



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 7 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de octubre de 2022.

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 nombre y representación de (...), por daños personales ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 332/2022 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 29 de julio de 2022 (con registro de entrada en este Organismo el 2 de septiembre de 2022), se solicita dictamen sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife incoado en virtud de una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños que se alega, han sido causados por el funcionamiento del servicio público viario, de titularidad municipal, cuyas funciones le corresponden al citado Ayuntamiento en virtud del art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

2. La cuantía de la indemnización asciende a 36.756 euros, *quantum* que determina 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 el primer precepto con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. La reclamante está legitimada activamente porque pretende el resarcimiento de los perjuicios que le han irrogado las lesiones personales que sufrió a consecuencia de la tapa de alcantarilla en mal estado causante de la caída.

El Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la causación del daño al funcionamiento anormal del servicio público de pavimentación de las vías públicas, que es de titularidad municipal según el art. 26.1.a) LRBRL.

En el presente supuesto se encuentra, asimismo, legitimada pasivamente la entidad (...), por ser la empresa encargada de conservar y mantener las vías públicas de Santa Cruz y a cuya defectuosa prestación del servicio pudiera imputarse por la reclamante los daños soportados.

Así pues, seguimos la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias, que podemos observar por ejemplo en nuestro dictamen 362/2020, de 1 de octubre, e indicamos nuevamente que tanto la legislación vigente en materia de contratación pública, como las pretéritas regulaciones relativas a la responsabilidad por daños causados en ejecución de un contrato administrativo, imponen al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable.

Por esta razón, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como la contratista, que ostenta la condición de interesada en el procedimiento, a tenor del art. 4.1, letra b) LPACAP, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de la contratista, entonces ésta será la obligada a resarcirlo de acuerdo con la legislación reguladora de la contratación pública.

Por tanto, el procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en la LPACAP cuando el perjudicado reclama a ésta el resarcimiento; y en ellos estarían legitimadas pasivamente las empresas contratistas, puesto que tendrían la cualidad de interesadas según el citado art. 4.1, letra b) LPACAP. De esta manera, resulta necesario que se les comunique la tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial a los efectos de que puedan personarse en el mismo, proponer las pruebas y realizar las alegaciones que estime oportunas en defensa de sus derechos e intereses legítimos (v. Dictamen 362/2020, de 1 de octubre).

Asimismo, es persona interesada en el procedimiento el establecimiento (...), pues le fue concedida licencia para el establecimiento de la terraza en la vía pública, estando autorizada por ello a realizar perforaciones en el pavimento al objeto de colocar parasoles y/o mamparas dentro del espacio autorizado por la licencia concedida, ocurriendo los hechos alegados en el hueco existente en el espacio delimitado por la licencia.

4. Se cumple también el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues se interpone la reclamación el día 10 de junio de 2019, respecto de un daño producido el día 7 de junio de 2019 (art. 67 LPACAP).

5. En el análisis a efectuar son de aplicación, tanto la Ley 39/2015, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP; entre otras.

II

1. En lo que se refiere al hecho lesivo alega la interesada que:

« (...) el día siete de junio del presente año, por la mañana en (...), frente (...), sufrí una caída con lesiones por alcantarilla abierta llena de agua y con unos enchufes y cables dentro de dicha alcantarilla, metiendo el pie izquierdo y torciéndome el pie derecho, cayendo al suelo, dándome un fuerte golpe en el coxis, no pudiendo levantarme del dolor, y sufro de la espalda lumbar y cervical, y habiendo tenido que hacerme meses anteriores, en concreto el 21/01/2019, bloqueo facetario en la columna vertebral.

