



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 189/2016

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de junio de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.E.M.D., en nombre y representación de H.B., por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 167/2016 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 19 de mayo de 2016 (registrado de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el día 23) por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por ese Ayuntamiento tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se imputan al funcionamiento del servicio público viario, de titularidad municipal, cuyas funciones le corresponden en virtud del art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

2. Es preceptiva la solicitud de dictamen, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, pues la reclamación, posterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 17 de marzo -que modifica la citada ley- es de cuantía superior a los 6.000 € que esta establece como límite para la preceptividad del dictamen. La solicitud ha sido remitida por el Alcalde del Ayuntamiento de Adeje, de conformidad con el art. 12.3 de la Ley 5/2002.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Asimismo, es de aplicación la legislación de régimen local, específicamente el art. 54 LRBRL.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación el 28 de noviembre de 2014 por J.E.M. en nombre y representación de H.B., estando este legitimado para ello por ser interesado en el procedimiento al haber sufrido en su persona las lesiones por las que reclama (art. 31 LRJAP-PAC). Asimismo, se acredita la representación por medio de la que actúa.

La legitimación pasiva para la tramitación y decisión del expediente corresponde al Ayuntamiento de Adeje, a quien le está atribuida la gestión del servicio al que se atribuye el daño.

Asimismo, no es extemporánea la reclamación, pues el hecho que generó el daño por el que se reclama se produjo el 28 de noviembre de 2013, y la reclamación se interpuso el 28 de noviembre de 2014, esto es, dentro del año legalmente establecido desde la producción del hecho causante (art. 142.5 LRJAP-PAC).

2. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y ss. LRJAP-PAC).

3. Según el tenor literal de la reclamación, el fundamento fáctico de la pretensión indemnizatoria es el siguiente:

«En Costa Adeje (...), el 28 de noviembre de 2013, aproximadamente a las 3 de la tarde, (...) acercándome al Hotel I., caminando por el paseo mi representado pisó sobre una tapa de alcantarilla que se encontraba mal encajada y cayó estrepitosamente en el hueco, sufriendo diversos golpes con las paredes del hueco y con la propia tapa de la alcantarilla, que le causaron cortes, excoriaciones y contusiones. Con ayuda de su esposa consiguió salir del hueco (...) y regresó al Hotel L.H. Nada más llegar al hotel el recepcionista al apreciar su estado físico procedió a realizar la gestión telefónica para procurarle asistencia médica (...). Acudió un médico a atender a mi representado al propio hotel, le realizó curas, siendo necesarios tres puntos de sutura, y le recetó medicamentos, incluyendo, lógicamente calmantes para el intenso dolor.

Ante la persistencia de los dolores, H.B. acude al Servicio de Urgencias del Hospital Q., donde nuevamente es sometido a exploración y se le prescribe continuar con el tratamiento ya recetado, se le cita para retirarle los puntos de sutura cinco días después -el jueves- y para practicarle una ecografía que se le realiza el 2 de diciembre siguiente.

(...) A su vuelta a Alemania H.B. siguió con el tratamiento siendo atendido tanto por su médico de cabecera, el Dr. A.S., como por los cirujanos integrantes de la consulta a la que fue remitido. (...) Estuvo de baja laboral hasta el 31 de enero de 2014, inclusive, continuando con su tratamiento hasta julio del mismo año. (...) Como secuela ha de referirse la calcificación como resto de hematoma (...) y que igualmente se aprecia en las ecografías (...). Esta calcificación podría dar lugar a una operación de persistir las molestias que provoca al paciente».

Según el reclamante, la causa del accidente es que la tapa de la alcantarilla se levanta por la presión del agua después de haber llovido, lo que había ocurrido el día del accidente.

El daño es cuantificado en 12.310,04 €, incluyendo solo los daños físicos, pues el reintegro de los gastos médicos han sido reclamados a la «caja de enfermedad» del interesado (equivalente a nuestra Seguridad Social).

