



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 311/2018

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de julio de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Turismo, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la sociedad mercantil (...), adscrita a la citada Consejería (EXP. 286/2018 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen viene dado por el escrito de fecha 5 de junio de 2018, con registro de entrada del día 7 de junio de 2018 en el Consejo Consultivo de Canarias, en el que se solicita por el Excmo. Sr. Consejero de Turismo, Cultura y Deportes dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados, presuntamente, como consecuencia del funcionamiento de la sociedad mercantil (...), que realiza la gestión, promoción y explotación del Palacio de Exposiciones y Congresos de Tenerife Sur, adscrita a la citada Consejería.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Turismo, Cultura y Deportes para solicitar el dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

3. La preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de lo previsto en el art. 11.1.D.e) LCCC, precepto que ha sido modificado por Ley 5/2011, de 17 de marzo, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Administraciones Públicas de Canarias siendo la reclamación formulada de cuantía que asciende a 21.115,75 euros.

4. Concurren los requisitos para el ejercicio del derecho indemnizatorio reconocido en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado por los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La reclamante ostenta legitimación activa en el procedimiento incoado pues ha sufrido daños personales derivados, presuntamente, del funcionamiento del citado Servicio, teniendo por tanto la condición de interesada en el procedimiento.

La competencia para tramitar y resolver el procedimiento incoado corresponde a la persona titular del Departamento, con base en lo previsto en el art. 4.2. e) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes, aprobado por Decreto 24/2016, de 4 de abril, y art. 29.1.m) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, en relación con el art. 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), como Administración responsable de la gestión del servicio público a cuyo funcionamiento se atribuye la causación del daño.

El procedimiento se inició dentro del plazo de un año desde que se produjo el hecho lesivo y se determinaron sus secuelas, tal y como exige el art. 67 LPACAP.

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona de la interesada.

5. En el análisis a efectuar es de aplicación tanto la citada LPACAP, como la LRJSP.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación el 6 de julio de 2017, en la Oficina de Correos, si bien consta Reclamación Previa presentada ante el Ayuntamiento de Adeje en fecha 12 de enero de 2017, en relación a un daño sufrido el día 19 de enero de 2016.

2. La afectada alega en su escrito que el día 19 de enero de 2016, estando acompañada de una amiga en la pista de patinaje sobre hielo ubicada en el interior del Palacio de Exposiciones y Congresos de Tenerife Sur, estuvo patinando con un

carrito de apoyo, indicando que la pista de hielo estaba llena de charcos, montículos de hielo y que caían goterones de agua del techo, por lo que, al abandonar la pista de hielo, impactó con un trozo de hielo, el carrito se desprendió y, en consecuencia, se cayó de manera estrepitosa. La citada caída le ocasionó una lesión corporal consistente en fractura oblicua diafisaria de tibia y peroné izquierdos que requirió de intervención quirúrgica, rehabilitación, y consecuente baja laboral.

3. La reclamante, a efectos probatorios, presenta junto al escrito de reclamación reportaje fotográfico, reclamación presentada ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC), e informe médico pericial de valoración del daño así como la documental médica del Servicio Canario de la Salud (SCS).

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan los siguientes trámites:

1. El día 4 de octubre de 2017 se dicta Orden Departamental, por la que se declara la admisión a trámite de la reclamación presentada.

2. Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes con fecha 21 de julio de 2017 se solicita la emisión del preceptivo informe a la entidad (...), ya que según el art. 2 de sus estatutos sociales, constituye el objeto social de la empresa pública la gestión, promoción y explotación del Palacio de Exposiciones y Congresos de Tenerife Sur (Magma Arte & Congresos), así como a la entidad mercantil (...).

3. Por Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes de fecha 12 de diciembre de 2017 se acuerda admitir a trámite la prueba propuesta por la interesada relacionada con la documental que se encuentra en poder de la Administración, rechazándose justificadamente la práctica de las restantes pruebas propuestas por la reclamante sobre el recibimiento a prueba consistentes en testifical e informes relativos al evento a remitir por la entidad mercantil (...). Por lo demás, al no haberse podido practicar la notificación personal a la reclamante se procedió a la publicación mediante anuncio, respectivamente, en el BOC n° 14, de 19 de enero de 2018, y en el BOE n° 21, de 24 de enero de 2018.

4. Por la instructora del procedimiento se concede el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, presentando la reclamante escrito de alegaciones en virtud del cual expone la falta de eficacia de la notificación de la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turismo, Cultura y Deportes de 12 de diciembre de 2017, por lo que solicita que se retrotraigan las actuaciones al

momento de la notificación de la misma y que se practique de nuevo conforme a derecho.