Acto seguido de la caída, se avisa a la Policía Local de Santa Cruz de Tenerife, ayudándome a levantar y sentarme en el suelo varias personas que estaban por allí y una señora llamada (...), que me ayudó. La Policía Local en el acto, hacen un informe del lugar y de los hechos, con numero de registro 760 594, ayudándome ellos mismos a levantarme con la señora (...), los cuales quieren llamar ambulancia, y yo solamente me quiero ir a mi casa, (...), 38001 Santa Cruz de Tenerife, una vez en mi domicilio no aguantaba el dolor de los pies y de la espalda, y me llevaron a la C.P., donde me hacen radiografías, pruebas, y me mandaron medicación (...) ».

Acompaña a su reclamación documental médico a efectos probatorios y fotografía del hueco existente en la zona peatonal, entre otros.

2. En atención a la tramitación procedimental realizada por la Instrucción del procedimiento, éste comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación el 10 de junio de 2019.

Con fecha 23 de agosto de 2019, se notifica incoación de procedimiento de responsabilidad patrimonial a la interesada.

Con fecha 28 de octubre de 2019, se emite informe Técnico de la Sección de Mantenimiento de la Ciudad, en el que se manifiesta:

« (...) En lo referente al estado de la acera, y las tapas de alcantarillado y demás servicios, en el momento de la inspección, éstas se encuentran en buenas condiciones. No apreciándose tapas abiertas ni la falta de las mismas.

No se aporta plano de situación, ni foto de la de la arqueta abierta, o sin tapa, a efectos de poder identificar a que servicio pertenece.

No hay antecedentes en este servicio relacionados con el incidente. (Programa incidencias) El viernes 25 puesto en contacto con la reclamante, esta aclara el lugar donde se produce la caída y aporta fotos.

Tras la conversación mantenida, nueva visita al lugar indicado y vista las fotos que me envía se desprende que:

Las arquetas a las que hace referencia son 4, de medida 20x20 aproximadamente estando dentro del ámbito de la terraza del Bar (...). Se aprecia que la canalización es de electricidad, también junto a dichas arquetas hay, en el asfalto, unos huecos que dan la impresión de servir para soporte de paraguas

Estas arquetas no se encuentran en buen estado estando algunas por debajo de la cota de la acera, y otra sin tapa dejando a la vista una toma de corriente.

Las arquetas a las que hace referencia no corresponden a infraestructuras municipales. Consultado con técnico de infraestructura confirma que estas arquetas pertenecen al (...).

Por parte de este servicio se desconoce si está autorizada la canalización y las arquetas al ser un este un tema dependiente de Infraestructura y Obras (...) ».

Con fecha 23 de abril de 2020, se emite informe por el Servicio de Proyectos Urbanos, en el que se manifiesta:

« (...) Con fecha 22 de diciembre de 2017 mediante Decreto del Ilmo. Sr. Concejal Delegado en materia de Infraestructuras, Vivienda y Patrimonio se autoriza al establecimiento (...) a la “ (...) realización de perforaciones en el pavimento al objeto de la colocación de parasoles y mamparas dentro del espacio autorizado por la licencia concedida (...), depositando una fianza para restituir el pavimento a costa del interesado. Los trabajos fueron encargados por el interesado y realizados en enero de 2.018 por la empresa (...), UTE (...).

3. Se comprueba que la arqueta objeto de la reclamación corresponde al establecimiento (...), no correspondiendo a una instalación municipal (estado de dicha arqueta a fecha del presente informe).

4. Realizadas nuevas visitas de inspección con fechas 5 de marzo y 15 de abril de 2020, se informa por parte de este servicio técnico del estado de 4 arquetas de dimensiones 20x20cm. aprox., de las que 3 unidades se encuentran sin tapar y/o mal ejecutadas. La arqueta objeto de la reclamación pertenece a este grupo de elementos.

5. Entre la documentación a aportar para la obtención de autorización de terraza según el art. 71. 13 Ordenanza de Paisaje Urbano S/C de Tenerife (B.O.P. 145 del 5/11/2014), modificada puntualmente con fecha 23 de abril de 2018 (B.O.P. 49/2018), se incluye: «5.- Propuesta de Seguro de Responsabilidad Civil a nombre del solicitante de la autorización, que cubra su responsabilidad por los eventuales daños a terceros o a los elementos del dominio público afectados, en cuantía suficiente, que esté actualizado y que especifique expresamente que cubre la Responsabilidad Civil de la terraza».

