



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 0 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Agaete en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños personales y materiales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 33/2017 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el señor Alcalde del Ayuntamiento de Agaete, es la propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado a instancias de (...) en solicitud de una indemnización de 14.112,30 euros por las lesiones personales que le irrogó una caída que sufrió a las a las 19:30 horas aproximadamente de la tarde del 23 de enero de 2015 al tropezar con la tapa de una arqueta de registro de (...) sita en (...) del Puerto de las Nieves en Agaete.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del señor 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); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario; por consiguiente, la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al Alcalde, según el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias (LMC).

4. De acuerdo con la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el presente procedimiento se rige por 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. Conforme al art. 13.3 RPAPRP el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

5. La reclamante está legitimada activamente porque pretende el resarcimiento de los perjuicios que le han irrogado las lesiones personales que sufrió a consecuencia de la caída. El Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la causación del daño al funcionamiento anormal del servicio público de pavimentación de las vías públicas, que es de titularidad municipal según el art. 26.1,a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

6. La causa de la caída la interesada la atribuye al estado defectuoso de la tapa de una arqueta de registro de (...) sita en la acera. La Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (LT) reconoce y regula el derecho de las empresas operadoras a ocupar el dominio público o la propiedad privada para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (arts. 5.2, 29, 30 y 31). La LT ha mantenido la completa liberalización de los servicios de comunicaciones electrónicas que estableció la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de tal manera que la habilitación para la prestación a terceros de esos servicios y la explotación de las redes necesarias es concedida con carácter general e inmediato por la propia LT, pues para el inicio de la actividad basta con una mera notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; y no está sujeta a la obtención

de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni cualesquiera otras similares o análogas la ejecución e implantación de sus instalaciones e infraestructuras, sino que únicamente se exige la presentación de una declaración responsable (art. 34.6). Se trata, en definitiva, de una actividad libre realizada por sujetos privados. En coherencia con esta liberalización les confiere a los operadores un derecho de ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones de que se trate (art. 30). Conforme a su art. 31, la normativa específica relativa a la gestión del dominio público en cuestión deberá en todo caso reconocer el derecho de ocupación del dominio público para el despliegue de las redes. Este derecho, por tanto, surge directamente de la LT y sólo necesita de la autorización que contemple la normativa específica del dominio público de que se trate. No requiere de una concesión administrativa de ocupación del demanio, que sería lo que haría surgir ese derecho de ocupación. Éste surge de la LT y esas normativas específicas deben reconocerlo en todo caso. En el ámbito municipal esa normativa específica está contenida en el art. 84.1,b) LRBRL, que habilita a la Administración local a intervenir en la actividad de los ciudadanos mediante licencias y en los artículos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, cuyo art. 10 dispone que las licencias municipales ejercen efectos entre la Administración y el titular y no altera las situaciones jurídicas entre éste y las demás personas. El art. 12 RSCL señala expresamente que no pueden ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil en que incurran sus titulares en el ejercicio de sus actividades.

En el presente caso, si bien los daños por los que se reclama han sido causados por las instalaciones de una empresa de telecomunicaciones (Telefónica) en el ejercicio de su actividad, esto no quiere decir que el Ayuntamiento no tenga la obligación de prestar el servicio de pavimentación de las vías públicas de una manera correcta, servicio que como tal le compete de acuerdo con el art. 26.1.a) LRBRL, lo que implica el deber de mantenerlas en condiciones adecuadas para que el tránsito de las personas por las zonas peatonales, como es el caso, se realice en condiciones de seguridad, reparando los desperfectos que puedan causar peligro y resarciendo a los particulares por los daños causados por dichos desperfectos por aplicación del principio de indemnidad contenido en el art. 106.2 CE, sin perjuicio de que la Administración pueda repetir el importe de la indemnización por la responsabilidad en que pudiera incurrir, en su caso, a la empresa suministradora del servicio de

telecomunicaciones que ocupa la vía pública y cuyas instalaciones defectuosas hubieren provocado el daño.

7. La reclamación fue presentada el 9 de noviembre de 2015, en relación con el accidente sufrido el día 23 de enero de 2015, por lo que ha sido presentada dentro del plazo que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC.

8. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo, si bien, como se ha indicado, se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP.

II

1. El fundamento fáctico de la pretensión resarcitoria es el siguiente:

A las 19:30 horas aproximadamente de la tarde del 23 de enero de 2015 la interesada sufrió una caída al tropezar con la tapa de una arqueta de registro de (...) sita en (...) en el Puerto de las Nieves en Agaete.

