



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de enero de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de (...), por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de parques y jardines (EXP. 571/2018 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración instado el 31 de agosto de 2016 por (...) por los daños sufridos como consecuencia de la caída de una hoja de palmera en la vía pública.

2. La reclamante solicita, en el trámite de alegaciones, una indemnización de 10.334,26 euros, cuantía que 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).

Esta última Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

Resulta igualmente aplicable 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y no extemporaneidad de la reclamación.

4. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por lo que la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde a la persona titular de la Alcaldía, según el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias.

5. Este Consejo ya tuvo la oportunidad de dictaminar el presente caso (DCCC 87/2018, de 1 de marzo), en el que concluíamos que procedía la retroacción del procedimiento a los efectos de otorgar trámite de prueba y audiencia a la entidad contratista y al objeto de que se fundamente debidamente la indemnización que se propone, con audiencia también, en su caso, a la reclamante.

Una vez realizados los trámites anteriores (en los términos que a continuación veremos) y vista la existencia de una nueva Propuesta de Resolución sometida a dictamen de este Organismo, nada obsta a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. Los hechos por los que se reclaman son los siguientes:

La interesada, de 87 años de edad, se encontraba sentada en un banco en (...), al lado de su domicilio, cuando le cayó una hoja de palmera desde más de 10 metros de altura, quedando inconsciente. Refiere que por este accidente se personaron agentes de la Policía Local y acudió una ambulancia.

Los hechos sucedieron, según parte de servicio de la Policía Local incorporado al expediente, sobre las 13:30 horas del día 7 de agosto de 2016.

Adjunta a su reclamación informes clínicos y fotografías de las lesiones sufridas, así como reportaje fotográfico del lugar de los hechos.

2. La UTE que tiene atribuido el mantenimiento de los jardines municipales (...) informa que: «La zona a la que se refiere contiene una alineación de ejemplares de *Roystonea regia*, distribuidas por pares en parterres rectangulares, entre los cuales hay asientos públicos.

Los ejemplares citados gozan de buen estado general.

Se realizan de forma rigurosa labores de mantenimiento y poda periódicas (se realizaron trabajos de poda los días 15 de julio, 27 de julio y 8 de agosto).

A partir del citado accidente, se tomó la medida de asegurar las hojas al estípite con bridas para evitar daños a transeúntes y vehículos.

Se han llevado a cabo las labores de mantenimiento pertinentes, pero aun así es imposible garantizar la total ausencia de accidentes, ya que las palmeras y el arbolado en general son seres vivos y por lo tanto heterogéneos e impredecibles.

El deber de vigilancia no puede exceder lo razonablemente exigible, de modo que no se puede exigir una vigilancia tan intensa y puntual que garantice de modo instantáneo e inmediato la ausencia de accidentes en todo momento.

Por lo antes expuesto, la empresa UTE (...) declina toda responsabilidad en la reclamación que nos ocupa».

3. En el informe del negociado de parques y jardines de la Corporación se reproduce lo manifestado por (...), añadiendo que: «Por parte de este Negociado, se hace constar que dicha empresa, al ser la responsable del mantenimiento de las zonas verdes y arbolado de conservación municipal, debe garantizar las circunstancias de seguridad urbana en todo momento en lo que respecta a dicho mantenimiento».

4. En el parte de servicio efectuada por la policía local de la Corporación se informa que los agentes personados en el lugar de los hechos observan a la interesada con traumatismo craneal y fuerte hemorragia, por lo que se solicita ambulancia para su traslado a un centro sanitario.

5. La compañía de seguros de la Corporación presenta informe médico pericial en el que se valoran los daños por los que se reclama en 2.971,15 euros. Teniendo en cuenta en la valoración de daños los siguientes conceptos:

Incapacidad Temporal: 45 días totales. Días hospitalización: 1 día, 71,84 euros. Días improductivos: 10 días, 584,10 euros. Días no improductivos: 35 días = 1.100,05 euros.

Concepto secuelas tabla VI Ley 34/2003: Perjuicio estético ligero = 2 puntos = 1.215,16 euros.