En cuanto a la notificación carente de eficacia que manifiesta la interesada en su escrito de alegaciones referido al periodo probatorio, en defensa de su derecho fundamenta "la irregularidad en la notificación de la misma al incumplir lo establecido en el artículo 42.2 LPACAP, toda vez que no se respetó el tiempo entre notificaciones de los tres días siguientes ya que la primera tuvo lugar el 14 de diciembre de 2.017 y la segunda el 20 de diciembre de 2.017, generando a la parte interesada una indefensión proscrita por el art. 24.1 de la Constitución".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo, del art. 42 LPACAP: "(...) Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44".

De la documental obrante en el expediente administrativo se acredita que la Administración actuó conforme a la citada Ley pues practicó la notificación personal relativa al trámite probatorio en el domicilio señalado por la interesada en su escrito de reclamación inicial con fecha 14 de diciembre de 2017, por medio de correo certificado con acuse de recibo a las 12:50 horas, sin haberse podido practicar la referida notificación, figurando como causa de la no entrega que la persona destinataria es "Desconocido/a", por lo que fue devuelto por el Servicio de Correos el intento infructuoso de notificación. Consta asimismo en el expediente que se vuelve a realizar por la Administración actuante nuevo intento de notificación por correo certificado, mediante el que se determina por anotación de la persona empleada del Servicio de Correos que realiza y da fe del resultado del intento de entrega, que se practica, respectivamente, un primer intento de notificación el día 20 de diciembre de 2017, a las 12:21 horas, y un segundo intento de notificación el 21 de diciembre de 2017, a las 16:10 horas, ambos intentos resultan infructuosos por "Ausente Reparto" y, conforme consta, expresamente, "Se dejó aviso llegada en buzón".

En consecuencia, acreditada la imposibilidad de notificación en los términos previstos en el art. 42.2 LPACAP, en horas y días distintos dentro de los tres días siguientes habiendo dejando un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación -fechas 20 y 21 de diciembre de 2017, a las 12:21 y a las 16:10 horas respectivamente-, y procediendo a la práctica de la notificación de conformidad con lo estipulado en el art. 44 LPACAP, se considera que la notificación de la Resolución de la Secretaría General Técnica, dictada con fecha 12 de diciembre de 2017, cumplió con las formalidades exigibles legalmente para evitar la indefensión y garantizar el derecho que asiste a la interesada.

Carece por tanto de fundamento lo aducido por la reclamante en las alegaciones formuladas, en fase de audiencia, debiendo desestimarse con base en los razonamientos anteriormente esgrimidos, resultando, por tanto, conforme a derecho el actuar de la Administración que ha tramitado el procedimiento de conformidad con la normativa vigente de aplicación citada.

5. El día 5 de junio de 2018, se emite informe Propuesta de Resolución.

6. En relación a la tramitación del procedimiento, no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un dictamen de fondo. Sin embargo, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso económicos, que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (arts. 21.1 y 88.5 LPACAP).

III

1. En relación con el fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, pues el órgano instructor considera que el resultado es atribuible a la reclamante, por lo que no concurre el nexo causal con el funcionamiento de la Administración implicada para que exista responsabilidad patrimonial de la misma.

Así, desestima la Propuesta de Resolución porque la reclamante estaba realizando una actividad deportiva que comporta un cierto riesgo, en una instalación habilitada al efecto ubicada en el Palacio de Exposiciones y Congresos de Tenerife Sur, y el estado de la pista de hielo se ajustaba a los estándares exigibles de conservación y mantenimiento de la instalación deportiva.

2. En cuanto a los informes obrantes en el expediente, el Servicio presuntamente causante del daño con fecha 18 de noviembre de 2017 emite escrito en relación con el accidente alegado ocurrido en el evento organizado por (...), empresa adjudicataria del contrato de cesión de uso y explotación del Palacio de Exposiciones y Congresos de Tenerife Sur, y da traslado junto con la correspondiente documentación anexa a la empresa pública (...). En este informe se hace constar expresamente, respecto al mantenimiento en general de la pista de hielo, que se realiza diariamente consistiendo en: "pasar la pala quita nieve (escarcha) por la superficie y aplicar una fina capa de agua después del uso diario de la pista para conseguir una superficie perfecta para el día siguiente". Asimismo, se señala en el informe que: "El Magma Arte & Congresos realiza un Plan de Autoprotección para cada uno de los eventos a celebrar en nuestras instalaciones, tal y como obliga la normativa actual, se comunica al Ayuntamiento de Adeje (Licencia Municipal), Sub-Delegación del Gobierno (Seguridad Ciudadana), así como a la Comisaría Nacional de Policía de Playa de las Américas". El citado Plan de Autoprotección está redactado por la Ingeniera Técnica Industrial, aprobado por el Ayuntamiento de Adeje y en él se recogen las normas de uso de la citada actividad. Asimismo, se acompaña al informe el correspondiente Plan de Seguridad, redactado con fecha 16 de diciembre de 2015 por la Ingeniera Técnica Industrial.

