Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 4 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de noviembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de aguas (EXP. 382/2014 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, emitido a solicitud del Alcalde del Ayuntamiento de La Villa de Ingenio, es la Propuesta de Resolución (PR) formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños que se alegan derivados del funcionamiento del servicio público municipal de aguas.

2. La reclamante solicita una indemnización que asciende a la cantidad de 29.423,97 euros. Esta última cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

1. El procedimiento se inicia el 3 de julio de 2013 por el escrito presentado por (...), actuando en nombre y representación de (...), en el que se solicita una

* **PONENTE: Sr. Belda Quintana.**

indemnización por los daños personales sufridos por su representada como consecuencia de una caída en la acera.

De conformidad con lo relatado en su solicitud, el día 27 de junio de 2013, a las 13.05 horas, cuando la interesada llegaba a su domicilio resbaló por la presencia de unos escombros procedentes de una zanja abierta por operarios de (…), la cual no se no se encontraba señalizada. Como consecuencia de la caída, se produjo una rotura del fémur de la pierna izquierda, por la que hubo de ser intervenida quirúrgicamente, encontrándose hospitalizada en el momento de presentación de la reclamación.

Hace constar finalmente que se ha presentado denuncia por estos hechos ante la Guardia Civil, que han sido remitidas al correspondiente Juzgado de Instrucción.

Aporta con su solicitud indemnizatoria a efectos de la acreditación de los hechos relatados diversas fotografías del estado de la zanja en el momento del accidente, así como los informes correspondientes a la asistencia sanitaria recibida y copia de las diligencias instruidas por la Guardia Civil con motivo de la señalada denuncia.

En la reclamación no se cuantifica la indemnización solicitada, si bien en trámite posterior se valoran los daños en la cantidad de 29.423,97 euros.

2. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega daños personales como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración municipal, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

La gestión del servicio público municipal de abastecimiento de agua potable y de mantenimiento de alcantarillado se encuentra atribuida mediante concesión a la entidad (...), S.A. , cuya adjudicación se produjo el 29 de julio de 2002, suscribiéndose el correspondiente contrato administrativo con fecha 3 de octubre del mismo año. Ello determina que, de conformidad con lo previsto en el art. 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), el contratista esté obligado a indemnizar los daños que en la ejecución del contrato cause a terceros, excepto cuando el daño haya sido ocasionado como consecuencia inmediata y directa

de una orden de la Administración. El TRLCAP resulta aplicable en el presente caso, por tratarse de la norma vigente en el momento de la adjudicación de la concesión.

Consecuencia de esta regulación legal, actualmente contenida en el art. 214 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público como la entidad contratista, pues si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de ésta, entonces está obligado a resarcirlo. Ostenta por tanto la cualidad de interesada según el art. 31.1.b) LRJAP-PAC, en relación con el art. 98 TRLCAP, lo que justifica que el que el instructor haya llamado al procedimiento a la entidad prestadora del servicio y le haya dado vista del expediente y trámite de audiencia.

3. El hecho lesivo que ha determinado la iniciación del procedimiento se produjo el día 27 de junio de 2013, por lo que la reclamación, presentada el día 3 de julio del mismo año, no puede considerarse extemporánea, al no haber transcurrido el plazo de un año legalmente previsto desde la producción del hecho lesivo (art. 142.5 LRJAP-PAC).

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. La demora producida no impide sin embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite el 1 de agosto de 2013 (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), emitiéndose en particular el informe del Servicio de Urbanismo, así como la práctica de la prueba testifical propuesta por la interesada.

En el procedimiento tramitado se ha dado cumplimiento también al trámite de audiencia a la interesada y a la entidad concesionaria (art. 11 RPAPRP), presentando alegaciones la primera en las que manifiesta su disconformidad con la valoración del

daño efectuada por la entidad aseguradora de la Administración. Estas alegaciones motivaron la solicitud del informe de rehabilitación a la interesada, así como una nueva valoración por la citada entidad. Tras estas nuevas actuaciones, se otorgó un segundo trámite de trámite de audiencia, en las que la reclamante reitera su solicitud indemnizatoria por el importe ya señalado.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, en el expediente se encuentra acreditada la realidad del hecho lesivo por medio de la declaración de una testigo presencial de los hechos, quien manifiesta que la reclamante se bajó de un coche, dio la vuelta al mismo y se cayó en la acera que está junto a la puerta de la vivienda de esta última.

En cuanto a la causa del accidente, consta asimismo acreditado por medio del informe técnico, elaborado tras la inspección ocular del lugar realizada el día 5 de julio de 2013. Señala este informe que:

- Girada visita de inspección al lugar de los hechos se observa que sobre la acera, a la altura del inmueble nº 39, existe una franja de 75 x 25 cm de superficie, transversal al sentido de tránsito, rellena con restos de escombros y sin señalizar, la cual puede suponer un riesgo de caída por tropiezo o resbalón debido a la existencia de gravilla (restos de escombros) que se esparce por la zona.

