



Resolución del Ararteko, de 26 de mayo de 2010, por la que se recomienda al Departamento de Obras Públicas de la Diputación Foral de Bizkaia para que deje sin efecto la resolución por resarcimiento de daños, por incumplimiento de una orden de ejecución.

Antecedentes

1. D^a(...) presentó una queja en esta institución, por la disconformidad con la liquidación por resarcimiento de daños producidos en la carretera BI-3601, Cotarros a las Muñecas (Sopuerta), punto kilométrico 31,50, girado por el Departamento de Obras Públicas de la Diputación Foral de Bizkaia.

El motivo de la queja era que la reclamante consideraba cumplida la Orden foral 4082/2008, de 11 de agosto de 2008 (registro de salida de 12 de septiembre, 2ª notificación, y recibida el 16 de septiembre), que determinaba lo siguiente:

“PRIMERO.- Ordenar la limpieza inmediata de la calzada, el cese de vertidos y el cierre de acceso en la citada carretera foral, advirtiéndole que de no realizarse en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la presente resolución, se hará de oficio por esta Administración y a su costa,....

SEGUNDO.- Encargar a la empresa adjudicataria de la conservación integral de la zona afectada la ejecución subsidiaria, en defecto del interesado, una vez haya transcurrido el plazo dado de 5 días del punto primero sin haber realizado lo ordenado y notificar a la misma la presente Orden Foral, así como en su momento la finalización del plazo.

TERCERO.- Notificar al interesado....”

Como antecedente de la Orden foral, cabe citar que, por el personal de vigilancia de Carreteras, se denunció el 4 de julio de 2008, la salida de agua y barro a carretera foral en zona de dominio público y afección a través de acceso no autorizado, sin la pertinente autorización, no siendo la obra legalizable y representando un peligro para la seguridad vial.

Por escrito, sin firma, de la UTE Hirualde III (Servicios y Asistencia Técnica. Conservación Integral de Carreteras Área 3, Diputación Foral de Bizkaia) de 6 de octubre de 2008, se señala que pasado el plazo establecido en la Orden Foral 4082/2008, de 11 de agosto, sin haber sido ejecutado por el particular lo ordenado, la empresa adjudicataria de la conservación integral de la zona realiza la ejecución subsidiaria. Acompaña fotografía de 28 de septiembre de 2008, donde se observa que, al borde mismo de la explanación de la carretera, se ha colocado una bionda de unos ocho metros de longitud.





En consecuencia, mediante boletín de denuncia del Personal de Vigilancia de Carreteras, se inicia un expediente de resarcimiento de daños en bionda, por incumplimiento de la Orden Foral 4082/2008, de 11 de agosto, según el presupuesto para **“la reparación de daños ocasionados en bionda”** por importe de 1.419, 75 euros, firmado el 14 de octubre por el Jefe del Área III, de conformidad con la valoración que presenta la UTE Hirualde III.

Con fecha 6 de noviembre de 2008, en trámite de audiencia, la interesada presenta escrito de alegaciones en el que indica que, según conversación mantenida con el Jefe de la Sección Jurídica de Explotación, después de la denuncia, se comprometió a limpiar la vía y vallar de nuevo su parcela, actuaciones que llevó a cabo, entendiéndose cumplida la Orden Foral 4082/2008, de 11 de agosto. Alega, además, que el resarcimiento por daños ocasionados en la bionda resulta imposible ya que tal elemento no existía, sino que la colocada es una nueva, por lo que estima que no se le puede repercutir tal coste, por no corresponder con la reposición del daño causado que era lo que la orden foral determinaba.

El informe del Técnico de Explotación del Área III, de 14 de noviembre de 2008, señala que, transcurrido el plazo estipulado, los servicios de conservación de la Diputación Foral de Bizkaia proceden a ejecutar la orden con la colocación de la barrera de contención, no siendo esta colocación una reposición, sino una nueva colocación para realizar el cierre del acceso indicado en la Orden Foral.

Por Orden Foral 6592/2008, de 28 de noviembre, se ratifica la obligación de resarcimiento imputada a la reclamante, por el incumplimiento de la Orden Foral 4082/2008, elevando a definitiva la valoración, sirviendo de motivación el informe del Jefe de Sección Jurídica de Explotación, de 25 de noviembre de 2008.

A la vista de estas actuaciones, el ararteko solicitó al Departamento de Obras Públicas nos informara sobre las cuestiones que planteaba la queja.