Se aportan, junto a la reclamación, poder de representación, fotocopias del pasaporte del reclamante y de su esposa, como testigo, factura del médico que atendió al reclamante en el hotel y de receta realizada, informes médicos de Hospital Q. y de Alemania, partes de baja, declaraciones de la renta del interesado de 2011 y 2012, certificado de médico Dr. A.S., fotografías de las lesiones y del lugar donde se produjo la caída, y declaración ante notario de la esposa del reclamante y declaración del recepcionista del hotel.

III

En relación con la tramitación del procedimiento, se han realizado los trámites legamente exigibles, constando los siguientes:

- El 8 de enero de 2015, se insta al interesado a la mejora de su reclamación, de lo que recibe notificación el 21 de enero de 2015, viniendo a aportar lo solicitado el 27 de enero de 2015.
- Mediante Decreto 62/2015, de 9 de febrero, se admite a trámite la reclamación y se nombra instructor. Ello se notifica al interesado el 23 de febrero de 2015 y a la

compañía aseguradora del Ayuntamiento el 24 de febrero de 2015, a efectos de conocimiento del procedimiento, sin que sea parte del mismo.

- El 11 de marzo de 2015, se solicitan informes a la Policía Local y al Servicio Técnico Municipal.

- La Policía Local remite escrito de 12 de marzo de 2015 donde se indica que carece de datos para realizar el informe solicitado.

- Por su parte, el 14 de marzo de 2015 se emite el preceptivo informe del Servicio. En el mismo se señala:

«- Que no se tiene constancia específica de que la tapa en cuestión estuviese mal encajada.

- Que, no obstante, en momentos o periodos de lluvias intensas las redes de saneamiento en algunas urbanizaciones (...) se colapsan como consecuencia de las infiltraciones de aguas de lluvia (...) provocando que algunas tapas de los pozos o arquetas de registro se muevan dando lugar a la salida de agua y materiales arrastrados a la superficie.

Que en las fotografías aportadas se aprecia la tapa con apariencia de haber sufrido un fenómeno como el descrito (...).».

- El 21 de octubre de 2015, se acuerda apertura de trámite probatorio, lo que se notifica al interesado el 26 de octubre de 2015. El 28 de octubre de 2015 (registrado en Correos) se propone prueba testifical, cuyas declaraciones juradas ya fueron presentadas, además de solicitar que se tengan por aportados todos los documentos facilitados a lo largo del procedimiento.

- El 10 de noviembre de 2015, se concede trámite de audiencia, lo que es notificado al reclamante el 13 de noviembre de 2015, que presenta escrito de alegaciones el 24 de noviembre de 2015 (registrado en Correos), en el que explica la acreditación del accidente, así como la valoración de la indemnización en 12.310,04 euros, apoyado en la Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que establece, dice, 58,41 euros y 31,43 euros diarios por los días improductivos y no improductivos, respectivamente; determina el importe indemnizatorio por las secuelas y justifica un factor de corrección del 43% en atención a los ingresos de H.B.

- El 11 de noviembre de 2015, se incorpora informe de valoración de daños contradictorio de la Administración.

- El 26 de noviembre de 2015, se solicita nuevo informe del Servicio en relación con la titularidad del mantenimiento y explotación de la tapa de alcantarilla. Tal informe se emite el 26 de noviembre de 2015, señalándose en el mismo:

«Que la tapa de alcantarilla en cuestión forma parte de la red municipal de saneamiento, siendo de titularidad municipal, correspondiendo a E., S.A. su mantenimiento y explotación como concesionario del servicio».

- Dada la existencia de nuevos documentos, el 11 de febrero de 2016 se dicta providencia de ordenación por la que se dispone admitir e incorporar al expediente los nuevos documentos y conceder nuevo trámite de audiencia al interesado, así como elevar al órgano competente propuesta de emplazamiento de E., S.A., empresa de explotación y mantenimiento de las alcantarillas como concesionaria del servicio de la red municipal de saneamiento. De ello recibe notificación el reclamante el 16 de febrero de 2016.

