



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 8 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de septiembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán 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 del servicio público viario (EXP. 283/2019 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Mogán, tras la presentación de una reclamación de indemnización por (...), por daños que se alegan causados por el funcionamiento del servicio público viario de titularidad municipal, cuyas funciones le corresponden en virtud del art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

2. La cuantía reclamada, al ser superior a 6.000 €, determina la preceptividad del dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), habiendo sido remitida por la Alcaldesa-Presidenta del mencionado Ayuntamiento, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. La reclamante ostenta legitimación activa en el procedimiento incoado pues ha sufrido daños físicos derivados, presuntamente, del funcionamiento de la Administración, en concreto del servicio público viario, teniendo, por tanto, la condición de interesada en el procedimiento.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

4. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial el 14 de agosto de 2017, en relación a un daño soportado el día 26 de junio de 2017. Por tanto, dentro del plazo de un año desde que se produjo el hecho lesivo, tal y como exige el art. 67.1 LPACAP.

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona de la interesada, de acuerdo con lo prescrito en el art. 91 LPACAP.

5. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada son de aplicación tanto la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y, específicamente, el art. 54 LRBRL, así como el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, no derivándose el daño producido de un acuerdo plenario.

6. Por último, como repetidamente ha razonado este Consejo (por todos, Dictamen 99/2017, de 23 de marzo), que la Administración mantenga una relación contractual con una compañía de seguros no significa que ésta sea interesada en el procedimiento, puesto que la Administración responde directamente a los administrados de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que la Administración considere pertinentes.

II

1. La interesada basa su reclamación, sucintamente, en que el día 26 de junio de 2017, sobre las 13:00 horas, circulaba andando por la calle (...), de Arguineguín, y al cruzar la calle a la altura de una obra que se estaba ejecutando, y al no existir paso de peatones en dicha calle, cruzó por el asfalto, tropezando y cayendo al suelo, debido al mal estado del asfalto que presentaba numerosas grietas con relieves. Como consecuencia de la caída sufrió diversas lesiones, consistentes en fractura bilateral de radio y numerosas contusiones en todo el lateral izquierdo, habiendo permanecido ingresada desde el 26 al 29 de junio de 2017.

Se aportan informes de alta hospitalaria y solicitud de tratamiento rehabilitador, fotografías en las que se aprecian las lesiones y fotografías en las que se aprecia el mal estado del asfalto.

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

2.1. En fecha 14 de agosto de 2017, (...), presenta un escrito en el que hace constar los daños personales que ha sufrido el día 26 de junio de 2017 sobre las 13:00 horas.

Junto al escrito presenta:

-Consulta del servicio de traumatología y C. ortopédica de fecha 28 de agosto de 2017.

-Solicitud de tratamiento rehabilitador de fecha 11 de agosto de 2017.

-Informe de alta hospitalaria de fecha 29 de junio de 2017.

-Consulta del servicio de traumatología y C. ortopédica de fecha 25 de septiembre de 2017.

-Fotografías del asfalto, de la zona del siniestro y de las lesiones de la interesada.

-Declaración jurada del testigo (...).

-Declaración jurada del testigo (...).

-Declaración jurada del testigo (...).

-D.N.I. de los testigos y de la interesada.

2.2. El 20 de junio de 2018, el Subinspector Jefe de la Policía Local informa lo siguiente:

«Cotejadas las bases de datos obrantes en estas dependencias de la Policía Local no existe referencia a los hechos alegados por (...)».

2.3. El 5 de julio de 2018, el delineante funcionario municipal adscrito a la Unidad Administrativa de Patrimonio, informa que la «Calle (...)» figura como propiedad municipal con el n.º de inventario: 1.3.00024.05.

2.4. El 21 de septiembre de 2018, el técnico de administración especial (Arquitecto Técnico), del Ilustre Ayuntamiento de Mogán informa:

«1.- Respecto al estado de la calzada, el técnico que suscribe informa que es el adecuado para el uso al que está destinado, o sea, la calzada es de uso exclusivo de los vehículos, para el uso de los peatones existen los itinerarios urbanos peatonales.

2.- Respecto a si existen zonas peatonales en esa calle, la respuesta es que las aceras a ambos lados de la calle contemplan los itinerarios urbanos por los que transitan los peatones con seguridad. No obstante, en este caso, y esta calle, y en el momento del accidente, se da

la circunstancia de que una obra privada había invadido el dominio público de la acera, en toda su superficie y longitud de la calle de referencia, se adjuntan fotos de la obra privada, dejando sin itinerario urbano para el uso de los peatones con garantías de seguridad de uso». Asimismo, concluye:

«1.- Visto que la razón por la que la persona denunciante cruza la calle es debido al hecho cierto de que una obra privada había invadido la acera en la totalidad de su superficie, y siendo éste el único motivo que justifica el accidente, el técnico que suscribe, confirma que la causa no fue el estado del asfalto ni la distancia al próximo paso de peatones, sino el hecho de no establecerse un itinerario peatonal alternativo por parte de la obra privada, que garantice la accesibilidad urbana a los ciudadanos por las zonas próximas a ésta. Lo cual incumple absolutamente la normativa vigente de aplicación en materia de seguridad y salud en las obras de construcción».