El Plan de Seguridad, es de obligado cumplimiento para todas las personas trabajadoras y usuarias del evento. Dentro de su objeto, entre otros está el asegurar y garantizar la seguridad y protección del público, así como prevenir cualquier tipo de situación de inseguridad o emergencia que se pueda ocasionar durante la celebración de la actividad. En la memoria descriptiva del Plan de Seguridad se especifica la necesidad de poner cartelería en la entrada de la instalación donde conste información sobre las normas de uso, entre ellas, las advertencias relativas a que: "El acceso a las instalaciones implica la aceptación de las normas" y que: "los daños/lesiones provocadas por el riesgo que implica la práctica de dicha actividad deportiva son asumidos por el cliente".

En el mismo sentido, en el informe emitido por Magma Arte & Congresos, sobre la actividad de patinaje en pista de hielo, se indica que el cliente es responsable de cualquier accidente dentro de la pista, señalando igualmente que existía advertencia de ello tanto en el Plan antes referido como en la cartelería expuesta en toda la instalación de la pista de hielo, taquilla, puertas de entrada, entrada a la pista y aceptación de las normas al comprar el ticket correspondiente. Así concretamente señala que: "Toda persona, niños y adultos que utilizan la pista de patinaje lo hacen

bajo su propia responsabilidad (sepan o no patinar), la empresa no se hace responsable en caso de accidente, daño sobre la pista dentro de las instalaciones”, constando en el expediente copia de la cartelera expuesta en la instalación.

El Plan de Seguridad contiene determinaciones expresas relativas a la identificación, análisis y evaluación de riesgos propios de la actividad y riesgos externos que pudieran afectar, específicamente, en relación a las “caídas de personas al mismo nivel, resbalón o tropezón” e indica en todo caso que las estructuras desmontables deben instalarse en condiciones óptimas.

3. No podemos ignorar que corresponde a la parte que reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración implicada acreditar la realidad de los hechos en que se fundamenta dicha pretensión y, en particular, que las consecuencias dañosas derivan del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, le corresponde probar el nexo causal o relación causa-efecto entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público por el que reclama.

En este sentido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo afirma reiteradamente que si la caída se produjo a causa de que el demandante tropezó, pisó o no advirtió un obstáculo visible, el propietario o explotador del inmueble no responde por los daños que haya sufrido el perjudicado porque no hay nexo causal entre estos y el obstáculo, puesto que la causa determinante de la caída es la distracción del reclamante. Así, en la STS nº 385/2011, de 31 de mayo (RJ 2011\4005), se dice que:

“(…) no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima. Así, SSTS 28 de abril de 1997, 14 de noviembre de 1997, 30 de marzo de 2006 (caída en restaurante de un cliente que cayó al suelo cuando se dirigía a los aseos por escalón que debía ser conocido por la víctima); 6 de junio de 2002, 13 de marzo de 2002, 26 de julio de 2001, 17 de mayo de 2001, 7 de mayo de 2001 (caídas sin prueba de la culpa o negligencia de los respectivos demandados); 6 de febrero de 2003, 16 de febrero de 2003, 12 de febrero de 2003, 10 de diciembre de 2002 (caídas en la escalera de un centro comercial, en las escaleras de un hotel, en el terreno anejo a una obra y en una discoteca, respectivamente); 17 de junio de 2003 (daño en la mano por la puerta giratoria de un hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio del riesgo); 2 de marzo de 2006 (caída de una persona que tropezó con una manguera de los servicios

municipales de limpieza que no suponía un riesgo extraordinario y era manejada por operarios con prendas identificables), 31 de octubre de 2006 (caída en exposición de muebles por tropiezo con escalón de separación de nivel perfectamente visible) y 29 de noviembre de 2006 (caída en un bar); 22 de febrero de 2007 (caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia) y de 30 de mayo de 2007 (caída a la salida de un supermercado); 11 de diciembre de 2009 (caída de un ciclista en el desarrollo de una carrera por causa de la gravilla existente en la bajada de un puerto)".

