



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 2 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de febrero de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas 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. 35/2019 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 Arucas, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, presentado el 7 de octubre de 2016, a instancia de (...), en solicitud de una indemnización por los daños físicos y materiales sufridos como consecuencia de una caída en una vía municipal.

2. Pese a que la interesada no cuantifica los daños por los que reclama, de estimarse, la indemnización superaría los 6.000 euros, de lo 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.

3. Resultan aplicables los arts. 67, 81, 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), normativa aplicable,

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

porque la reclamación fue presentada el 7 de octubre de 2016, después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (DT3ª).

4. Está acreditada en el expediente la legitimación activa y pasiva y la no extemporaneidad de la acción para reclamar.

5. 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 al titular de la Alcaldía, según el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias.

6. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, 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 LPACAP).

7. En la tramitación del procedimiento no se aprecia haber incurrido en deficiencias procedimentales que obstan un pronunciamiento de fondo. Así, obra en el expediente del que trae causa la presente reclamación patrimonial, informe de los servicios técnicos municipales, así como realización del preceptivo trámite de audiencia a la interesada.

II

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

«Que el pasado día 5 de octubre a las 10.30 horas, (...) circulaba por la calle (...) y que debido al estado de la vía en el punto anteriormente descrito, tropezó con la esquina de un "guardia muerto" que invade la acera, cayendo y tropezando con la esquina de la tienda de Pepe el Árabe, el cual socorrió junto con otros viandantes a la hoy denunciante de los hechos. Seguidamente se trasladó a la misma en un taxi al centro médico de Arucas y posteriormente al hospital Dr. Negrín, con herida en la cabeza con 9 puntos de sutura, golpe en el pómulo derecho, fractura de muñeca. Se adjuntan parte de lesiones emitido el centro médico, gafas rotas, dentadura rota».

2. Obra en el expediente la siguiente documentación relevante:

- Informes médicos de urgencias y consultas externas
- Informe médico de valoración del daño, en el que se reconocen 45 días improductivos, 70 no improductivos y dos puntos de perjuicio estático ligero.
- Informe del Arquitecto de la Oficina de Patrimonio Histórico en el que consta que concluye «(...) Por lo anteriormente expuesto, el técnico que suscribe informa que mientras no se disponga de una ordenanza municipal específica, se estudie la posible

legalización de los DRV instalados en la calle (...), y en el caso de que esto no sea posible y se considere que aún resultando beneficiosos para la seguridad de los peatones en la calle (...), sean peligrosos para el tráfico de ciclomotores o peatones, que estos sean eliminados devolviendo la calle a su estado original, debiéndose tomar por tanto una solución alternativa al problema existente por la excesiva velocidad con la que algunos vehículos cruzan la calle peatonal de (...)».

- Informe pericial de 26 de febrero de 2017, aportado por la reclamante:

«(...) La calle (...) cuenta con un ancho total de 4,32 metros. Dispone de senda peatonal en ambos laterales que se encuentra al mismo nivel de la calzada, en el sentido ascendente de la vía, la banda peatonal de la derecha, en la que se sucede el accidente, cuenta con un ancho de 88 cm, y la acera de la izquierda cuenta con un ancho de 1,20 metros. El espacio de tránsito libre en la acera de la izquierda se ve reducido por la existencia de una franja ocupada por bolardos, quedando un espacio libre de 1,02 metros.

Además, sobre la calzada, se encuentra un badén cuyo extremo invade parte de la senda peatonal, limitando el espacio de libre circulación en la acera de la derecha hasta 78 cm. El badén con forma de tronco piramidal cuenta con una longitud de 2,83 metros, un ancho de 30,5 cm y una altura de 3 cm. El elemento, cuya función es reducir la velocidad de los vehículos de la zona, es de color gris al igual que la calzada, y aunque el tono es ligeramente más claro, es difícil de visualizarlo tanto por los conductores como por los peatones.

Durante nuestra intervención preguntamos a los propietarios del establecimiento comercial que se encuentra en la zona de caída sobre la ocurrencia de los hechos descritos corroborando las circunstancias expuestas, así como indicando que desde la instalación del badén los tropiezos son continuados.

(...)

Tanto la Orden Ministerial VIV/561/2010 como la Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación en Canarias establecen el patrón de diseño a seguir en los elementos urbanísticos comunes como lo son las aceras y pavimentos, así como de trazado de recorridos públicos.

La vía analizada se encuentra ejecutada con anterioridad a la entrada en vigor de esta legislación, si bien la instalación de los badenes es posterior, ya que en fotografía aérea del año 2012 no aparecen, por lo que se deberían adaptar, en la medida de lo posible, a estos parámetros.