2.5. El 5 de octubre de 2018, mediante registro de entrada número 15607, (...), presenta la siguiente documentación:

-Informe de alta hospitalaria de fecha 29 de junio de 2017.

-Solicitud de tratamiento rehabilitador efectuada el 11 de agosto de 2017.

-Informe de evolución desde el ingreso hospitalario hasta la solicitud de tratamiento rehabilitador de fecha 2 de octubre de 2017.

-Informe de alta de rehabilitación de fecha 6 de noviembre de 2017.

-Parte del servicio de urgencia-Ambulancia de fecha 3 de agosto de 2017.

-Valoración económica de los perjuicios sufridos por importe de 9.191,75 euros.

2.6. El 9 de abril de 2019, desde la Sección de Dominio Público se remite la autorización para la ocupación de dominio público local para descargar material propio de la obra el día 26 de junio de 2017 a la entidad (...) Literalmente en la autorización se indica:

«Conceder y autorizar a lo solicitado por (...) representante autorizado de (...) En cuanto a ocupar dominio público local, para ocupación de vía para descargar material propio de la obra que cuenta con LICENCIA DE OBRA sito en Calles (...)/(...)/ litoral de Tauro, en Arguineguín por 15 días. NO PODRA OCUPAR MAS DE UNA DE LAS CALLES NOMBRADAS AL MISMO TIEMPO. SI CERRARA EL TRAFICO DE LA CALLE OCUPADA O TUVIERA QUE DESVIARLO LO SEÑALIZARA DE FORMA SEGURA Y NOTIFICARA POR TELEFONO A LA POLICIA LOCAL».

2.7. El 13 de mayo de 2019, el Servicio de Urbanismo informa «la obligación del promotor/constructor a elaborar un itinerario peatonal alternativo cuando se invade el mismo». Se adjunta la notificación sobre la concesión de la licencia de obra

realizada a la empresa NESULA-SUR, S.L., en fecha 16 de febrero de 2016; así como los detalles de la licencia urbanística.

2.8. Por Resolución de 17 de junio de 2019, notificada a la reclamante el 20 de junio de 2019 se concede trámite de audiencia por quince días hábiles sin que conste que haya hecho uso del mismo.

2.9. Se emite Propuesta de Resolución de fecha 23 de julio de 2019, de carácter desestimatorio.

III

1. En el presente caso, en la Propuesta de Resolución se desestima la reclamación planteada por la interesada porque entiende que no resulta acreditada la relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

2. Ha quedado acreditado a través del informe de la unidad administrativa de Patrimonio que se trata de una vía de titularidad municipal.

Asimismo, queda acreditado por el informe de la unidad administrativa de Obras Públicas, que en la zona existen zonas peatonales, pero en el momento del accidente, una obra privada había invadido la acera en toda su extensión, sin estar prevista una zona peatonal alternativa.

Es preciso hacer constar que la vía peatonal alternativa no fue exigida por el Ayuntamiento al titular de la obra privada, ni en la licencia de obras, ni en la autorización para la ocupación del dominio público.

De la declaración jurada de los testigos y del informe del Servicio de Urgencias Canario se confirma el lugar del accidente y la hora del siniestro.

Del reportaje fotográfico aportado al expediente se observa la calle y que no existe en la calzada acera o zona destinada al paso de peatones, lo que obliga a estos a caminar por el asfalto.

IV

1. Este Consejo Consultivo ha señalado, de manera reiterada que para que exista la obligación de indemnizar por parte de la Administración es necesario no sólo que el daño alegado sea causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público sin que sea suficiente que la reclamante haya sufrido un daño al hacer uso de un servicio público, sino 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 según se deriva del art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Igualmente, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998, entre otras) se ha reiterado que es a la reclamante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración (por todos, Dictamen número 210/2019, de 6 de junio).

2. Del art. 49 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, deriva la obligación del peatón de transitar, a falta de zona peatonal, por otro lugar dado que «cuando ésta no exista o no sea practicable, en cuyo caso podrá hacerlo por el arcén o, en su defecto, por la calzada, en los términos que reglamentariamente se determine». Por su parte, establece en el art. 121 Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (vigente en el momento del accidente, al no haberse dictado el Real Decreto 1514/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica aquél), relativo a la circulación por zonas peatonales, como excepciones: «1. Los peatones están obligados a transitar por la zona peatonal, salvo cuando ésta no exista o no sea practicable; en tal caso, podrán hacerlo por el arcén o, en su defecto, por la calzada, de acuerdo con las normas que se determinan en este capítulo (artículo 49.1 del texto articulado)».