- El 12 de febrero de 2016, se realiza emplazamiento a E., S.A., para personarse y comparece en el procedimiento, si bien, tras recibir notificación el 17 de febrero de 2016, no comparece.

- El 26 de febrero de 2016, el interesado presenta escrito de alegaciones. En síntesis, rechaza el cálculo de los días de baja que se recogen en el informe médico aportado por la aseguradora, que se aparta de las consideraciones del médico y equipo de cirujanos que trató a H.B.

- El 21 de abril de 2016, se emite la Propuesta de Resolución, objeto del presente dictamen, vencido el plazo resolutorio conforme al art. 13.3 RPAPRP. Sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente, con los efectos administrativos y aun económicos que proceden, en virtud de los art. 42.1 y 7, 43.1 y 4 y 141.3 LRJAP-PAC.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión indemnizatoria al considerar el órgano instructor que no ha quedado acreditada la existencia misma de los hechos y del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño, pues viene a desacreditar el valor probatorio de los elementos aportados por el interesado. Así, señala:

«A este respecto, se aportan, como pruebas documentales, un reportaje fotográfico del lugar en el que presumiblemente se produjo el evento dañoso,

informes médicos acreditativos de la lesión sufrida y testimonio, mediante declaración jurada, de dos testigos. Pues bien, ninguno de estos elementos de prueba es suficiente para obtener la total certeza de la efectiva producción de los hechos denunciados en el lugar y fecha en que ha indicado el reclamante, como a continuación se trata de analizar:

- Por lo que se refiere al reportaje fotográfico, en el mismo se puede contemplar la imagen de un paseo peatonal y una tapa de alcantarilla levemente descajada, sobre la cual se aprecia que fluye un ligero caudal de agua, lugar donde se afirma haber producido el siniestro. Sin embargo, las fotografías no están fechadas automáticamente, ni se realizaron teniendo en cuenta el empleo de medio de certificación oficial alguno que permita una constancia fidedigna de su veracidad. En este sentido, el ingeniero municipal admite que no tenía constancia de que la tapa en cuestión estuviese mal encajada y se debe tener en cuenta, además, que dado que la reclamación se presenta casi un año después de, presuntamente, haberse producido el evento dañoso, este no tuvo la oportunidad de desplazarse al lugar en una fecha próxima a su ocurrencia para comprobar el estado del mismo entonces, siendo imposible, en consecuencia, que aporte datos fiables para el esclarecimiento de los hechos.

- A esta circunstancia, se une el hecho de que en el informe realizado por la Policía Local de Adeje no se pudiera confirmar la producción del siniestro reclamado en la fecha, 28 de noviembre de 2013, en que supuestamente ocurrió, mediante su constatación "in situ", pues no consta ningún atestado, diligencia o informe realizado por miembros de dicho Cuerpo de Seguridad al respecto.

- Por su parte, la entidad E., S.A. a la que corresponde el mantenimiento y explotación de la red municipal de saneamiento, como concesionario del servicio, y que ha sido debidamente emplazada en este procedimiento, no ha presentado ninguna alegación o documentación [parte, informe, comunicación interna (...) etc.] que permita acreditar que, el día en que según el reclamante se produjo el accidente, se hubiese dejado constancia de tal incidencia.

- De los informes médicos aportados tampoco se pueden extraer conclusiones que ayuden a confirmar que efectivamente el incidente se produjo en el lugar alegado en la reclamación. Se entiende que estas pruebas documentales son válidas para acreditar que el reclamante sufrió un daño determinado que requirió atención médica por razón de policontusión, hematoma en la pared abdominal, herida en la cara anterior de la pierna izquierda y escoriación en la pierna derecha, pero a partir

de ellas, no se puede demostrar que la caída se produjera en el lugar indicado en la reclamación, porque no consta que se hubiera desplazado hasta allí ninguna dotación sanitaria de emergencias que pudiera corroborarlo en su parte médico.

