

Dictamen nº: **278/10**
Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte**
y **Portavoz del Gobierno**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.09.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 8 de septiembre de 2010, sobre consulta formulada por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 f)1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por M.C.G.B. en nombre y representación de A sobre responsabilidad patrimonial del Canal de Isabel II por los daños ocasionados en la ferretería de uno de sus asegurados sita en la calle B, nº aaa de Alcobendas, como consecuencia de la rotura de una tubería de plomo para la toma de agua del edificio sito en el nº bbb de la misma calle.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, mediante escrito de 11 de julio de 2010, registrado de entrada el 14 del mismo mes y año, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, defendiendo la oportuna propuesta de dictamen, por sustitución reglamentaria, la Excm. Sra. Consejera Doña María José Campos, siendo debatida y aprobada, por unanimidad, por la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 8 de septiembre de 2010.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente, pese a que se ha observado que no obran en el expediente los documentos numerados en la reclamación y presumiblemente anejos a la misma como documentos números 3, 5, 7 y 9 que coinciden, según los términos de la reclamación, con los acuses de recibo de las cartas remitidas reclamando al Canal de Isabel II la satisfacción de la cantidad pretendidamente abonada al asegurado y suspendiendo el plazo de prescripción de acciones.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Con fecha 5 de agosto de 2009, tiene entrada en el Registro del Canal. de Isabel II reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por M.C.G.B. en representación, que no acredita, de A (en adelante, la compañía aseguradora). En el escrito de reclamación se expone que con fecha 17 de agosto de 2004 se produjo la rotura de la tubería de plomo para la toma de agua del edificio sito en el nº bbb de la calle B de la localidad de Alcobendas y que, como consecuencia de la rotura y el consiguiente escape de agua, se produjo una filtración por el foso desde el patio al sótano de la Ferretería C, entidad asegurada por la compañía aseguradora a la que la reclamante dice representar, alcanzando el agua y el lodo en su interior la altura mínima de 60 centímetros.

Como consecuencia de ello toda la mercancía almacenada en el sótano comercial de la citada ferretería resultó afectada y anegada por el agua que inundó la estancia, deviniendo en inservible para cualesquiera usos y en no apta para su venta al público.

El informe pericial emitido por la compañía tasadora contratada por la aseguradora, de fecha 21 de septiembre de 2004, detalla y desglosa los

referidos daños así como las características de la póliza suscrita entre el asegurado- perjudicado y la aseguradora (folios 14 a 40).

El detalle de la valoración de los daños aparece reflejado al folio 17 del expediente, de la forma siguiente:

- Daños al Continente.....	5.556,60€
- Daños al Contenido.....	32.835,63€
- Pérdida de beneficios (60% dos días).....	821,72€
TOTAL DAÑOS.....	39.213,75€

Por su parte, el Canal de Isabel II, a través del perito de otra empresa de peritaje distinta, emitió un informe pericial de fecha 10 de diciembre de 2004 (folios 139 a 144), en el que se establece que como consecuencia de la rotura de una acometida del Canal de Isabel II, se originaron filtraciones de agua a través del subsuelo y paramentos del cuarto de baño, produciendo una inundación en el interior de la planta sótano del local y acumulándose el agua hasta una altura de cincuenta centímetros de nivel aproximadamente.

Respecto de la valoración de los daños, se hace referencia que el reclamante presenta una relación manuscrita de los daños (folios 146 a 165) que incluye unos importes de cada una de las piezas afectadas por un valor total de 22.393,36 €, así como una valoración personal referente a los trabajos de limpieza y retirada a vertedero por un total de 5.963,69€.

Se añade que los dueños de la tienda dieron parte a su compañía aseguradora, quien nombró un perito -cuyo informe establece las cantidades detalladas anteriormente- explicando, posteriormente, que este informe pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora valida toda la relación de existencias del perjudicado y además incluye el 16 % de IVA y el 4% de recargo de equivalencia de los mismos.

La valoración de los daños realizada en el informe pericial encargado por el Canal de Isabel II fue la siguiente:

- Daños en el Continente (folio 141)..... 10.753,60 €

El informe contiene consideraciones sobre la valoración donde se establece:

1) Que pese a no tenerse presupuesto de reparación del continente, puede darse por válida la valoración efectuada por el reclamante y por el perito de la compañía aseguradora, pero sin incluir IVA puesto que el reclamante no ha presentado presupuestos.

2) Respecto de los artículos fabricados en caucho, madera o plásticos, el perito establece que no existe una pérdida total, sino que habría que aplicar un valor de recuperación, el cual no detalla.