2. La Diputada Foral de Obras Públicas respondió, a esta inicial solicitud de información, con el envío del informe emitido por el Jefe de la Sección Jurídica de Explotación. De forma resumida, sobre el plano material de la queja formulada, el informe señalaba que:

- No es exacto que se instruyera el expediente de resarcimiento de los gastos originados por daños causados a elementos preexistentes, sino que el mismo obedece a la ejecución de la obligación desatendida de cierre del acceso impuesto por la Orden foral 4082/2008, de 11 de noviembre.
- En orden al argumento de que el cierre del acceso se había producido con anterioridad a la ejecución subsidiaria del mismo, señala que los informes





emitidos por los funcionarios encargados de la inspección y vigilancia de las carreteras forales poseen valor probatorio.

- De acuerdo con lo anterior, de conformidad con el informe emitido por el servicio de Vigilancia y Conservación de Carreteras, de 6 de octubre de 2008, no se llevó a cabo de forma real y efectiva el cierre del acceso impuesto, por lo que se procedió a la ejecución forzosa.
 - En razón de esta relevancia probatoria, la interesada no hace sino oponer alegaciones de meros hechos que resultan insuficientes para poder tener por cumplido el mandato referido, por lo que ante su inobservancia, se procedió a su ejecución.
3. Una vez valorada la información recibida, trasladamos al Departamento foral nuestro análisis sobre el contenido de lo que se ordenaba ejecutar al reclamante y sobre si tal orden se había cumplido o no. Así indicábamos:

“A nuestro entender, la barrera de seguridad o “bionda” instalada en la carretera, según la foto de 28 de septiembre de 2008, que consta en el expediente aportado, no parece que pueda considerarse un “cierre” en el sentido de lo ordenado a la interesada. No nos consta regulación alguna al respecto en la normativa foral reguladora de carreteras del Territorio Foral de Bizkaia, si bien observamos que en otras normas sectoriales, se utilizan el concepto “cierres” referido al cierre de fincas, con respecto a la carretera.

Por otra parte, es presupuesto para la ejecución forzosa que la orden que se dicta resulte determinada y suficiente para que se cumpla lo pretendido, además de conceder un plazo suficiente para tal ejecución.

En este caso, observamos que además de no inferirse de la orden la pretensión de que se colocara la “bionda” que se instaló, ya que ello hubiera requerido una mayor concreción de la orden dictada, tampoco concordaría el plazo de cinco días concedido al particular para tal pretensión.”

4. En respuesta a esta valoración, recibimos un nuevo informe del Jefe de la Sección Jurídica de Explotación, de 22 de febrero de 2010, que con fundamento en las consideraciones que expone, sobre las que volveremos en los fundamentos jurídicos de esta resolución, para no ser reiterativos, concluye que:

“Por todo ello, es necesario concluir que la correcta ejecución de la Orden Foral por la que se imponía el cierre del acceso en cuestión debía de haberse producido mediante la adopción de medidas aptas para que la misma fuera realizada de manera definitiva, completa y permanente, sin que a estos efectos se considerase llevada a cabo mediante la reposición de un cierre ligero.”





A la vista de la reclamación, tras analizar el planteamiento de la queja y los antecedentes expuestos, hemos estimado oportuno remitirle las siguientes:

Consideraciones

1. La Norma Foral 2/1993, de 18 de febrero, de Carreteras de Bizkaia, regula la limitación y reordenación de los accesos a las carreteras forales. Así, se establece que la Diputación Foral podrá limitar los accesos a las carreteras del Territorio Histórico y establecer con carácter obligatorio los lugares en los que tales accesos puedan construirse. Asimismo, podrá reordenar los accesos existentes con objeto de mejorar la explotación de la carretera y la seguridad vial (artículo 38).

Por ello, tal como indica la Diputación Foral en la respuesta que facilita, toda eventual actuación que tenga por objeto u efecto la apertura de vías secundarias de acceso directo a las carreteras forales, deberá gozar de la previa y preceptiva autorización por parte del Departamento de Obras Públicas con el fin de salvaguardar, no solamente las prescripciones técnicas que deben ser observadas en su construcción, sino los valores anteriormente mencionados, es decir deberá garantizar una adecuada explotación y seguridad vial.

Así las cosas, constatada la actuación irregular, por parte de la persona que presentó la queja, dio lugar a la Orden Foral 4082/2008, de 11 de agosto, por la que se ordenaba la limpieza inmediata de la calzada, el cese de vertidos y el cierre de acceso en la carretera citada, junto con la advertencia de la ejecución subsidiaria, en caso de incumplimiento.