- Según conversación mantenida con el titular del citado inmueble, el pasado 25 de junio observó cómo brotaba agua a la altura de la tapa de abasto de la vía pública, lo cual puso en conocimiento de (…), presentándose operarios que abrieron una zanja para reparar la avería, que taparon posteriormente con los escombros originados. Manifiesta asimismo esta persona que la obra se encuentra en el mismo estado desde el día del aviso, sin señalizar y sin posterior intervención alguna.

- Mantenida conversación con el gerente de (…), éste confirma que los operarios de la empresa acudieron a reparar una avería en el lugar referido y que el 5 de julio de 2013 remataron la obra con pavimento.

- Girada visita de seguimiento el día 8 de julio de 2013 al lugar de referencia, se observa que el tramo de acera afectado se encuentra totalmente reparado, no existiendo riesgo de caída para los viandantes.

Todas estas consideraciones permiten concluir al técnico informante que la avería en la red pública de abasto y posterior reparación por parte de operarios de (…) se produjo el 25 de junio de 2013 y la caída de la reclamante dos días más tarde, reponiéndose el pavimento afectado el 5 de julio siguiente. Además, añade, la obra no se señalizó ni delimitó a pesar del riesgo por tropiezo o resbalón que suponía para los transeúntes.

Esta ausencia de señalización que previniera a los viandantes del peligro es asimismo confirmada por la testigo presencial de los hechos a que ya se ha hecho referencia.

Puede considerarse pues acreditada, como se ha señalado, la realidad del daño sufrido por la reclamante y su vinculación al funcionamiento del servicio de aguas, al haberse llevado a cabo obras de reparación sin haberlas ultimado en debidas condiciones de seguridad para los peatones, sin haber procedido a colocar las losetas y sin señalización de advertencia ni vallado de la zona. Esta situación se mantuvo durante varios días, con la presencia de escombros y gravilla que suponían un riesgo de caída, como en efecto se concretó en la reclamante.

2. Constatada, pues, la existencia de los hechos y su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio, queda por determinar quién ha de responder por la causación de los daños ocasionados.

Sostiene la Administración, en aplicación del art. 97 TRLCAP, que la causa del daño padecido es imputable a la entidad concesionaria de la gestión del servicio de aguas, tal como resulta de sus obligaciones contractualmente asumidas y que se relacionan en la Propuesta de Resolución, por lo que, en consecuencia, declara la procedencia de la indemnización, que habrá de ser satisfecha por aquélla.

A este respecto procede señalar que, en efecto, si bien el art. 106 CE prescribe la responsabilidad de la Administración por las lesiones sufridas por los administrados en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en este supuesto resulta de aplicación el art. 97 TRLCAP ya señalado, que establece la obligación de los contratistas de indemnizar a los particulares los daños que causen como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, siempre que tales perjuicios no hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración.

En definitiva, si los contratistas durante la ejecución del contrato causan daños a los administrados ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración.

Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el artículo 97.3 TRLCAP (actualmente el artículo 214.3 TRLCSP) contemple que los terceros perjudicados podrán requerir previamente al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Ello porque, como hemos señalado en nuestro Dictamen 554/2011, lo que el art. 97.3 TRLCAP confiere al perjudicado es una facultad, como expresamente la califica el tenor del precepto y como resulta de la expresión "*podrá requerir*". No le impone pues la carga de que para alcanzar su pretensión deba formular necesariamente ese requerimiento como un obligatorio trámite previo a la interposición de su reclamación. A su elección queda presentar ésta directamente o formular ese requerimiento.

Esto lo corrobora, como asimismo señalamos en el citado Dictamen, el siguiente apartado del art. 97 TRLCAP, al disponer que la reclamación de los interesados se formule en todo caso conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto. Ese requerimiento potestativo es distinto de la reclamación. Ésta se ha de tramitar por el procedimiento legal que corresponda que, cuando se trata de daños causados a usuarios por el funcionamiento de los servicios públicos, se ha de tramitar por el procedimiento administrativo de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ordenan el segundo párrafo del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el apartado e) del art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin que la tramitación de este procedimiento impida que la resolución que se dicte decida que la responsabilidad debe ser satisfecha por el contratista.

Esta misma solución se ha alcanzado en otros pronunciamientos de este Consejo, pudiendo citarse al respecto los recientes Dictámenes 138/2013 y 375/2013.

