigue es completar el sistema de comunicaciones de alta capacidad entre el Principado de Asturias y Madrid, a través de Castilla y León.

El artículo 24 mencionado no permite la modificación objetiva de la concesión. Con base en el mismo, el Gobierno puede alterar las «características del servicio», esto es, el modo de prestarlo, y las tarifas, pero no el objeto mismo del servicio.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, permite la modificación del objeto de la concesión en los casos de insuficiencia. Como bien señala la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, dicho precepto puede resultar dudoso en lo tocante a sus previsiones; pero tales dudas sólo se suscitan si es objeto de interpretación aislada, pues desaparecen si se le pone en conexión con cláusula 103 del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión.

La citada cláusula 103 dispone que «la ampliación de la autopista a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, que será obligatoria para el concesionario, podrá consistir en aumento del número de carriles de las calzadas, establecimiento de nuevos enlaces, implantación de nuevos ramales de autopista o de sus accesos, nuevas áreas de servicio y, en general, cualquier tipo de elemento viario que contribuya a remediar la insuficiencia, causa de la ampliación».

A la luz de esta previsión, se deduce que, por ampliación de autopista, debe entenderse el aumento de las características de la obra ya ejecutada o la ejecución de obras accesorias respecto a la principal, ya hecha. La accesoriedad de una obra debe determinarse bien atendiendo a su propia función en el sistema viario (caso de las áreas de servicio, accesos, etc.), bien a su significación en el total de la concesión (ramales o incluso nuevos tramos de escasa incidencia). Así lo entendió el Consejo de Estado en el dictamen 55.579, en el que consideró obra accesoria la construcción de un tramo de autopista de escasa longitud respecto a la total de la concesión integrada. En consecuencia, el artículo 25 no permite al Gobierno adjudicar obras significativas de construcción de autopista puesto que éstas deben ser objeto de nueva concesión.

Lo que se pretende ahora es la construcción de un nuevo tramo de autopista, entre Benavente y León. Los servicios omiten en el expediente toda referencia a las longitudes del nuevo tramo a construir y del actualmente en servicio. No obstante esta omisión, es evidente que el de Benavente a León tiene una muy significativa que impide considerarlo obra accesoria de la otorgada entre Campomanes y León. En consecuencia, debe ser objeto de una nueva concesión.

De lo expuesto se deduce que el Consejo considera que las obras de construcción de la autopista entre Benavente y León deben ser objeto de una concesión distinta de la actualmente existente

para el tramo León-Campomanes. En consecuencia, deberá convocarse el correspondiente concurso de conformidad con el artículo 7 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, y sólo en el caso de que faltaren licitadores, sus proposiciones resultaren inadmisibles o no formalizaran el contrato, podrá la Administración adjudicar directamente la construcción, conservación y explotación de la obra.»

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. «No puede, por otra parte, considerarse interrumpido el plazo legal de un año por el telegrama presentado el día 2 de enero de 1998. Y ello por cuanto, como ha señalado este Consejo de Estado ya en ocasiones anteriores, los telegramas sólo interrumpen los plazos para el ejercicio de las acciones, en cuanto auténticas solicitudes, de conformidad con el artículo 1973 del Código Civil, cuando contienen los elementos esenciales exigidos por la Ley para ser considerados como tales solicitudes; en especial, han de contener la pretensión. Si no la contienen, no hay verdadera reclamación y, por tanto, al no tener este carácter, no producen el efecto previsto en el artículo 1973 antes citado del Código Civil. En otros términos, cuando los telegramas se limitan a expresar ese efecto interruptivo, no son «reclamación extrajudicial», en los términos previstos en el mencionado precepto.

En el expediente sometido a consulta, el telegrama dirigido a la Administración se limitaba a afirmar el efecto interruptivo del plazo de prescripción y no contenía una auténtica pretensión de indemnización. Por ello, no debe reputarse reclamación extrajudicial con el efecto del artículo 1973 del Código Civil. Más, cuando dicho telegrama no fue dirigido por el reclamante sino por entidad que no acreditaba tampoco ni la representación con que actuaba ni, en su caso, el interés del que justificaba su actuación.»

(Dictamen 2089/2002)

2. «El archivo es bien una operación material, bien un acto jurídico. En cuanto operación material, el archivo consiste en el depósito de las actuaciones en un archivo de gestión, cualquiera que sea la causa de terminación del procedimiento (por resolución, por desistimiento, por renuncia, por caducidad incluso por silencio, etc.). Como acto jurídico, bajo la denominación de archivo se comprenden una serie de casos en los que se

pone fin al procedimiento de forma anormal. Entre ellos, cabe mencionar la desaparición del objeto del procedimiento (*Dictamen del Consejo de Estado número 2939/1997*), la prescripción, la renuncia y el desistimiento (artículo 42.1.21), la muerte del interesado, cuando aquél no pueda ser seguido por sus causahabientes, y la modificación de la situación jurídica de los interesados, cuando ello lo comporte.

En el caso presente, la reclamación carece de objeto, por cuanto la pretensión de la parte solicitante ha sido satisfecha y todos los daños reparados en ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales dictados.»

(*Dictamen 3604/2002*)