



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 12 de enero de 2023.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por el fallecimiento de su hija (...) en un accidente de circulación ocurrido en la carretera GC-2, T.M. de Santa María de Guía (EXP. 478/2022 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 25 de noviembre de 2022 (con registro de entrada en este Organismo el 29 de noviembre de 2022), se solicita dictamen de este Consejo Consultivo al objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por el Cabildo de Gran Canaria, tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se alegan causados por el funcionamiento del servicio público de carreteras, de su titularidad, en virtud de los art. 2 y 5 de la Ley 9/1991, de 8 de mayo, de carreteras de Canarias y arts. 6.2 c) Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares.

2. La cuantía reclamada asciende a 250.000 euros, lo que determina la preceptividad de la solicitud de 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 el Consejero de la Consejería de Gobierno de Presidencia del Cabildo, por delegación del Presidente, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y las ya citadas Leyes 9/1991, de 8 de mayo, de Carreteras de Canarias (LCC) y 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares (LCI).

4. En lo que se refiere a la legitimación activa, los reclamantes ostentan la condición de interesados en el procedimiento, puesto que alegan haber sufrido un daño moral por la pérdida de su hija como consecuencia del estado de la carretera por la que circulaba [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. Legitimación activa que no es puesta en entredicho por la Administración Pública.

Al respecto, en el Dictamen 440/2022 de 11 de noviembre con mención del 300/2022, de 20 de julio y del 141/2022, de 8 de abril, reseñábamos: *«Este Consejo Consultivo ha señalado en el Dictamen anteriormente emitido en relación con el presente caso (DCCC 221/2021, de 5 de mayo, recaído en el expediente 370/2019), en relación con la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo que le ha ocasionado su fallecimiento, siguiendo su reiterada doctrina emitida al respecto, lo siguiente: En cuanto a la legitimación activa de los reclamantes, se plantea el problema jurídico de la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos del paciente fallecido. Caben distintas hipótesis: Una sería aquella que entiende que el daño genera un derecho de crédito para el fallecido que se incorpora a la masa activa de la herencia y se trasmite a sus herederos. Otra, que los herederos sólo pueden reclamar un daño moral a título propio, por los daños personales derivados de la asistencia sanitaria recibida. Sobre si la acción para reclamar el daño moral es transmisible a los herederos, es una cuestión que ha planteado amplio debate doctrinal y jurisprudencial.*

A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de octubre de 2013 (rec. 780/2006) expone la problemática procesal. Dice este fragmento de la sentencia: “Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima. En este sentido, la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: “Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a

terceros por consecuencia de la muerte, no surge como “iure hereditatis”, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte “iure proprio”, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien “vida” sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible “mortis causa” a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales “iure hereditatis”».

Se cumple, asimismo, la legitimación pasiva de la Corporación Insular, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Por otra parte, los reclamantes acuden representados por abogado, representación que consta acreditada en el expediente (art. 5 LPACAP).

6. Se cumple también el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues se interpuso el día 6 de mayo de 2022, respecto de un daño determinado el día 29 de julio de 2021 (art. 67 LPACAP).

7. Conforme al art. 91 LPACAP el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que ha transcurrido sobradamente. Sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución una vez haya vencido el plazo porque la Administración está obligada a resolver expresamente, en virtud del art. 21 LPACAP.

II

1. En cuanto al presupuesto fáctico de la pretensión indemnizatoria, alegan los reclamantes en su solicitud:

« (...) 1.- Que en fecha 29 de julio de 2021, (...) al regresar desde su lugar de trabajo al domicilio y a la altura del km 19 de la carretera GC 2 con rumbo o sentido Agaete tuvo un accidente mortal, al precipitarse el vehículo (...) a desnivel.

Consta el siniestro contemplado e instruido por el Juzgado de Instrucción nº1 de Santa María de Guía, a las Diligencias Previas nº 523/2021.