- En cuanto a las pruebas testificales solicitadas, no se procedió a su práctica toda vez que ya se aportaban declaraciones juradas por escrito debidamente firmadas por las personas que se propusieron como testigos por la parte reclamante, teniéndose las mismas por reproducidas. No obstante, sí se han de hacer algunas observaciones respecto a su valor como prueba de cargo en un expediente de estas características:

En lo que se refiere al testimonio facilitado por R.D.W., recepcionista del hotel donde se alojaba el reclamante, el mismo no se desplazó al lugar en que se dice que ocurrió el siniestro por lo que no pudo comprobar si efectivamente este se produjo y en la forma en que relata H.B.

Por lo que respecta al segundo testigo, se trata de la esposa del reclamante por lo que su declaración es cuando menos cuestionable y en atención a las reglas de valoración de la prueba recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 376), aplicables de forma supletoria ante la inexistencia de normas específicas propias de este procedimiento, es merecedora de tacha, ante la sospecha de su eventual falta de imparcialidad, al concurrir una causa motivadora de su prestación interesada, como es la existencia de una evidente relación afectiva con el reclamante y no aportar prueba adicional que demuestre su presencia en el lugar en el que se ubica el siniestro, si no es el propio testimonio recíproco, o de involucrados en el mismo».

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues si bien las fotografías no están fechadas automáticamente ni han sido realizadas con empleo de medios de certificación oficial, lo cual no es, por otro lado, exigible a los particulares, desde luego, las mismas han servido como base para la emisión del preceptivo informe del Servicio, que concluye que de las mismas se extrae la zona en la que se produjo el accidente, esto es, San Eugenio, y que se halla en el estado descrito por el informe del Servicio tras la producción de lluvias: con la tapa elevada por desencaje y salida de materiales desde el interior, lo que es coherente con la descripción realizada por el reclamante y por el propio Servicio, por más que aquel informe comenzara por señalar, como es lógico por no haber acudido al lugar exacto tras el accidente, que no se tiene constancia del estado de la tapa concreta que causó el daño.

Por otra parte, la falta de comparecencia de E. no puede perjudicar al particular, como tampoco la ausencia de informe policial, cuya existencia, en cualquier caso, sería una prueba privilegiada.

Si bien no existe informe policial ni informes de la dotación médica desplazada al lugar, por hallarse cerca del hotel el reclamante y acudir allí de nuevo tras el accidente, lo cierto es que los daños descritos en los distintos informes médicos y apreciados en las fotografías aportadas, son compatibles con la causa alagada. Daños en brazos, piernas y abdomen, tras caída en hueco de alcantarilla. De hecho, el propio informe médico del Dr. A.S., de 4 de febrero de 2014, viene a confirmar que la descripción de la mecánica del accidente se corresponde con las lesiones sufridas.

Por último, en cuanto a la desacreditación de la testifical de la esposa del reclamante por su falta de imparcialidad, no procede la razón por la que el instructor rechaza, sin más, tal declaración.

Así, este Organismo ha señalado, por ejemplo en el Dictamen 383/2007, respecto de las relaciones de parentesco entre el testigo y el interesado, que el art. 376 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable al procedimiento administrativo en lo referente a la práctica de las pruebas, y en cuanto al valor probatorio de las declaraciones testificales, establece: «Los Tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieran dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiera practicado».

Justamente, las tachas, reguladas en el art. 377 LEC, entre las que se encuentran el parentesco y el interés directo en el asunto de que se trate, no constituyen de modo alguno un impedimento para testificar, sino que solo son determinantes en el valor y la fuerza probatoria de la declaración testifical.

Por tanto, teniendo en cuenta estas previsiones y que en este supuesto la testigo es esposa del reclamante, habrá de ponderarse el valor de la prueba con la existencia de otras que suplan la tacha de la anterior y determinen su veracidad. Tal ocurre en este caso pues de las fotografías aportadas, los informes médicos y el propio informe del Servicio vienen a corroborar la veracidad de lo declarado por la testigo, cuya declaración, por otro lado, ha sido realizada ante fedatario público (notario). Tal testigo señalaba que después del accidente hizo el mismo trayecto, sacando entonces las fotos aportadas, y pudo ver que, tras haber llovido fuertemente la noche anterior, a pesar de que había dejado de llover varias horas antes, estaba

saliendo agua por las tapas del alcantarillado del camino por donde habían circulado el día del accidente, empujado, por otra parte, estando levantadas algunas tapas. Añade a ello que no había señalización del peligro.