La vía en la que tiene lugar el accidente constituye itinerario mixto ya que es válido para peatones y vehículos, los requisitos a los que se debería ajustar son los siguientes:

- Anchura mínima de itinerario es de 3,00 metros. Cumple el itinerario tiene una anchura de 4,63 metros.

- Existe una franja peatonal adaptada claramente definida. La franja peatonal dispondrá en toda su longitud de una banda libre o peatonal de 1,40 m (mínimo), la pendiente longitudinal no rebasa el 6% y la pendiente transversal máxima es del 2%. No cumple ya que ninguna de las dos aceras cuenta con una anchura inferior a 1,40 m y la pendiente longitudinal es claramente superior a un 6%.

- No existen peldaños aislados, ni escaleras, ni interrupción brusca del itinerario. No cumple, ya que el reductor de velocidad invade la zona de tránsito peatonal donde se produce la caída, y por tanto, interrumpe el itinerario.

- Los pavimentos, los elementos comunes de urbanización y el mobiliario urbano instalados en el recorrido son adaptados. Los pavimentos adaptados son duros, no deslizantes o antideslizantes y están ejecutados de forma que no existen cejas ni rebordes y las únicas hendiduras o resaltes que presentan son las del dibujo del material de piso. Se admiten hasta 4 mm de alto y separaciones de hasta 5mm. No cumple ya que el reductor de velocidad que invade la acera cuenta con una altura de 3 cm.

Además de lo expuesto, la orden FOM/305372008 aprueba la instrucción técnica para la instalación de reductores de velocidad y bandas transversales de alerta en carreteras de la red de carreteras del Estado, recoge los tipos de elementos más comunes que no contemplan los parámetros de diseño con los que cuenta el badén existente en la zona de caída. El Reglamento General de circulación indica en su apartado 5.2 que no se considerarán obstáculos en la calzada los resaltes en los pasos de peatones y bandas transversales, siempre que cumplan la regulación básica establecida al efecto por el Ministerio de Fomento y se garantice la seguridad vial de los usuarios y, en particular, de los ciclistas. 3. Para advertir la presencia en la vía de cualquier obstáculo o peligro creado, el causante de éste deberá señalizarlo de forma eficaz, tanto de día como de noche. En este caso, entendemos que el badén es un obstáculo no señalizado que además, supone un peligro para los peatones».

- Informe del arquitecto de la Oficina de Patrimonio Histórico.

«La vía objeto de la pericial forma parte del Conjunto Histórico de la ciudad de Arucas, declarado Bien de Interés Cultural en 1976, estando protegido en su conjunto el trazado de calles y plazas. Por este motivo, no se puede aplicar literalmente la Orden Ministerial VIV/561/2010 o la Ley 8/1995 de 6 de abril de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación en Canarias. La Orden ministerial, en su artículo 2, apartado 2, establece que “En las zonas urbanas consolidadas, cuando no sea posible el cumplimiento de alguna de dichas condiciones, se plantearán las soluciones alternativas que garanticen la máxima accesibilidad”. En el caso que nos ocupa, la zona no solo está consolidada sino que además está protegida. Por este motivo, el espacio destinado al peatón o las pendientes de las vías son las que el trazado permite. No se puede deducir por tanto que el DRV invada la senda peatonal. La velocidad y la fachada, con la longitud que la realidad física permite.

Se hace mención también la orden FOM/3053/2008 de instalación de DRV, la cual es de aplicación en la red de carreteras del Estado y cuyo texto no está pensado para la aplicación en un caso como el que nos ocupa, dentro de un casco histórico y para resolver un problema de intersección de una calle de tráfico rodado y escasa visibilidad con otra peatonal. La instalación en este caso se ha realizado para evitar atropellos de personas por el cruce de vehículos a velocidad inadecuada por la calle peatonal.

Según los datos de que se disponen en este Ayuntamiento, no consta que la caída de peatones en la zona objeto de este informe sea superior al del resto del casco histórico. En cambio, con la instalación de los DRV se ha conseguido que los vehículos que cruzan la calle peatonal lo hagan a una velocidad reducida, evitando así atropello de peatones.

Lo cual se informa a los efectos oportunos, salvo mejor criterio o consideración en contra, y sin menoscabo de otros informes técnicos y/o jurídicos vinculantes».

- Fotografía y factura de las gafas
- Informe de la técnica de gestión.

3. Principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

3.1. La reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone por (...) el 7 de octubre de 2016, acompañada de documentación médica acreditativa del daño.

3.2. Decreto del Alcalde-Presidente por la que se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial de 20 de abril de 2017.

3.3. El 22 de febrero de 2018 se practica prueba testifical de (...), testigo de la caída de (...)

3.4. Informe de la técnica de gestión de 5 de abril de 2018 dando por concluida la fase de instrucción.

3.5. Decreto del Alcalde-Presidente de 12 de abril de 2018 dando por concluida la fase de instrucción.

3.6. Decreto de 12 de abril de 2018, notificado el 18 de abril de 2018, concediendo trámite de audiencia a la reclamante.