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 378/1997, de 28 de abril (RJ 1997\3408), 587/2002, de 6 de junio (RJ 2002\4979), 194/2006, de 2 de marzo (RJ 2006\5508) y 1100/2006, de 31 de octubre (RJ 2006\8882).

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sigue el mismo criterio, así en su Sentencia de 5 de junio de 1.998 que se pronunciaba sobre la desestimación por el Tribunal *a quo* de una reclamación de indemnización de daños personales a consecuencia de una caída en una infraestructura pública, se señaló que "la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradores universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento jurídico". Y ello porque, como se había considerado anteriormente "aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla" (STS de 13 de noviembre de 1997). Este criterio se reitera entre otras muchas Sentencias en las SSTS de 13 de septiembre de 2002 y de 30 de septiembre de 2003, mereciendo ser destacada la Sentencia, de 13 de abril de 1999 que confirma la Sentencia del Tribunal *a quo* desestimatoria de una reclamación por lesiones personales "como consecuencia de haber caído al tropezar con un escalón existente en el centro de la calle".

4. El art. 32.1 LRJSP exige que para que surja la obligación de indemnizar de la Administración el daño alegado debe ser causado por el 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 este haya sido defectuoso, sino que es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad. Para ello, es necesario que el hecho o conducta que se alega como causa del daño pertenezca al ámbito de actividad o funcionamiento del servicio, de tal modo que si ese hecho o conducta lesiva no es reconducible a él, porque, por ejemplo, pudiera formar parte de los riesgos generales de la vida o se debe a un tercero; entonces, lógicamente, no ha sido causado por el funcionamiento del servicio.

5. Del informe emitido por la entidad responsable del mantenimiento de la instalación deportiva se desprende la inexistencia de deficiencias en la pista de hielo determinantes para la causación de la caída alegada al darse cumplimiento al Plan de Mantenimiento y de Seguridad de la instalación en los términos anteriormente expuestos. Consecuentemente, el funcionamiento del servicio público no puede ser calificado de inadecuado, por el contrario debe afirmarse, según se ha acreditado, que el estado de la pista de hielo se ajustaba a los estándares exigibles de conservación y mantenimiento. La Administración ha probado que la pista de hielo estaba en debido estado de mantenimiento, cumplía el estándar de seguridad exigible con adopción de todas las medidas de seguridad control y prevención para el desarrollo de la actividad.

6. Debemos ser conscientes de que el patinaje sobre hielo es un deporte en el que las caídas constituyen un riesgo inherente a la actividad, de manera que la práctica del patinaje conlleva la asunción del riesgo de posibles accidentes fortuitos porque el hielo resbala o, a consecuencia, de la propia imprudencia, inexperiencia o despiste de la persona que patina.

De acuerdo con la Propuesta de Resolución, en el caso que nos ocupa hay que poner de manifiesto el particular riesgo potencial que la realización de esta actividad deportiva conlleva para la persona que lo practica y que por lo tanto decide asumir ese riesgo desde un inicio voluntariamente. La actividad deportiva que tratamos, dadas sus características, exige por parte de la persona usuaria de una pista de patinaje sobre hielo tener destreza y adoptar la debida precaución para minimizar la

posibilidad de que se produzca cualquier incidencia negativa en el desarrollo de la actividad que realiza. La persona patinadora debe desplegar la prudencia, atención, cuidado y diligencia necesaria que evite accidentes, todo ello sin perjuicio de las propias características del hielo. Es evidente que el hielo resbala y ello constituye un riesgo consustancial de la actividad que es asumido voluntariamente por la persona que utiliza la pista para patinar y que sabe que se puede caer, por lo que las consecuencias dañosas de su actuación las debe soportar íntegramente ella misma, y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que además existen indicios de que la reclamante no domina el ejercicio del patinaje, prueba de ello son además de sus alegaciones que ese día no se sentía insegura, el hecho de utilizar para practicar ese deporte un carrito en la pista de patinaje en el que apoyarse, por lo que debió extremar aún más las precauciones a la hora de llevar a cabo esta actividad.

7. En definitiva, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente no se ha llegado a acreditar fehacientemente la relación de causalidad que la normativa exige para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial que se alega por la interesada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, se considera conforme a Derecho.