2. La ejecución forzosa de los actos administrativos viene regulada con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así, el artículo 93 de la Ley determina que las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento.

Por su parte, el artículo 95 de la Ley señala que, previo apercibimiento, las Administraciones Públicas podrán proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos. Por su parte, el artículo 96 enumera los medios de ejecución forzosa que se pueden emplear, respetando siempre el principio de proporcionalidad. Finalmente, el artículo 98 regula la ejecución forzosa por medio de la ejecución subsidiaria.

Para que pueda aplicarse la ejecución subsidiaria de un acto administrativo, por incumplimiento del mandato, tiene que existir necesariamente un previo apercibimiento para que el obligado por el acto administrativo cumpla





voluntariamente lo que se ordena, por tiempo prudencial y suficiente para poder ejecutarlo por sí, con advertencia de que en su defecto, se ejecutará con carácter forzoso. Tal como indica la jurisprudencia (STS de 29 de septiembre de 1983), la ejecución forzosa tiene como legal condición *“La efectiva resistencia”* al cumplimiento del requerimiento realizado, requisito cuya concurrencia implica el examen sobre si el requerimiento fue hecho y la resistencia se produjo.

En este sentido, para poder examinar si tales requisitos concurren, es decir si hubo una efectiva resistencia a lo ordenado, es necesario analizar el contenido material de lo que se le exigió hacer. La orden de ejecución no puede ser genérica, sino que requiere como presupuesto para su validez y eficacia la concreción de las obras que deba ejecutar el propietario, de tal forma que la ausencia de concreción determina que el requerimiento de la Administración sea disconforme a derecho. En suma, como indica la STS de 26 de febrero de 2001, deben detallarse y concretarse adecuadamente cuales son las obras a ejecutar.

3. De conformidad con lo indicado, procede analizar el expediente instruido, así como los argumentos expuestos en el informe del Jefe de la Sección Jurídica de Explotación, de 22 de febrero de 2010, en respuesta a las consideraciones de esta institución, respecto a la ejecución del cierre del acceso con barrera bionda.

El Departamento, en su informe, señala que, en virtud de la aplicación supletoria de la legislación estatal en la materia, el artículo 118.2 del Reglamento General de Carreteras (Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre), dispone que en caso de que se trate del establecimiento de algún acceso realizado sin autorización o sin ajustarse a sus condiciones, se impedirá su uso de forma inmediata, debiendo el infractor restituir las cosas a su primitivo estado o cumplir las condiciones de la autorización en el plazo que a tal efecto se señale.

De ahí, que se impuso el mandato del cierre del acceso abierto sin autorización en su finca, *“cierre que debe reunir las condiciones de definitivo, terminante, completo y realizado a través de medios que impidan su uso. Por ello, dadas las características que debe de reunir el cierre exigido, en ningún caso pueden entenderse cumplidas por la restauración del vallado de la finca donde se ubica el citado acceso, ya que, aparte de poseer funciones distintas, no se produce el efecto de cierre del mismo en el sentido de impedir su utilización total de manera expresa y definitiva, tal como impone la disposición a la que se ha hecho referencia, pues la restauración de las cosas a su primitivo estado pasa inexcusablemente por el cierre definitivo y completo del acceso de que se trata, impidiendo su futura utilización, sin que a estos efectos sea suficiente tener por cumplido el citado mandato mediante la colocación de un cierre ligero”*.





Al analizar la orden de ejecución, a la luz de la normativa de aplicación y la jurisprudencia, debemos entrar a valorar, en primer lugar, si del mandato que recibió la reclamante se infiere de una manera razonable y clara lo que debía de ejecutar, es decir, lo que se trata de dilucidar es si lo ejecutado subsidiariamente es realmente lo que se le ordenó realizar.

Así, la Orden Foral únicamente ordena el cierre de acceso en la citada carretera foral, de tal forma que nada detalla sobre las características del citado cierre, resultando imposible que con la única precisión de que cerrara el acceso, se pudiera llegar a la conclusión de que lo que se estaba ordenando es lo que realmente se ejecutó subsidiariamente, a saber:

- 8 metros lineales de banda perfil doble onda
- 8 metros colocación de barrera de seguridad mediante inca.
- una unidad terminal a tierra de 4 metros, incluso p/p de piezas y postes.
- Una unidad terminal a tierra de 12 metros incluso p/p de piezas y postes
- 4,5 metros soporte tubular 120.
- 4 unidades capta faros reflectantes de A. I. bifacial.