3. Como reiteradamente ha señalado este Consejo Consultivo, entre otros en el Dictamen 208/2019, de 6 de junio:

«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 n.º 385/2011, de 31 de mayo, se dice:

“(…) 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, 587/2002, de 6 de junio, 194/2006, de 2 de marzo, y 1100/2006, de 31 de octubre.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, lógicamente, sigue el mismo criterio. Así, en su Sentencia de 5 de junio de 1998, 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 aquella 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 en un supuesto igual de reclamación por lesiones personales a consecuencia de una caída en una obra pública «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. Como se ha indicado con anterioridad, el art. 32 de la 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. 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. Si ese hecho o conducta lesiva no es reconducible a él, porque, por ejemplo, forma 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.

Este Consejo Consultivo, vinculado como está a la doctrina legal del Tribunal Supremo, ha argumentado reiteradamente que no existe 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 (véanse, entre otros muchos, los Dictámenes 216/2014, de 12 de junio; 234/2014, de 24 de junio; y 374/2014, de 15 de octubre).

Así, se señala en nuestro Dictamen 389/2018 o 456/2017, de 11 de diciembre, lo siguiente:

«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».

5. En relación con la existencia de irregularidades en el pavimento de las vías públicas, la doctrina más reciente de este Consejo ha señalado reiteradamente, como se hace en los Dictámenes 397/2018, de 28 de septiembre y 307/2018, de 11 de julio, recogiendo a su vez lo argumentado el Dictamen 135/2017, de 27 de abril y en otros muchos, que:

«Este Consejo Consultivo ha reiterado en supuestos similares (véanse, por todos, los DDCC 55 y 81/2017) que la existencia de irregularidades en el pavimento no produce siempre e inevitablemente la caída de los peatones, pues la inmensa mayoría transitan sobre ellos o los sortean sin experimentar caídas. En muchos casos la caída de un peatón no se debe por tanto a la mera existencia de esa deficiencia, sino, como en este supuesto, a que a ella se ha unido de manera determinante la negligencia del transeúnte.

En este sentido, en el Dictamen 142/2016, de 29 de abril, se señala por este Organismo lo siguiente:

“(…) de la presencia de obstáculos o desperfectos en la calzada no deriva sin más la responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que tales irregularidades, de existir, resulten visibles para los peatones, porque estos están obligados a transitar con la debida diligencia al objeto de evitar posibles daños (DDCC 216/2014, de 12 de junio; 234/2014, de 24 de junio; 374/2014, de 15 de octubre; 152/2015, de 24 de abril; 279/2015, de 22 de julio; 402/2015, de 29 de octubre; 441/2015, de 3 de diciembre; y 95/2016, de 30 de marzo, entre otros muchos)”».

Sin embargo, también añade el Dictamen 307/2018, de 11 de julio, lo siguiente, que ha sido reiterado, entre otros, por los Dictámenes 367/2018, de 12 de septiembre, 397/2018, de 28 de septiembre, y 116/2019, de 4 de abril:

«No obstante, este Consejo también ha mantenido 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 el reciente Dictamen 85/2018, de 1 de marzo, 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».

6. En el presente caso, según el informe técnico del arquitecto técnico municipal la inexistencia de un acceso peatonal alternativo supone un incumplimiento de la normativa de seguridad y salud en las obras de construcción. No obstante, no consta que el Ayuntamiento lo haya exigido ni en la licencia de obras ni en la autorización para la ocupación del dominio público, ni supervisado su incumplimiento al aprobar el plan de seguridad y salud de la obra. Por tanto, frente a la especial cautela que la afectada debía adoptar en el momento de cruzar por la calzada debido a que una obra privada imposibilitaba que continuara su deambulación por la acera, nos encontramos con que la Administración no ha cumplido con sus obligaciones de velar para que se habilitase un itinerario alternativo para los peatones con las necesarias medidas de seguridad.

Por otra parte, queda acreditada la realidad de las lesiones y la existencia de grietas y desperfectos en la vía. Sin embargo, los hechos suceden a plena luz del día con perfecta visibilidad, siendo las grietas existentes en la vía en el momento en el que la peatona accede a la misma perfectamente detectables y visibles, en la medida en que al existir obras que hacían impracticable una de las aceras, y no existir paso de peatones, era preciso cruzar por la calzada, lo que obligaba a la peatona a seleccionar el lugar para ello con extrema precaución.

Por todo ello, este Consejo considera que existe concurrencia de culpas entre la perjudicada y la Administración, debiendo el Ayuntamiento responder de la reclamación al 50 por ciento, minorando la cantidad reclamada (9.191,75 euros) en esta proporción.

En consecuencia, la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues se considera que se debe estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial al existir concausa entre la perjudicada y la Administración municipal, debiendo repartirse la responsabilidad por los daños causados al 50 por ciento.

El importe de la indemnización solicitada que consta en el expediente, correctamente cuantificada con arreglo a la normativa aplicable a las lesiones producidas en accidentes de tráfico, 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, de acuerdo con lo previsto en el art 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por la existencia de concausa en la producción del hecho lesivo entre la perjudicada y la Administración municipal, debiendo responder esta última por el 50 por ciento de la indemnización cuantificada que consta en el expediente, con la actualización correspondiente.