Con fecha 10 de julio de 2020, se notifica a la reclamante trámite de audiencia, posibilitando el acceso del mismo a todos los documentos obrantes en el presente expediente.

Con fecha 17 de julio de 2020, la interesada presenta escrito de alegaciones.

Con fecha 7 de agosto de 2020, se presenta escrito por la interesada en el que se adjunta informe policial y reportaje fotográfico del hueco causante de la caída.

Con fecha 5 de agosto de 2020, consta parte de servicio de la Policía Local de Santa Cruz de Tenerife que intervino en fecha 7 de junio de 2022, mediante el que informa lo siguiente:

« (...) Que el día de la fecha, a las 11.15 horas, mientras realizaban labores propias del servicio, son comisionados por la Sala de Comunicaciones para dirigirse a la dirección arriba reseñada, ya que la requirente del servicio policial manifiesta que ha metido el pie en una alcantarilla y tiene daños en el mismo. Que había personal municipal trabajando en la zona y había quedado mal señalizado.

Que una vez se personan los actuantes en el lugar, identifican a la afectada, que resulta ser (...), la cual manifiesta haberse dañado el tobillo izquierdo al introducir el mismo en una arqueta abierta en el lugar (...) ».

Con fecha 21 de agosto de 2020, se notifica requerimiento a la reclamante.

Con fecha 25 de agosto de 2020, la interesada adjunta la documentación requerida.

Con fecha 9 de octubre de 2020, la aseguradora municipal remite valoración de la indemnización que asciende a 626,60 €.

Con fecha 5 de julio de 2021, se notifica a la UTE (...) trámite de audiencia.

Con fecha 24 de mayo de 2021, se notifica trámite de audiencia al establecimiento (...) Por lo que con fecha 1 de junio de 2021, el citado establecimiento presenta alegaciones, mediante las que hace constar, entre otros:

«Que la arqueta a la que hacen referencia fue instalada y es mantenida por el propio Ayuntamiento, no haciendo uso de la misma esta empresa, y, en consecuencia, no siendo partes del procedimiento que nos ocupa al no existir nexo con los hechos ocurridos.

Que por la hora (11.15 am del 07/06/2019) que sucedieron los hechos tal como manifiesta la reclamante y se indica en el informe policial (posterior rectificación vía email de la policía), en el momento que supuestamente se producen el local se encontraba cerrado, pues su hora habitual de apertura es a partir de las 12.00 horas del mediodía, momento en que se despliegan las mamparas que delimitan la terraza, quedando las arquetas a las que se hace mención resguardadas del paso de los transeúntes.

Que, en consecuencia, no existe responsabilidad por parte de esta empresa, pues como indicamos ni estaba abierto el local, siendo la recogida de la terraza la noche anterior con retirada de todos los enseres que se ponen en la misma, así como revisión de condiciones para su correcta recogida, ni existe uso por parte de esta empresa de esta alcantarilla, habiendo sido instaladas por el propio Ayuntamiento (...)».

Con fecha 5 de julio de 2021, se notifica trámite de audiencia a la UTE (...). Por lo que, con fecha 24 de agosto de 2021, presenta alegaciones, manifestando:

« (...) Una vez nos personamos en lugar de los supuestos hechos, comprobamos que las arquetas afectadas no son responsabilidad de esta U.T.E., ya que son de uso particular (como se indica tanto en el informe del técnico del ayuntamiento del área de Mantenimiento como el informe del técnico del área de Proyecto de Servicios Urbanos) por lo que deben ser mantenidas y conservadas por el titular del establecimiento de la terraza afectada.