Precisamente en nuestro Dictamen 138/2013 citado hemos expuesto nuestra doctrina al respecto en el siguiente sentido:

"Es doctrina reiterada de este Organismo, en línea con jurisprudencia en su momento mayoritaria de los Tribunales, que, tratándose de la prestación de un servicio público, existe relación directa entre el titular de su gestión, una

Administración Pública, y los usuarios, debiendo aquélla responder por la misma, sea directamente efectuada o no, en este caso por un contratista o concesionario.

Por eso, la Administración ha de indemnizar siempre al interesado, no siendo propiamente parte del procedimiento de responsabilidad el contratista en caso de contrato para la prestación indirecta del servicio, y mucho menos la aseguradora de dicha Administración, que ni siquiera debe intervenir hasta que, siempre después de intervenir este Organismo, se resuelva el procedimiento de responsabilidad y se declare el derecho indemnizatorio del interesado o se abone a éste la indemnización.

Por lo demás, ha de tramitarse el mencionado procedimiento de presentarse la correspondiente reclamación de indemnización, sin perjuicio de poder recabar informes del contratista o, incluso, de la aseguradora municipal. Y, desde luego, de proceder la indemnización y abonarse ésta, la Administración puede repetir contra el contratista, pero en el procedimiento específico al efecto y, es claro, con distinto fundamento, pues se aplica entonces la legislación contractual, estándose a sus reglas de distribución de responsabilidad entre las partes del contrato por daños a terceros y, por ende, de acuerdo con los términos del contrato.

Y es que, a juicio de este Organismo, el procedimiento previsto en el art. 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ahora en el correspondiente del de la Ley de Contratos del Sector Público tiene una finalidad diferente, aunque proceda seguir con el de responsabilidad patrimonial de considerarse responsable la Administración.

No obstante, ha de reconocerse que reciente jurisprudencia, en particular del Tribunal Supremo, crecientemente mayoritaria y alterando la predominante hasta hace escasos años, considera que, en caso de contratación para la gestión de un servicio público, en el sentido lato que éste sigue teniendo, al menos a efectos de responsabilidad patrimonial, se ha de aplicar la norma contractual correspondiente y, por tanto, seguirse el procedimiento correspondiente antes indicado, siendo parte el contratista a los efectos procedimentales oportunos.

Pero entonces, el procedimiento, sometido a las reglas de tramitación pertinentes, ha de concluir con la resolución de la Administración determinando la existencia de daño indemnizable o no y, de existir, la parte del contrato responsable y la determinación de la indemnización a abonar por aquélla al interesado, cuyo derecho indemnizatorio se reconoce.

Consecuentemente, de ser el contratista considerado responsable por serle imputable el daño generado a tercero, acreditado el mismo y fijada la responsabilidad consiguiente según la regla de distribución prevista al respecto antes incluida y siempre teniendo presente los términos y objeto del contrato, la PR, tras fundamentar lo expresado, ha de determinar la cantidad que debe abonar el contratista al tercero lesionado en la ejecución del contrato.

Y ello, sin perjuicio de que, de no poderse determinar la parte responsable o no estar el contratista en condiciones de efectuar el abono, debiendo prevalecer el derecho indemnizatorio garantizado constitucional y legalmente, ha de hacerlo la Administración, con repetición ulterior y en cuanto sea posible contra el contratista.

En definitiva, en este supuesto y habiéndose tramitado el procedimiento de responsabilidad, pertinentemente a la vista de la solicitud presentada, debiera resolverse en la forma primeramente expuesta. Así, reconocido por la propia Administración la existencia de lesión al interesado, que ha sufrido daño por desperfectos diversos y determinados en su vehículo, ha de estimarse la reclamación y asumir la responsabilidad la Administración titular del Servicio, abonando la indemnización procedente al interesado y repitiendo, según se ha explicitado, contra el concesionario.

En su defecto, la Administración ha de resolver en todo caso de acuerdo con la norma contractual aplicable al caso y, por tanto, por las mismas razones antes indicadas, ha de reconocer la exigencia de responsabilidad y el derecho indemnizatorio consiguiente del interesado y, en consecuencia, determinar que corresponde al concesionario el abono de la indemnización, salvo que deba hacerlo ella de concurrir un supuesto para ello de los indicados precedentemente".

Aplica la citada doctrina al presente caso procede concluir, en el mismo sentido que la Propuesta de Resolución, que el daño es imputable a la entidad concesionaria del servicio de aguas, ante el defectuoso incumplimiento de sus obligaciones, contractualmente asumidas en relación con el funcionamiento y conservación de las obras e instalaciones afectas al servicio objeto del contrato, lo que conlleva la correcta ejecución de las obras de reparación que en cada caso resulten precisas.