2. De la diligencia de inspección ocular que realizó un agente de la Policía Local el 2 de febrero de 2015 y a la cual se incorporan dos fotografías, resulta que la tapa está situada en la acera izquierda (según el sentido de la circulación) de la calle (...) en el Puerto de las Nieves; que en la misma se lee la inscripción (...); que tiene una longitud aproximada de 85 centímetros de ancho, dividida en dos mitades de unos 42 centímetros aproximadamente que se encuentran en el centro formando una elevación de unos 3,50 centímetros aproximadamente de altura sobre la rasante de la acera.

3. El informe, de 2 de julio de 2016, del técnico de la Oficina Técnica Municipal expresa que:

a) En visita de reconocimiento realizada el día 22 de junio de 2016, a la calle (...), a la altura del número 3 de gobierno, se comprobó que la arqueta que supuestamente ocasionó el tropiezo se encontraba a ras de la acera como acreditan las fotografías que incorpora.

b) Que en las fotos que constan en el expediente tomadas por la Policía Local, se aprecia una elevación homogénea de las tapas que forman la arqueta, sin que se aprecie ningún resalte en el punto en el que coinciden ambas tapas, ni en el acerado, no existiendo por tanto obstáculo en el sentido de la marcha que pudiera constituir un riesgo inherente al servicio público a cuyo funcionamiento se quiere atribuir el

daño que alega la interesada. Así mismo se aprecia un resalte en el lateral de la arqueta en el sentido transversal de la marcha, que por las manifestaciones de la dicente («mientras caminaba por la acera»), no parece que este fuera el que supuestamente ocasionó el siniestro.

c) Que la elevación de las tapas de la arqueta probablemente venga motivada por la dilatación del material que las conforman.

4. Consta en el expediente parte de denuncia de la Policía Local dirigido al Sr. Alcalde, de 19 de agosto de 2015 (folios 48 y 49 del expediente), en el que los agentes actuantes manifiestan que la tapa de Telefónica ubicada en la calle (...) antes de llegar a la bifurcación de la calle (...) está levantada «siendo un peligro para los peatones ya que podrían tropezar y tener un accidente», adjuntándose fotografía de lo mencionado.

5. El informe, de 25 de octubre de 2016, del ingeniero técnico industrial de la Oficina Técnica Municipal sobre las características del alumbrado público de la calle (...) expresa que las luminarias instaladas en la zona a finales de 2013 tienen una potencia de 100 vatios, emiten luz amarilla y presentan la peculiaridad de que focalizan toda la luminosidad hacia abajo, a la acera y la calzada, sin pérdida de luminosidad hacia arriba; que se encuentran en perfecto estado tanto ahora como en la fecha del accidente; que existe una luminaria justo encima de donde se encuentra las tapas de registro y otra aproximadamente a 11 metros del citado lugar; que el alumbrado en la zona es a tresbolillo, por lo que la luminosidad de la calle queda totalmente cubierta.

6. A solicitud de la interesada se practicó prueba testifical en la que la propia interesada manifestó que «conocía la zona porque vive allí mismo»; «que anteriormente había visto el desperfecto pero no se acordaba, por eso no lo esquivó»; «que el desperfecto se veía con facilidad».

De las dos testigos propuestas por la reclamante y que la acompañaban el día del accidente, (...) declara que iba detrás de la reclamante y que «ella tropezó con una arqueta que estaba levantada y se cayó», mientras que (...) declara que iba delante, no vio la caída, que había transitado por encima de la arqueta en dos ocasiones y no tuvo ningún problema, y que el desperfecto de la arqueta se veía perfectamente.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la pretensión resarcitoria al entender no acreditada la existencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, considerando además el desperfecto «sin relevancia como para constituir un supuesto de riesgo para el viandante, estando el origen y la causa determinante del accidente en la falta de atención de la interesada al deambular por la vía (...)».

2. Este Consejo ha venido argumentando reiteradamente que no existe siempre nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de conservación de las vías y los daños por caídas de peatones que se imputan a desperfectos de la calzada, porque los peatones están obligados a transitar por ellas con la diligencia que les evite daños y por ende obligados a percatarse de los obstáculos visibles y a sortearlos, tal y como se ha indicado, entre otros muchos, en los Dictámenes 374/2014, de 15 de octubre; 441/2015, de 3 de diciembre; 95/2016, de 30 de marzo; 142/2016, de 29 de abril; y 297/2016, de 29 de septiembre.

Así, reiteramos que el art. 139.1 LRJAP-PAC exige que para que surja la obligación de indemnizar de la Administración el daño alegado debe ser causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No basta por tanto que el reclamante haya sufrido un daño al hacer uso de un servicio público, sino que es necesario que ese daño haya sido producido por su funcionamiento. Tampoco basta que éste haya sido defectuoso. Es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

También hemos razonado repetidamente que en el supuesto de que los desniveles, irregularidades y presencia de obstáculos en las vías públicas obedezcan a deficiencias en el funcionamiento del servicio de conservación de las vías públicas, si son visibles por los viandantes éstos pueden evitar tropezar con ellos y caer, ya sea sorteándolos, ya sea adaptando su marcha al estado de la vía. En caso de que tropiecen con ellos y caigan, atendiendo a las circunstancias, tampoco es el estado de la calzada la causa eficiente de su caída, sino la omisión, en ocasiones, de la precaución debida al deambular.

