



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de febrero de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por reclamación de indemnización formulada por (...), por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 17/2019 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Los Realejos, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado el 28 de noviembre de 2017 a instancias de (...) por los daños personales sufridos como consecuencia de una caída en una acera de competencia local.

2. La interesada reclama una indemnización que supera los 6.000 euros, cantidad de la que deriva la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. 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 con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Además, también es de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

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

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

6. Concurren los requisitos para el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 CE y desarrollado en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, así como en los artículos concordantes sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial previstos en la LPACAP.

7. No obstante, como veremos más adelante, se han producido determinadas irregularidades en la tramitación del procedimiento, particularmente en cuanto a la prueba, que nos impiden un pronunciamiento sobre el fondo de este asunto.

II

1. Los hechos por los que se reclama y los antecedentes que constan en el expediente son los siguientes:

Según la reclamación presentada por la interesada el 28 de noviembre de 2017, el día 21 de noviembre de 2017, cuando iba de camino a su trabajo, se lesionó como consecuencia de una caída sufrida en la acera de la Carretera General de Los Realejos a la Cruz Santa (TF 324) de esta localidad, debido al mal estado en que se encontraban las losetas, razón por la cual la reclamante pierde el equilibrio y cae.

Aporta informe con distintos partes médicos que acreditan que el 21 de noviembre de 2017 sufrió una fractura distal de radio con afectación radial y volar de la muñeca izquierda, con ligera apertura del espacio escafo-lunar por la que fue intervenida. Causa alta laboral el 20 de marzo de 2018.

Propone la práctica de prueba testifical en la persona del taxista que la asistió en el lugar de los hechos.

La propuesta de Resolución afirma que la reclamante aporta fotografías de las losetas en mal estado causantes de la caída, pero no constan en el expediente remitido a este Consejo.

2. El Informe de la Empresa Municipal de Servicios (...) de 1 de marzo de 2018 expone que teniendo conocimiento de losetas en mal estado en la carretera TF-324, se procede a su reparación por personal de la empresa pública, trabajos que fueron realizados del 8 al 12 de enero de 2018. Sin embargo, no se expresa el lugar exacto ni en qué consistía ese mal Estado.

3. Practicada prueba testifical en la persona propuesta por la reclamante, quien comparece el 13 de noviembre de 2018 y pone de manifiesto que es taxista y que el día 21 de noviembre de 2017 a las 8 de la mañana se encontraba de servicio cuando se percató de que una señora se caía en la acera de la Carretera Nueva de la Cruz Santa, momento en el que detuvo el taxi para prestar ayuda a la reclamante, quien se encontraba tendida en la acera y con dolor en el brazo, razón por la cual la trasladó al Centro Médico. Refiere que la causa de la caída fue la falta de losetas en la acera.

4. La Propuesta de Resolución estima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada al entender probado su caída como consecuencia del mal estado de la acera, como queda acreditado con declaración testifical obrante en expediente y con informe de 1 de marzo de 2018 emitido por la empresa pública municipal, sin que aprecie acreditado que la caída de la reclamante se debiera a su propia negligencia.

III

1. Como hemos razonado en distintos Dictámenes (ver entre otros muchos, DCC 178/2017, de 2 de junio; 163/2017, de 18 de mayo; 97/2017, de 23 de marzo y 20/2017, de 24 de enero), según el art. 139.1 LRJAP-PAC (hoy ya art. 32 LRJSP), el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. Como en cualquier otro procedimiento administrativo (art. 77 LPACAP), la carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, reiterando la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el art. 67.2 LPACAP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la

producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración (arts. 77 y 78 LPACAP) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo.

A lo que hay que añadir que toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, y concordantes de la LPACAP), incluida la probatoria (art. 77 LPACAP). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 32 LRJSP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (67 LPACAP).

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art. 386 LEC en relación con el art. 77 LPACAP).

Pero sin prueba del acaecimiento del hecho lesivo, la Administración no lo puede considerar probado con base en la mera afirmación de la reclamante porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 77 LPACAP).

La Administración, cuya actividad está siempre dirigida a la consecución del interés público y por ello regida por el principio de legalidad, no puede disponer el objeto de un procedimiento de reclamación de su responsabilidad patrimonial (art. 281.3 LEC en relación con el art. 77 LPACAP) y admitir sin prueba la existencia del hecho lesivo; puesto que la indemnización sólo procede en caso de que la lesión haya sido producida por el funcionamiento del servicio público (art. 32 LRJSP), por cuyo motivo la resolución (y por ende su propuesta y el Dictamen sobre ella) debe pronunciarse necesariamente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida (arts. 81.2 y 91.2 LPACAP). Como no existe relación de causalidad sin que exista la causa que es el hecho lesivo, la Propuesta de Resolución debe pronunciarse sobre la existencia de éste, fundamentándola en las pruebas aportadas; y si éstas no son directas, razonando por qué a partir de las indirectas debe presumirse su realidad. Esta

motivación sobre la prueba del acaecimiento del hecho lesivo es ineludible en virtud de la remisión del art. 77 LPACAP al art. 386 LEC.