Tales hechos fueron corroborados por el informe del Servicio, que refiere que las fotos aportadas muestran los hechos descritos en el propio informe: «se aprecia la tapa con apariencia de haber sufrido un fenómeno como el descrito, elevación con desencaje y salida de materiales desde el interior», a lo que añade que «en esos días se dieron lluvias intensas».

La declaración del recepcionista del hotel, por su parte, que ninguna vinculación tiene con el interesado, si bien no sirve para acreditar el modo en el que se produjeron los hechos, por no haber sido testigo presencial de los mismos, sí es válida para acreditar los daños del reclamante y la fecha, lo que coadyuva a ratificar la veracidad de lo acontecido en los términos de la reclamación.

Por todo ello, entendemos que los hechos han quedado probados debidamente y, asimismo, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público afectado y el daño por el que se reclama.

3. Por otro lado, la Propuesta de Resolución señala que, efectivamente, obra en el presente expediente administrativo documentación suficiente que permite la constatación, a través de informes médicos, de las lesiones sufridas por el reclamante, correspondientes a una policontusión: hematoma en la pared abdominal, herida en la cara anterior de la pierna izquierda y escoriación en la pierna derecha.

Ahora bien, discrepa de la evaluación económica de tales daños personales cifrada por el reclamante en doce mil trecientos diez euros y cuatro céntimos (12.310,04 €).

Se indica en la Propuesta de Resolución que tal discrepancia tiene su fundamento en los datos aportados por el informe médico de valoración del Dr. I.G.M., en el que se determina una incapacidad temporal derivada de dichos daños con el siguiente detalle: 33 días impeditivos, 32 días no impeditivos y 1 punto por secuelas derivadas del perjuicio estético ligero (cicatriz de herida pierna suturada).

«Por consiguiente, en aplicación de los baremos recogidos en la Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y

perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y en atención a las consideraciones vertidas en el informe médico de valoración referido, resulta la siguiente indemnización desglosada por conceptos:

- Tabla V. Indemnizaciones por incapacidad temporal:

33 días improductivos a 58,24 € = 1.921,92 €.

32 días no improductivos a 31,34 € = 1.002,88 €.

- Tabla III. Indemnizaciones por lesiones permanentes:

1 punto de secuelas estéticas a 723,70 € = 723,70 €.

En consecuencia, la indemnización total a percibir por el solicitante, de estimarse su reclamación, se fija en la cantidad de tres mil seiscientos cuarenta y ocho euros y cincuenta céntimos (3.648,5 €)».

Sin embargo, lo cierto es que se ha probado el tiempo de baja del reclamante a través de los partes de baja laboral, que implican la existencia de 65 días improductivos, siendo tales necesariamente los de baja, esto es, desde el 28 de noviembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2014.

Por otra parte, se acreditan también los días no improductivos, pues, según certificado médico de 29 de septiembre de 2014 del Dr. A.S., hasta julio de 2014 se realizaron tratamientos y consultas. Por tanto, a falta de fecha exacta, se determinan como días no improductivos desde el 1 de febrero de 2014 hasta el 30 de junio de 2014. Esto es, 130 días no improductivos.

Asimismo, queda como secuela el hematoma calcificado, tal y como se deriva de los informes médicos.

A todo ello debe aplicarse, dada la renta del reclamante probada mediante sus declaraciones de la renta, el factor de corrección indicado en la reclamación, resultando un total a indemnizar de 12.310,04 euros.

Como consecuencia de todo lo expuesto, procede estimar la reclamación del interesado e indemnizarlo en la cuantía reclamada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, no se estima conforme a Derecho, pues procede estimar la pretensión del interesado, H.B., tal y como se razona en la fundamentación del dictamen.