3) Se solicitaron, como era práctica habitual en los siniestros que afectaban a tiendas comerciales, albaranes o facturas que justificasen los importes reclamados por el perjudicado. Se aportaron tres facturas de adquisición de mercancía, pero ninguno de los artículos guardaba relación con los daños inspeccionados. Se remiten dos disquetes que catalogan los artículos que se venden en las ferreterías de la Cooperativa de Alcobendas de la que forman parte.

Al no existir facturas o albaranes de compra de la mercancía deteriorada, el perito manifiesta desconocer si la valoración que da el perjudicado se corresponde con el precio de venta al público o con el precio de costo, por lo que no se realiza valoración de la mercancía deteriorada (contenido).

4) Por último, se añade que no se aporta documentación de ningún impreso modelo 131 de la liquidación fraccionada de IRPF que justifique el régimen de tributación por módulos de la sociedad mercantil.

Por todo lo anterior, el perito concluye en su propuesta de indemnización lo siguiente:

“Debido a que hasta la fecha no nos ha aportado ni un solo albarán de adquisición de las existencias dañadas, desconocemos si en la reclamación se incluye el margen de beneficio empresarial. Por tanto nuestra valoración asciende a la cantidad de 10.753,60 €”

Analizados los partes de trabajo y demás actuaciones derivadas de la incidencia, emitidos por la División de Plaza de Castilla del Canal de Isabel II (folios 226 a 234), se observa que el día 18 de agosto de 2004 se recibió aviso de rotura de una toma de 40 mm. de plomo, con posibles daños en sótano y material de la ferretería. El mismo día se procedió a una reparación provisional.

El asegurado perjudicado presentó el 23 de agosto de 2004 una reclamación (folio 28) dirigida al Director Gerente del Canal de Isabel II mediante un formulario en papel de la compañía emisora del peritaje encargado por el Canal de Isabel II cuya dirección postal consta en el mismo.

La compañía aseguradora reclamó del Canal de Isabel II en la dirección postal que aparece en el formulario dirigido al Director Gerente del Canal y suscrito por el asegurado, la indemnización de los daños sufridos por éste. Esta actuación fue realizada por la compañía aseguradora en las siguientes ocasiones:

- 23 de septiembre de 2004 (folio 41)
- 12 de noviembre de 2004 (folio 42)
- 26 de noviembre de 2004 (folio 43)

A pesar del foliado consecutivo del expediente, como ya se expresó más arriba, no constan los documentos relacionados en la reclamación como

números 3, 5, y 7 que se corresponderían, de acuerdo con lo expuesto en la misma reclamación con los acuses de recibo de las reclamaciones señaladas.

La compañía aseguradora valoró los daños soportados por su asegurado, titular de la Ferretería C en la cantidad de treinta y ocho mil novecientos trece euros con setenta y cinco céntimos (38.913,75 €) y presenta una carta, dirigida al Canal de Isabel II en la que afirma habérselos abonado a su asegurado (folio 44). Esta carta, remitida a la misma dirección postal que las anteriores fue contestada por el Canal de Isabel II el 28 de enero de 2005 mediante escrito por el que requiere a la compañía aseguradora para que aporte copia de su informe pericial. Lo que la aseguradora cumplió el 9 de febrero de 2005, siendo nuevamente requerida, esta vez para aportar soporte documental acreditativo del importe de la mercancía dañada y de la pérdida de beneficio. En contestación a este requerimiento la aseguradora, mediante escrito de 30 de mayo de 2005 expone que dicha documentación ya fue aportada por su asegurado cuando formuló su propia reclamación.

La aseguradora ha reclamado del Canal de Isabel II, en la dirección que figuraba en el formulario suscrito por el reclamante, el pago de la indemnización en las siguientes ocasiones:

- 29 de septiembre de 2005 (folio 49)
- 3 de abril de 2006 (folio 50)
- 22 de agosto de 2006, mediante burofax a la dirección postal de las oficinas centrales del Canal de Isabel II (folio 51).
- 27 de abril de 2007, mediante burofax a la dirección postal de las oficinas centrales del Canal de Isabel II (folio 57).
- 22 de abril de 2008, mediante burofax a la dirección postal de las oficinas centrales del Canal de Isabel II (folio 61).

- 22 de abril de 2009, mediante burofax a la dirección postal de las oficinas centrales del Canal de Isabel II (folio 66).

El 9 de junio de 2009 el Jefe de la División de Control de Seguros y Riesgos del Canal remitió una carta (folio 85) a la reclamante que actúa, sin representación acreditada, en nombre de la compañía aseguradora declinando toda responsabilidad por haber transcurrido más de un año desde el siniestro hasta el escrito que tuvo entrada en el Canal de Isabel II el 25 de mayo de 2009. Afirmando que, examinada la documentación aportada por la reclamante, se observa que diversos escritos no han sido dirigidos al Canal de Isabel II ni presentados en un registro público por lo que no los consideran relevantes a efectos de interrupción de la prescripción.