- La U.T.E. (...) NO es la responsable del mantenimiento de las arquetas e instalaciones de uso particular. En cuanto al estado de las arquetas, debe ser el titular de la terraza quien responda por ellas, el cual debe encargarse de su conservación y mantenimiento (...)».

Con fecha 25 de noviembre de 2021, se notifica trámite de audiencia al (...).

Con fecha 28 de marzo de 2022, se notifica trámite de audiencia a la interesada.

Con fecha 30 de marzo de 2022, la interesada presenta nuevo escrito de alegaciones.

Con fecha 25 de julio de 2022, se emite informe por parte de la Asesoría Jurídica, indicando, entre otros, que *«quedan correctamente delimitados los elementos a tener en cuenta en una eventual repetición contra el responsable de la irregularidad en el pavimento con la que alega haber tropezado la reclamante»*.

Finalmente, se emite la Propuesta de Resolución desestimando la reclamación presentada por la interesada.

3. Conforme al art. 91 LPACAP el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aún vencido dicho plazo, en virtud del art. 21 LPACAP.

4. Por lo demás, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el ejercicio del derecho a obtener una indemnización, previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en el art. 32 LRJSP y concordantes de la LPACAP en cuanto al procedimiento.

III

1. La Propuesta de Resolución, desestima la reclamación presentada por la interesada ante la Corporación Local concernida, pues el órgano instructor considera que la perjudicada no ha llegado a trasladar al expediente el nexo causal necesario entre los daños por los que reclama y el funcionamiento del servicio público viario.

2. 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».

3. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal 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).

4. Aplicando la anterior doctrina al presente caso, consideramos que las pruebas existentes en el expediente administrativo acreditan el hecho dañoso, mediante los informes médicos que obran en el expediente, coincidiendo en fecha y hora. Además, la propia Policía Local en su informe confirma la caída habiéndose personado instantes después en la zona del accidente.

5. Sin embargo, analizada la documentación obrante en el expediente, se considera que no es posible entrar en el fondo del asunto, pues existe contradicción sobre la a quién corresponde la obligación de mantener en buen estado las arquetas defectuosas y a quién resultaría imputable la responsabilidad por la caída causada por tal estado de deterioro, contradicción que podemos observar entre el informe técnico del servicio, el informe de la UTE, y el escrito de alegaciones emitido por el establecimiento (...), como igualmente interesado en el procedimiento que se tramita.

Concretamente, la Administración Local, en atención al asunto que nos ocupa, mediante el informe técnico nos advertía como sigue: *«las arquetas a las que hace referencia no corresponden a infraestructuras municipales. Consultado con técnico de infraestructura confirma que estas arquetas pertenecen al (...)*.

Por parte de este servicio se desconoce si está autorizada la canalización y las arquetas al ser un este un tema dependiente de Infraestructura y Obras (...) Así, el informe del Servicio de Proyectos Urbanos, también nos señalaba: Con fecha 22 de diciembre de 2017 mediante Decreto del Ilmo. Sr. Concejal Delegado en materia de Infraestructuras, Vivienda y Patrimonio se autoriza al establecimiento (...) a la " (...) realización de perforaciones en el pavimento al objeto de la colocación de parasoles y mamparas dentro del espacio autorizado por la licencia concedida (...) ", depositando una fianza para restituir el pavimento a costa del interesado. Los trabajos fueron encargados por el interesado y realizados en enero de 2.018 por la empresa (...), UTE (...). (...) Se comprueba que la arqueta objeto de la reclamación corresponde al establecimiento (...), no correspondiendo a una instalación municipal (estado de dicha arqueta a fecha del presente informe). Entre la documentación a aportar para la obtención de autorización de terraza según el Art.71. 13 Ordenanza de Paisaje Urbano S/C de Tenerife (B.O.P. 145 del 5/11/2014), modificada puntualmente con fecha 23 de abril de 2018 (B.O.P. 49/2018), se incluye: "5.-Propuesta de Seguro de Responsabilidad Civil a nombre del solicitante de la autorización, que cubra su responsabilidad por los eventuales daños a terceros o a los elementos del dominio público afectados, en cuantía suficiente, que esté actualizado y que especifique expresamente que cubre la Responsabilidad Civil de la terraza" (...) ».