6. Por último, la propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial, formulada por interesado al entender que existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de vigilancia y conservación de los árboles ubicados en las vías urbanas dispensados por el Ayuntamiento de Santa Cruz y los daños «sufridos por el vehículo de su propiedad» (*sic*, expresión errónea, que deberá sustituirse por la referencia a los daños personales sufridos por la afectada), declarando el derecho a percibir una indemnización por el importe de 2.971.17 euros, por los daños padecidos, así como acuerda dar cuenta a la entidad (...), a efectos de incoar expediente de repetición del quantum de la indemnización a la citada empresa.

III

1. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante acerca de la distribución de la carga de la prueba, que es al interesado a quien le corresponde demostrar la veracidad de sus alegaciones en virtud de la normativa general sobre la carga de la prueba (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), señalándose al respecto por este Consejo que quien afirma la existencia de unos hechos en los que se basa su posición jurídica en un asunto controvertido debe probar fehacientemente su existencia. No basta, por tanto, con alegar la existencia y características de un hecho; es necesario acreditarlo, es decir, que corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica pretendida por el demandante (Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero, 80/2017, de 15 de marzo, 210/2017, de 4 de julio, 11/2018, de 11 de enero, 100/2018, de 15 de marzo, 180/2018, de 26 de abril, entre otros muchos).

Esta doctrina reiterada resulta ser plenamente aplicable en este caso, ya que está acreditada tanto la realidad de la caída y las lesiones producidas por ella, como la relación de causalidad entre tales hechos y el funcionamiento de servicio público de mantenimiento de jardines.

En efecto, aunque el informe de la empresa contratista alude a una correcta realización de las labores de mantenimiento y poda periódica, el servicio citado no ha funcionado correctamente, pues la función de poda y mantenimiento en el arbolado de las vías públicas tiene como objetivo, precisamente, evitar la caída de ramas que puedan producir daños a vehículos y transeúntes. Habiendo caído una hoja de palmera sobre un peatón sentado en un banco de la acera, sin que se haya acreditado la concurrencia de circunstancias extraordinarias de fuerza mayor derivadas de inclemencias meteorológicas que pudieran producir la ruptura del nexo causal, el servicio ha funcionado defectuosamente pues el mantenimiento y poda realizados no ha servido para dar cumplimiento a su finalidad principal. Además, la propia empresa reconoce que «a partir del citado accidente, se tomó la medida de asegurar las hojas al estípite con bridas para evitar daños a transeúntes y vehículos», lo que implica que antes del accidente no se adoptaron todas las medidas preventivas para evitar un daño como el aquí producido.

2. Sobre la cuestión de la existencia de una empresa contratada para tal mantenimiento de jardines, este Consejo Consultivo, entre otros, en su Dictamen 337/2014, de 29 de septiembre, se ha manifestado como sigue:

«La responsabilidad por daños a terceros causados en ejecución de un contrato administrativo estaba regulada con carácter general en el art. 198 LCSP y actualmente en los mismos términos en el art. 214 TRLCSP. Ambos preceptos prescriben:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, 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. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Según el art. 198 LCSP (art. 214 TRLCSP), la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración sólo responde en dos supuestos

excepcionales: Cuando se demuestre que el daño procede de manera inmediata y directa de una orden de la propia Administración, o cuando deriva de los vicios del proyecto por ella elaborado. En cualquier otro caso, el contratista responde por todos los daños que cause a los particulares en la ejecución del contrato.

En definitiva, si el contratista en la ejecución del contrato causa daños a terceros estará obligado a resarcirlos, salvo que se demuestre que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración o en un vicio del proyecto de ésta. Esta responsabilidad es exclusiva y directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista. Sólo respondería cuando no atienda al requerimiento del particular contemplado en el art. 198.3 LCSP (art. 214.3 TRLCSP). (...)

3. Esta conclusión lleva necesariamente a esta otra: En los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista como las aseguradoras de una y otro, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP.