Con fecha 4 de agosto de 2009 la reclamante presenta un nuevo escrito de reclamación en el que, además de reclamar en nombre de la aseguradora, de nuevo sin acreditar la representación, el importe de la indemnización supuestamente abonada a su asegurado, afirma que la interpretación realizada por el Canal de Isabel II de no considerar relevantes los escritos dirigidos a la dirección postal que aparecía en el formulario suscrito por el perjudicado para reclamar inicialmente es contraria a la doctrina de actos propios puesto que sí se admitió implícitamente la recepción de uno de los documentos, concretamente aquel en el que la compañía aseguradora reclama por haber supuestamente pagado a su asegurado, puesto que se efectuó requerimiento para que aportasen el informe pericial.

TERCERO.- Por dichos hechos se inició expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC) y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los

Procedimientos de las Administraciones Pùblicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

No consta en el expediente el informe emitido por el servicio supuestamente causante del daño previsto por el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, lo que sólo puede considerarse una irregularidad no invalidante, dado que sí se han incorporado los partes de trabajo y demás actuaciones derivadas de la incidencia, emitidos por la División de Plaza de Castilla del Canal de Isabel II (folios 226 a 234).

Consta, por otra parte, en el expediente administrativo, el informe pericial encargado por el Canal de Isabel II citado anteriormente y en el que se establece que como consecuencia de la rotura de una acometida del Canal de Isabel II, se originaron filtraciones de agua a través del subsuelo y paramentos del cuarto de baño, produciendo una inundación en el interior de la planta sótano del local y acumulándose el agua hasta una altura de cincuenta centímetros de nivel aproximadamente.

El 4 de noviembre de 2009 el instructor del expediente concede a la reclamante un plazo de quince días para proponer medios de prueba, consta la notificación efectuada el 10 de noviembre de 2009 (folio 240). En el ejercicio de este derecho, la reclamante el 17 de noviembre de 2009 presentó escrito en el que proponía como documental al reproducción de todos los documentos aportados por la reclamante al expediente y la comparecencia personal del perito autor del informe pericial aportado también por la parte reclamante para ratificarse en su pericia y responder a las cuestiones a plantear.

No consta en el expediente remitido pronunciamiento alguno sobre la admisión de la prueba ni sobre su práctica.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, tras la

instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se puso el expediente de manifiesto a la interesada para que, en su caso, pudiera formular alegaciones, las cuales fueron presentadas por la reclamante, en nombre de la compañía aseguradora en calidad de *“mandataria verbal”*. En ellas sostiene que concurren los requisitos para hacer surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración y que todas las reclamaciones dirigidas al Canal de Isabel II lo han sido con un intervalo temporal de menos de un año, por lo que se ha producido la interrupción de la prescripción. En virtud de todo ello reitera la reclamación de treinta y ocho mil novecientos trece euros y setenta y cinco céntimos.

El instructor del expediente, con el visto bueno de la Subdirectora de Asesoría Jurídica, elevó propuesta de resolución desestimatoria el 21 de junio de 2010, fundada en la prescripción de la reclamación formulada.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LCC.

SEGUNDA.- La reclamante es una abogada que dice actuar en nombre de la compañía aseguradora como *“representante y mandataria verbal”*. Como prescribe el artículo 32.3 de la LRJ-PAC a cuyo tenor *“para formular solicitudes deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y*

gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.” La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de conformidad con la definición de solicitud del artículo 70 de la LRJ-PAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello.

El artículo 32.4 de la LRJ-PAC, dispone que “*La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran*”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la LRJ-PAC, “*si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos, que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos prevenidos en el artículos 42*”.

De la interpretación sistemática de los dos preceptos citados cabe afirmar que el Canal debió requerir a la reclamante para que acreditase debidamente la representación con que actuaba, lo que no consta en el expediente que se hiciese.

Además, del análisis del artículo 71.1 LRJ-PAC, puede deducirse que son dos los supuestos que habilitan y obligan a la Administración actuante para articular el requerimiento de subsanación en dicho precepto contemplado:

1º. Cuando la solicitud de iniciación "*no reúne los requisitos*" que se señalan en el artículo 70 LRJAP-PAC, de forma pormenorizada, y en su caso por la legislación especial.

2º. Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan "*los documentos preceptivos*".

Esto es, la concurrencia de alguno de los dos supuestos es lo que, habilita y obliga a la Administración actuante para, imperativamente, facilitar al administrado el trámite de subsanación, el cual, en consecuencia, se configura como: un derecho inderogable de todo particular en relación a cualquier procedimiento administrativo; y, consecuentemente, una obligación de la Administración que no fue cumplida por lo que, en principio procedería la retroacción del procedimiento para requerir la subsanación del defecto de representación.