Sin embargo, por parte del establecimiento afectado en sus alegaciones manifestaba que *«la arqueta a la que hacen referencia fue instalada y es mantenida por el propio Ayuntamiento (...) el momento que supuestamente se producen el local se encontraba cerrado, pues su hora habitual de apertura es a partir de las 12.00 horas del mediodía, momento en que se despliegan las mamparas que delimitan la terraza, quedando las arquetas a las que se hace mención resguardadas del paso de los transeúntes.*

Que, en consecuencia, no existe responsabilidad por parte de esta empresa, pues como indicamos ni estaba abierto el local, siendo la recogida de la terraza la noche anterior con retirada de todos los enseres que se ponen en la misma, así como revisión de condiciones para su correcta recogida, ni existe uso por parte de esta empresa de esta alcantarilla, habiendo sido instaladas por el propio Ayuntamiento (...) ».

Por parte de la UTE, también se exonera de responsabilidad en su escrito de alegaciones presentado durante el trámite de audiencia, indicando al respecto: *«La U.T.E. (...) NO es la responsable del mantenimiento de las arquetas e instalaciones de uso particular. En cuanto al estado de las arquetas, debe ser el titular de la terraza quien responda por ellas, el cual debe encargarse de su conservación y mantenimiento (...) ».*

6. De los informes municipales se afirma que las arquetas eran claramente defectuosas, pero que no pertenecen ni fueron instaladas por ningún servicio municipal, no correspondiendo a la Corporación su mantenimiento. También se confirma en ellos que tales instalaciones fueron ejecutadas por encargo de la empresa (...), titular de un establecimiento de restauración y concesionario de un espacio público municipal (también abierto al paso de transeúntes) destinado al establecimiento de una terraza. Sin embargo, los órganos municipales informantes desconocen si tales instalaciones bajo el asfalto (canalización e instalación) fueron o no autorizados, y si de haberlo sido formaban parte de la autorización de uso del dominio público, *«al ser un éste un tema dependiente de Infraestructura y Obras (...)»* (Departamento municipal de Infraestructura y Obras).

En consecuencia, la falta de información de la que participa el expediente que se analiza debe ser subsanada por la Instrucción del procedimiento, recabando e incorporando al expediente las condiciones en las que se concedió la licencia al establecimiento afectado para la instalación de la terraza en (...) del citado término municipal, debiendo incorporar al expediente la autorización de uso del espacio público, solicitando además del Departamento de Infraestructura y Obras cuanta información le conste acerca una eventual autorización a la empresa concesionaria (...) para practicar canalizaciones e instalar arquetas en el asfalto como las que produjeron el accidente, y a quién correspondería en tal caso su mantenimiento.

En consecuencia, deberá retrotraerse el procedimiento para que se incorpore en el expediente toda la documentación referida a la autorización de uso del suelo de dominio público, así como el mencionado informe del Servicio de Infraestructura y Obras.

7. Una vez se retrotraigan las actuaciones e incorpore al expediente la documentación indicada deberá conferirse nuevamente trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, sobre cuyas alegaciones deberá pronunciarse efectivamente la nueva Propuesta de Resolución, en los términos señalados en el art. 88 y 91 LPACAP.

8. En definitiva, debemos concluir que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento a fin de incorporar al expediente la indicada documentación, así como la práctica del trámite de audiencia de interesados; asimismo se podrá aportar al expediente cuanta documentación resulte necesaria para resolver el supuesto controvertido, pronunciándose al respecto

la nueva Propuesta de Resolución, la cual deberá remitirse nuevamente a este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada no resulta conforme a Derecho, pues procede retrotraer el procedimiento en los términos señalados en el Fundamento III del presente Dictamen.