4. Lo expuesto hasta aquí no es desvirtuado por el hecho de que el art. 198.3 LCSP (art. 214.3 TRLCSP) contemple que los terceros perjudicados "(...) podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho 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. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción". Ello por las siguientes razones:

Lo que el art. 198.3 LCSP (214.3 TRLCSP) 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 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 el siguiente apartado del art. 214.4 TRLCSP: "La reclamación de aquéllos se formulará 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, lo cual dependerá de la actitud que adopte el perjudicado, una vez contestado ese requerimiento: Puede reclamar la indemnización exclusivamente al contratista, en cuyo caso el procedimiento será el regulado por la legislación procesal civil y, por ende, la jurisdicción de este carácter será la competente, sin que pueda demandar ante ella a la Administración. Pero si decide reclamar sólo contra ésta o contra ella y su contratista, entonces el procedimiento que se ha de seguir es el regulado por el RPAPRP y la única jurisdicción competente será la contencioso-administrativa. Así lo ha

razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011».

En resumen y aplicando esta doctrina a este caso concreto, cabe, como así efectúa la Propuesta de Resolución, que presentada la reclamación por el particular contra la Administración responsable del servicio público afectado, esta lo estime y repita contra el contratista responsable de la ejecución del servicio.

En definitiva, acreditada la existencia de daños causados por el funcionamiento de un servicio público y que este se ha prestado por una empresa concesionaria, esta está obligada a indemnizar por aquellos daños, de lo que sigue que la Propuesta de Resolución, en cuanto estimatoria de la pretensión de la interesada y que considera acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del Servicio y el hecho lesivo ocasionado, reconociendo a la interesada su derecho a una indemnización, ordenando el pago, así como incoando expediente de repetición del quantum de la indemnización a la citada empresa, es conforme a Derecho, sin perjuicio de lo que seguidamente se señalará sobre la cuantía de la indemnización.

3. No obstante, en cuanto a la valoración de los daños, existe una discrepancia entre la reclamación y la valoración realizada por la compañía aseguradora de la Corporación municipal, pues la interesada en el informe pericial médico aportado utiliza las tablas y criterios actuales, mientras que el informe pericial médico de la aseguradora no utiliza los criterios vigentes, ya que en la actualidad se han de calcular las lesiones de acuerdo con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Además, el informe médico pericial aportado por la interesada se ha realizado teniendo en cuenta todo el historial médico y un reconocimiento médico personal de la afectada en consulta, mientras que el aportado por la aseguradora municipal sólo se basa en la documentación aportada, considerándose de carácter interno y provisional y no válido para presentar en Administraciones Públicas o Juzgado, como expresamente se señala en el mismo.

De conformidad con la interpretación unánime de la jurisprudencia y de la doctrina de este Consejo, la indemnización habrá de calcularse de acuerdo con el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, vigente en el momento de producirse los daños (que, según su disposición final quinta, entró en vigor el 1 de enero de 2016).

De lo anterior resulta que la valoración contenida en la Propuesta de Resolución, no es conforme a Derecho, por lo que se debe acoger la contenida en la reclamación de la interesada, verificando que la misma se ajusta a las nuevas tablas de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

En consecuencia, para la valoración de la indemnización habrá de tenerse en cuenta el dictamen médico pericial aportado por la interesada, por resultar el mismo debidamente fundamentado y aplicar los criterios y tablas vigentes en el momento de producirse el accidente -art. 34 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre- (Perjuicio personal básico: 88 días; Perjuicio personal particular moderado: 45 días; Perjuicio personal particular grave: 1 día; Secuelas: Perjuicio personal básico: 2 puntos, código secuela 03005; 2 puntos, código secuela 11001), más el lucro cesante por dedicación a las tareas del hogar (art. 143.4 RDL 8/2004, introducido por Ley 35/2015) y por pérdida de calidad de vida (art. 137 RDL 8/2004, introducido por Ley 35/2015).

En todo caso, la cuantía resultante, calculada con referencia al día que efectivamente se produjo, habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, en los términos previstos en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, no se ajusta a Derecho en cuanto al importe de la indemnización que le corresponde a la interesada de acuerdo con lo razonado en el Fundamento III.