Para la ejecución de esta obra, según el presupuesto de reparación de los daños ocasionados en bionda fueron necesarias 12 horas de trabajo. En este punto, también conviene llamar la atención sobre el hecho de que el expediente y el presupuesto correspondiente a la orden de ejecución subsidiaria se refieren a un supuesto de reparación de daños causados en la bionda, circunstancia que, en su caso, hubiera podido ayudar a comprender la orden de ejecución, si bien como quedó aclarado, en respuesta a las alegaciones planteadas por la reclamante, no se trataba de la reposición de una barrera de contención, sino de una nueva colocación.

El informe del Departamento, en respuesta a las consideraciones remitidas por el ararteko, señala que el cierre debe ser definitivo, terminante, completo y realizado a través de medios que impidan su uso. Tal información, sobre las características del cierre, no constaba en la orden de ejecución, pero, incluso con estos calificativos, resultaría difícil llegar a la conclusión de que lo que el Departamento pretendía es que instalara una barrera de contención en el borde mismo de la carretera.

Además, de lo anterior, desde el punto de vista de la seguridad vial y la afección a la carretera, también resulta del todo paradójico que se esperara que la interesada, sin mayores indicaciones y precisiones técnicas, ejecutara la barrera de contención en la forma en que quedó instalada, en un punto de la carretera que es de dominio público y que necesariamente afecta a la seguridad vial.

Por otra parte, también nos debemos referir al plazo concedido para ejecutar la obra, que tal como hemos indicado en el apartado anterior debe ser proporcionado a lo que se le exige. Así, a la interesada se le concedió un plazo





de 5 días para cumplir lo ordenado, es decir: buscar un proveedor autorizado que dispusiera de un material tan específico, que pudiera encontrar personal cualificado para instalarlo, suponemos que con algún tipo de supervisión y/o autorización del servicio de vigilancia de carreteras, etc.

Sobre este aspecto se indica, en el informe recibido, que la obligación efectiva se llevó a cabo el 8 de octubre de 2008, con lo que de hecho se otorgó una ampliación del plazo inicialmente conferido. En realidad, del análisis del expediente, se infiere que la interesada recibió la orden de ejecución, el 16 de septiembre de 2008 y la fotografía con la bionda ya ejecutada, es de 28 de septiembre de 2008, desconociendo la fecha exacta en la que se hizo la obra, ya que en el expediente no consta tal referencia, pero en todo caso, en un plazo máximo de 12 días naturales, festivos por medio.

En conclusión, ante la falta total de concreción de las obras que debía ejecutar la persona que abrió el acceso no autorizado, así como el plazo inadecuado concedido, nos llevan a considerar que el requerimiento del Departamento de Obras es disconforme a derecho, porque la destinataria de este mandato no estaba en condiciones de cumplir la orden de ejecución dictada, en los términos que resultaron de la ejecución subsidiaria llevada a cabo.

4. En segundo lugar, cabría analizar si la orden de ejecución es proporcional y congruente con los motivos que justificaron la actuación foral, tal como resulta legalmente exigible. En el caso que nos ocupa el análisis debe versar sobre si la barrera de contención que se instaló resulta conforme y proporcionada a la finalidad de cerrar el acceso para impedir una futura utilización no autorizada, en el contexto de la normativa supletoria de carreteras citada, de que el infractor deberá restituir las cosas a su primitivo estado.

Ahora bien, no resulta necesario desarrollar este otro aspecto que debe concurrir en toda ejecución forzosa, a la vista de la argumentación expuesta en el apartado anterior, que resulta suficiente para concluir la disconformidad a derecho de la orden de ejecución dictada.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente:

RECOMENDACIÓN 15/2010, de 26 de mayo, al Departamento de Obras Públicas de la Diputación Foral de Bizkaia para

Que, previa la tramitación que corresponda, proceda a dejar sin efecto la Orden Foral 6592/2008, de 28 de noviembre, de resarcimiento de daños, por incumplimiento de la Orden Foral 4082/2008, de 11 de agosto.





Que, en consecuencia, proceda a la devolución del importe de la liquidación abonada por la interesada que asciende a mil cuatrocientos diecinueve con setenta y cinco (1.419,75) euros.