3.7. Informe propuesta de resolución de 24 de agosto de 2018, desestimando íntegramente la reclamación de responsabilidad patrimonial.

III

1. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012)

que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9460, recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

- a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

- b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

- c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

- d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que

causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex artis* como “la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión”. Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y la trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad”

2. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista un daño y que éste sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal y como establece la regla general de 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. 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 y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

3. En el presente asunto la realidad del hecho lesivo no se cuestiona por parte de la Administración y resulta acreditada tanto por las fotografías aportadas, como a través del testigo que presencié la caída.

Asimismo, las lesiones padecidas están acreditadas a través de la documentación médica adjunta al expediente, siendo compatibles con un accidente como el relatado por la reclamante.

4. En contra de lo señalado en la Propuesta de Resolución, la existencia del badén sin señalización alguna supone un funcionamiento deficiente del servicio al socavar la confianza que los usuarios en su convicción de que las vías están en las

debidas condiciones de seguridad. Aunque el badén se encuentra dentro del casco histórico, y por tanto, el ancho y la pendiente no se pueden modificar, resulta ser un lugar poco seguro para los peatones, por el ancho del lugar para tránsito de los mismos situado al mismo nivel de la calzada, presentando un tono similar al de ésta, lo que resulta acreditado por el testigo que manifiesta haber presenciado numerosas caídas de ciudadanos, y se reconoce en las fotografías. Por ello, el Ayuntamiento pudo extremar las precauciones, mediante algún tipo de material visual o señalización que advierta la existencia del badén.

Por otro lado, existen otros medios alternativos a los DRV para conseguir la disminución de la velocidad de los vehículos que circulan por la calle en cuestión, y la Administración municipal no los ha mencionado en la PR, sino que argumenta con el objetivo de evitar accidentes a los peatones para justificar la actual y deficiente instalación sobre la vía.

Este Consejo viene manteniendo 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; 274/2016, de 19 de septiembre; 463/2017, de 19 de diciembre y 91/2018, de 7 de marzo, entre otros).

Al respecto este Consejo Consultivo ha manifestado en los recientes Dictámenes 85/2018, de 1 de marzo, y 307/2018, de 1 de julio, que es responsabilidad de las Administraciones Públicas titulares de las vías asegurar que en los lugares de obligado paso y uso por los peatones no existan obstáculos o elementos que dificulten su deambulación segura y que estos usuarios pueden depositar su confianza en que las mismas velarán por el adecuado estado de dichos lugares y no se vean obligados a incorporar especiales cautelas en su utilización.

5. Pero también se aprecia que la interesada no actuó con la precaución y atención necesarias, pues el accidente ocurrió a plena luz del día, el obstáculo es suficientemente visible, conocía previamente el lugar del accidente y la acera tiene la anchura suficiente para el paso.

Señala en nuestro Dictamen 389/2018 o 456/2017, de 11 de diciembre:

«Por ello hemos razonado reiteradamente que, en cuanto a la relación 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, si bien los peatones están obligados a transitar por ellas con la diligencia que les evite daños y por ende obligados a prestar la atención suficiente para percatarse de los obstáculos visibles y a sortearlos, también les asiste su derecho a confiar en la regularidad y el funcionamiento adecuado de los servicios públicos, por lo que debemos analizar singularmente caso por caso a fin de determinar si existe nexo causal y si concurren circunstancias que puedan quebrar total o parcialmente la citada relación de causalidad».

6. En consecuencia, en este caso existe concausa en la producción del accidente, compartiendo la responsabilidad la reclamante y la Administración municipal, correspondiendo un 50% al Ayuntamiento de Arucas, por la existencia de un obstáculo no señalizado, y otro 50% a la reclamante, por su falta de diligencia, que en parte está justificada, puesto que la falta de diligencia no es de tal intensidad que llegue a ocasionar la plena ruptura del nexo causal existente entre el funcionamiento defectuoso del servicio y el daño reclamado.

En definitiva, la Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, no es conforme a Derecho, ya que procede la estimación parcial de su reclamación, repartiéndose la responsabilidad, como se ha indicado, entre Administración y la interesada por las razones expuestas en el presente fundamento.

7. Por lo que respecta a la indemnización, la misma debe comprender la totalidad de los daños físicos padecidos, comprendiendo los días improductivos, no improductivos y las secuelas, así como el importe de la factura de las gafas, todo ello minorado al 50%.

La cuantía de la indemnización deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art 34.3 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público).

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen no se considera conforme a Derecho, pues procede estimar parcialmente la reclamación presentada en los términos señalados en el presente Dictamen.