Ahora bien, ello no es necesario en el presente caso sometido dictamen, atendiendo a la legitimación activa que reuniría la compañía aseguradora en cuyo nombre supuestamente actúa la reclamante. En efecto, la aseguradora ostentaría, en principio, legitimación activa para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJAP-PAC y del artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en cuya virtud "*El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*".

En este caso la reclamación tiene por objeto la petición de resarcimiento a la aseguradora y cuyo fundamento traería causa de la subrogación de ésta en la posición jurídica de su asegurado, auténtico perjudicado, por haberle satisfecho la indemnización con anterioridad, lo cual se convierte en un requisito *sine qua non* para que pueda operar válidamente la subrogación.

Así lo dispone el citado artículo 43 de Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro al especificar “...una vez pagada la indemnización...”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, así el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 748/2004, de 18 de mayo (JUR\2004\268998) considera que “*Con independencia del cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados y prueba cumplida de los mismos (...), cuando el que reclama el resarcimiento lo hace por subrogación en el derecho del perjudicado a reclamar el daño, tratándose, como en el presente caso de un compañía de seguros es preciso que se acredite el abono del importe de los daños al perjudicado, como asegurado con póliza de seguros que cubre el siniestro ocurrido. Y como pone de manifiesto el Ayuntamiento demandado, al alegar la falta de legitimación de la compañía recurrente, ésta no ha probado la indemnización que dice haber abonado a su asegurado. Pues según el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, <<el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo>>. La recurrente pretende justificar dicho pago con un documento aportado en la demanda, meramente de carácter interno, sin firma, ni acreditamiento de la persona a quienes se hiciere el pago y firma de su recepción. Por otra parte, el informe pericial igualmente acompañado a la demanda, no es más que un documento de parte sobre valoración del siniestro, que no acredita su pago. Y no pudieron acreditarse dichos extremos por prueba alguna, al haber solicitado el recibimiento aprueba sin cumplir los requisitos del artículo 60.1 de la Ley de esta Jurisdicción”.*

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencia 403/2005, de 16 de mayo (JUR\2005\137753) expresa que “*es el abono de la indemnización lo que hace que la entidad aseguradora se subrogue en la posición que hubiera correspondido al asegurado frente a las personas responsables del daño. El artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8*

de octubre, de Contrato de Seguro establece que <<el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo>>. Del precepto que hemos transscrito se desprende que es un requisito esencial para que la entidad aseguradora pueda subrogarse en la posición del asegurado el que haya abonado la indemnización correspondiente, es el pago de la cantidad asegurada el hecho que conlleva que la empresa demandante se subrogue en la posición del asegurado y pueda reclamar, en este caso, contra la corporación local. En anteriores resoluciones, la Sala ha declarado que cuando queda probado el pago de la indemnización se produce la subrogación en la acción que correspondía al asegurado y la compañía de seguros se encuentra legitimada para reclamar el importe abonado como consecuencia del perjuicio sufrido (...). Ahora bien, no cabe duda que para apreciar la legitimación activa de la compañía de seguros en aplicación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, este hecho esencial -la prueba del abono de la indemnización- deberá quedar plenamente probado, la carga de la prueba corresponderá a la parte actora y es un presupuesto que deberá acreditarse en vía administrativa al ser un presupuesto de la acción no ya en vía jurisdiccional sino también en vía administrativa, puesto que de no ser así, la Administración actuará conforme a Derecho si desestima la pretensión indemnizatoria, como ha sucedido en el presente supuesto”.

En el caso sometido a dictamen la reclamante pretende haber acreditado el pago a su asegurado mediante un escrito en el que afirma haberle indemnizado económicaamente (folio 44). Siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta y la de este Consejo Consultivo en otros Dictámenes, como el 113/09, de 18 de febrero de 2009, entendemos que dicho documento no es suficiente para adverar que realmente se ha realizado el pago.

Puesto que la reclamante no aportó documentación probatoria del pago de la indemnización al asegurado en el momento de la reclamación cabe afirmar que no ha quedado acreditado que dicho pago se haya producido.

En virtud del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, así como de la jurisprudencia citada, la ausencia de acreditación de dicho pago impide la subrogación de la compañía aseguradora en los derechos del perjudicado asegurado, produciéndose así una falta de legitimación activa en la persona jurídica que es la compañía aseguradora.

La ausencia de legitimación es una cuestión relativa al fondo del asunto, según sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008 (recurso 2417/2006), por lo que procedería la desestimación de la reclamación y no la inadmisión de la misma.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada por no haber quedado acreditada la legitimación activa de la reclamante.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 8 de septiembre de 2010