Sin embargo, la PR en su primer apartado desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, cuando lo coherente en cuanto a la atribución del daño a la entidad concesionaria que se efectúa en el apartado segundo es reconocer la exigencia de responsabilidad, aun cuando la indemnización que genera el daño deba ser asumida por el contratista, cuando la Administración actúa o gestiona

indirectamente y ello tiene incidencia en el servicio ocasionando daños y perjuicios a terceros, por aplicación de la legislación de contratos del sector público, tal y como se ha expuesto con anterioridad. En este punto, por tanto, la PR no se ajusta a Derecho.

3. Sin perjuicio de lo señalado, en el presente caso, como sostiene la Propuesta de Resolución, habría que tener en cuenta que la reclamante debió extremar las precauciones ante el estado de la acera, pues el accidente ocurrió a plena luz del día. Además, como así se advierte en las fotografías aportadas y confirma el informe técnico, se trataba de una zanja de dimensiones considerables y por tanto perfectamente visibles los escombros y gravilla presentes en el lugar y, por último, se había abierto frente a su domicilio dos días antes. Por lo que, al concurrir culpa, se considera procedente la minoración de la indemnización en un 50% de la cantidad correspondiente a la valoración del daño.

4. Finalmente, por lo que respecta a este extremo, la interesada reclama la cantidad de 29.423,97 euros, que resulta de aplicar el sistema de valoración de daños personales producidos en accidentes de circulación, si bien para unos aplica la valoración correspondiente al año 2013 y para otros la que corresponde al presente año. A efectos de su cálculo ha tenido en cuenta el tiempo de hospitalización (12 días), así como los correspondientes al periodo de rehabilitación (233 días), que califica como impeditivos. En cuanto a las secuelas, se incluye el material de osteosíntesis, coxalgia postraumática inespecífica y perjuicio estético ligero. A todo ello suma el factor corrector correspondiente.

La Administración cuantifica este daño en la cantidad de 11.172 euros, en aplicación de la Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2013 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. En el cómputo de esta cantidad se ha tenido en cuenta la estancia hospitalaria, los días impeditivos y no impeditivos, así como las secuelas y el perjuicio estético, de acuerdo con el informe de valoración emitido por la entidad aseguradora de la Administración.

Las discrepancias se manifiestan en primer lugar en relación con la totalidad de días reclamados, pues si bien la interesada contabiliza 233 días, la Administración los reduce a 183. Este último cómputo se considera correcto ya que en el mismo se tiene

en cuenta la fecha de alta de rehabilitación (26 de diciembre de 2013) no, como pretende la interesada, la fecha en que acudió al Servicio de Traumatología para control (26 de febrero de 2013).

Asimismo, difieren la reclamante y la Administración en la consideración acerca de la calificación de los días como impeditivos o no, que para la primera lo son en su totalidad y para la segunda únicamente un total de 80 días; así como en la valoración de las secuelas y, finalmente, en el factor de corrección, que la Administración no considera aplicable.

En relación con todos estos conceptos, la interesada no aporta informe médico de valoración del daño sufrido, limitándose a solicitar estas cantidades por tanto sin justificación alguna.

La indemnización propuesta por la Administración se considera adecuada en lo que se refiere al tiempo de hospitalización, así como a la valoración de las secuelas, en relación con las que consta informe pericial de valoración. Se estima asimismo correcta la inaplicación del factor de corrección del 10% solicitado, que tampoco se justifica.

En cambio, en lo que se refiere a la calificación de los días como impeditivos o no, la valoración efectuada sólo se ha llevado a cabo teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente, sin valorar, dada su imposibilidad material, el estado de la reclamante a lo largo de la evolución de las lesiones producidas, lo que hace cuestionable la calificación como impeditivos o no de los días que tardaron en curar. El informe pericial tampoco aporta justificación alguna de la calificación de los días como impeditivos (80) y no impeditivos (91). Por ello, teniendo en cuenta que la paciente permaneció durante todo el periodo contabilizado en rehabilitación, se considera que procede su valoración como impeditivos, con la consiguiente repercusión sobre el montante de la indemnización por este concepto.

En cualquier caso, la cantidad total resultante habrá de minorarse en un 50% por las razones anteriormente expresadas en relación con la culpa de la reclamante.

Por último, es preciso tener en cuenta que para el cálculo de la indemnización se ha aplicado la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones que publica las cuantías de las indemnizaciones correspondientes al año 2013. Por ello, la cantidad resultante habrá de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de precios al consumo, de conformidad con lo previsto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es contraria a Derecho en su apartado primero, por cuanto procede estimar la reclamación y declarar la existencia de responsabilidad. No obstante, se considera conforme a Derecho en cuanto declara la responsabilidad de la entidad concesionaria por los daños producidos a la reclamante.

Por lo que se refiere a la indemnización propuesta, no se estima conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento III.4.