No obstante, también hemos afirmado que los ciudadanos tienen derecho, cuando transitan por los espacios públicos destinados a tal fin, a hacerlo con la convicción de una razonable seguridad y es obligación de la Administración mantener las vías públicas en adecuadas condiciones de conservación, velando por la seguridad

de los usuarios de las mismas, adoptando las medidas que fueren necesarias con el fin de evitar la existencia de riesgos que culminen con un accidente como el aquí producido (Dictámenes 468/2014, de 30 de diciembre; 441/2015, de 3 de diciembre; 4/2016, de 12 de enero; 115/2016, de 12 de abril; y 274/2016, de 19 de septiembre, entre otros).

3. Pues bien, en el presente asunto procede considerar que, aunque la Propuesta de Resolución considere no probado el lugar ni la causa del accidente, efectivamente, se encuentra acreditado que la interesada sufrió una caída en el lugar y día indicados, tal como resulta de la declaración testifical obrante en el expediente, así como de las diligencias de la Policía Local, con fotografías e inspección ocular efectuada pocos días después y remitidas al Juzgado de Guardia de Santa María de Guía.

Por otra parte, pese a los esfuerzos de la Administración en restar entidad al desperfecto de la tapa como para causar la caída, tal y como consta en la Propuesta de Resolución y en el informe de la Oficina Técnica Municipal de 2 de julio de 2016 - casi un año y medio después de la caída-, lo cierto es que de las fotografías tomadas por la Policía Local, tanto pocos días después de sucedido el hecho lesivo, como varios meses después (18 de agosto de 2015) con una denuncia de la propia Policía advirtiendo del peligro que supone la tapa de Telefónica citada, se puede observar que el citado desperfecto no es claramente visible en el sentido de la marcha porque no es transversal a la misma, y que la elevación de las tapas produce una elevación de nivel respecto a la acera de 3,50 cm., lo cual, si se pisa justo el borde de la tapa, puede desestabilizar y hacer perder el equilibrio y caer a cualquier peatón que transite sobre la misma. La visibilidad de la elevación de las tapas solo se aprecia -y es claramente visible- cuando se observa el lateral de las mismas paralelo al bordillo de la acera, desde el bordillo mismo. Desde esa perspectiva sí es visible, pero no desde la perspectiva del sentido de la marcha.

Esa diferencia de nivel, no apreciable en el sentido de la marcha, es la causa de la caída (que la reclamante y los testigos atribuyen a un tropiezo con la tapa de Telefónica), lo que implica una deficiencia en el funcionamiento del servicio de conservación de las vías públicas que origina responsabilidad de la Administración, de modo similar a cuando cede sorpresivamente una loseta del pavimento de la acera, tal y como hemos manifestado en nuestros Dictámenes 489/2010, de 13 de julio;

540/2011, de 7 de octubre; 303/2014, de 3 de septiembre; y 297/2014, de 29 de septiembre, entre otros.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, se considera que existe relación de causalidad entre la caída de la afectada y el desperfecto de la tapa de la arqueta que provocó su caída. No obstante, el deficiente funcionamiento del servicio no ha sido la única causa que produjera la caída de la afectada, por lo que la responsabilidad de la Administración debe atemperarse en este caso por la falta de diligencia en su deambular por parte de la reclamante, ya que ella misma ha reconocido en su declaración que es vecina de la zona y que conocía la existencia del desperfecto, pero que se olvidó del mismo al pasar sobre la susodicha tapa. Por este motivo, la reclamante debe asumir el 50 por ciento de la responsabilidad, correspondiendo a la Administración el restante 50 por ciento de responsabilidad.

En consecuencia, la reclamación de la interesada debe ser estimada parcialmente en los términos indicados.

4. Para la determinación del *quantum* indemnizatorio sobre el que se ha de calcular el 50 por ciento a indemnizar, resulta correcta la cantidad que consta en el expediente en la que se han valorado los daños personales por la aseguradora municipal, debiendo añadirse a esta valoración el importe de los daños materiales (gafas graduadas) acreditados en el expediente y ocasionados a la afectada.

A ello debe aplicarse, en todo caso, la actualización prevista en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) no resulta conforme a Derecho, ya que procede estimar parcialmente la misma, de acuerdo con lo indicado en el Fundamento III.3 y 4.