Se ha de recordar que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, como resulta de que el art. 67 LPACAP obligue a que el escrito de reclamación debe proponer los medios de prueba y aportar los documentos e informes oportunos; del art. 75 LPACAP que prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución.

Por último, si se admitiera que la Administración puede admitir sin prueba la realidad de la causa de la lesión o, lo que es lo mismo, sin razonar por qué establece la presunción de su certeza, entonces se lesionaría la prohibición de interdicción de la arbitrariedad, porque sus agentes, según su libre albedrío y sin parámetro legal alguno, en unos casos admitirían su existencia y en otros la negarían; y, además, todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, basado en el requisito de que la lesión sea causada por el funcionamiento de un servicio público, se derrumbaría, porque bastaría que cualquiera alegara sin más que la actividad de la Administración le ha causado un daño y probara su cuantía para que automáticamente obtuviera su reparación.

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución, para estimar la pretensión de la interesada, por un lado, da por ciertos determinados hechos que no están acreditados porque no se ha instruido correctamente el procedimiento y, por otro, no razona por qué establece la presunción de su certeza o su descarte.

En efecto, además de que no constan en el expediente las fotografías del lugar de los hechos que se dice aportadas por la reclamante, y aunque en la reclamación se hace referencia a la acera de la Carretera General de Los Realejos a la Cruz Santa (TF-324), justo al paso de la calle El Barrilero, tal lugar no ha sido confirmado por ninguna otra prueba, ni por la testifical, ni por el informe de la empresa pública que reparó las losetas en mal estado de la acera.

Por su parte, del análisis del expediente se puede apreciar determinadas imprecisiones o contradicciones como que la reclamante alega mal estado de esas losetas, mientras que el testigo se refiere a «la falta de losetas», sin que el informe de la empresa pública aclare la cuestión.

Por último, no se ha tenido en cuenta ni la hora en que se produjeron los hechos, 8 de la mañana, con luz suficiente, por tanto, ni la anchura de la acera, que se desconoce, pues nada consta en el expediente sobre tales circunstancias, que son de vital importancia porque sobre ellos la doctrina de este Consejo (ver por todos el Dictamen 584/2018, de 20 de diciembre) hace descansar la posible existencia de negligencia -que pudiera romper total o parcialmente el necesario nexo causal entre los hechos lesivos y el funcionamiento del servicio-, que la Propuesta de Resolución descarta sin más, esto es, sin un mínimo razonamiento lógico que la excluya.

Tampoco consta informe médico que determine y mida las secuelas y las lesiones temporales, ajustado a las reglas del sistema de valoración establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (TRLRCS), aplicable, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a las lesiones personales producidas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicho informe es necesario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37.1 TRLRCS, en la redacción introducida por la Ley 35/2015.

3. Sin la acreditación de todos estos extremos, este Consejo no puede entrar en el fondo y analizar la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, ni pronunciarse sobre la indemnización que, en su caso, pudiera corresponder.

En consecuencia, debe retrotraerse el procedimiento al objeto de completar la instrucción del mismo y recabar informe complementario del servicio municipal responsable en el cual conste lo siguiente:

- Identificación exacta del lugar donde se produjo la caída, indicando punto kilométrico o número de gobierno de la vía más próximo.

- Características de la acera, anchura de la misma y aclaración sobre el tipo de desperfectos que fueron objeto de reparación (si las losetas estaban en mal estado o faltaban las mismas).

Asimismo, deberán aportarse las fotografías del lugar de la caída, que no constan en el expediente remitido a este Consejo.

Igualmente, debe practicarse nuevamente la prueba testifical al objeto de que el testigo determine el lugar exacto de la caída de la reclamante y aclare la naturaleza de los desperfectos de la acera.

Finalmente, debe aportarse el informe médico al que hace referencia el art. 37.1 TRLRCS, introducido por la Ley 35/2015, en el que se determinen las lesiones temporales, así como se valoren las mismas y sus secuelas, ajustado a las reglas de valoración de tal normativa.

Una vez completados dichos trámites, tras la oportuna vista y audiencia de la interesada, se deberá elaborar una nueva Propuesta de Resolución en la que se analicen todas las circunstancias concurrentes en la producción del hecho lesivo, descritas con anterioridad, y se deberá solicitar nuevamente dictamen a este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no resulta conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento y completarse la instrucción con los trámites señalados en el Fundamento III.