Así consta en su apertura lo siguiente:

SINIESTRO VIAL, ocurrido sobre las 23.50 horas del día 29 de julio de 2021, a la altura del kilómetro 19,018 de la Autovía con denominación GC 2 (De Las Palmas de Gran Canaria (GC-1) a Agaete por Gáldar), sentido Agaete, término Municipal y partido Judicial de Santa María de Guía (Las Palmas), consistente en una SALIDA DE VÍA por margen derecho, CHOQUE contra pretil y posterior PRECIPITACIÓN a desnivel del vehículo mixto marca (...) modelo Kangoo con matrícula (...) resultando como consecuencia del mismo UNA PERSONA FALLECIDA (conductora y única ocupante) daños de gran consideración en el vehículo implicado y de escasa consideración en la vía.

(...) era la única hija de mis mandantes, su estado civil era soltera y estaba trabajando como jefa de monitoras en el Club Náutico de Las Palmas de Gran Canaria.

2.- El vehículo quedó totalmente dañado no pudiendo comprobarse datos significativos que pudieran aclarar circunstancias.

La velocidad de circulación pudo ser aproximadamente los 60 km/hora y la fallecida llevaba puesto el cinturón de seguridad.

3.- La Carretera GC 2 es de competencia Insular y por tanto del Cabildo de Gran Canaria.

A tal efecto debe tenerse en cuenta lo siguientes:

Apartado 6.7.1 Zonas especiales; Accesos a puentes, viaductos obras de paso o túneles. Será preceptivo dar continuidad entre los pretiles de las estructuras y las barreras de seguridad metálicas del margen de la carretera y en su caso de la mediana en los accesos a aquella; su trazado será uniforme y si tuviera distinta rigidez, el cambio de un sistema de contención a otro será gradual, empleando las disposiciones sobre transiciones contempladas en el apartado 6.7.6. En cualquier caso, los pretiles deberán prolongarse en estos accesos en una longitud no inferior a la longitud de anticipación que corresponda.

4.- El accidente sucede a la altura del km 19, en la forma que se concluye

La conductora no rectifica la trayectoria del vehículo llegando a circular entre el arcén transitable y carril der (sic.) para terminar subiéndose por la parte proximal (cola de pez) de barrera de contención fija permanente tipo Jersey que le hace de rampa de proyección-trampolín avanzando por la misma en tiro parabólico a distancia diecisiete (17) metros para terminar chocando y derribando la barrera fija permanente del tipo New-Jersey dispuesta en alero de talud negativo. Previa a la precipitación por talud negativo vehículo llega a impactar con valla metálica de continuación de pretil.

El accidente se produce tras ascender y circular dos ruedas del vehículo por la denominada "cola de pez" y precipitarse al vacío.

El croquis aportado por la Guardia Civil, en el Juzgado de Instrucción, es esclarecedor, así (se aporta croquis)

Como se puede ver, el vehículo subió la protección lateral por la parte baja del “cola de pez”, sin que ninguna barrera se lo impidiera, y de altura no superior a 13 cm y circuló en ascenso (hasta los 82 cm) por toda su extensión hasta golpear con la barrera final y precipitarse al vacío.

El Informe Policial define la “cola de pez” como si fuera un “trampolín”, siendo éste el efecto que produjo en el vehículo de (...).

Podemos decir que coadyuvó en el resultado la falta de impedimento que evitara que el vehículo de (...) pudiera subirse a la rampa de cola de pez que le permitió circular por varios metros (17) hasta el final de la rampa, al tiempo que el vehículo se escoraba sobre las otras dos ruedas. La rampa actuó conforme proyección-trampolín en tiro parabólico y lanzó finalmente al vehículo y a (...) a la caída en desnivel.

De las fotografías del expediente o Informe Policial unido a las Diligencias Previas nº 523/2021 del Juzgado de Instrucción nº1 de Santa María de Guía hemos extraído la fotografía siguiente, por cuanto se ve el inicio de “cola de pez” al que se subió el vehículo de (...)

La fotografía está al folio 54 de las Diligencias Previas, acreditando la escasa altura del comienzo de la barrera y como discurrió el vehículo a través de ésta y produjo en su ascenso la proyección-trampolín del vehículo.

Véase la fotografía referida del folio 54, que es copiada a continuación. (se aporta fotografía).

Debemos tener en cuenta que la carretera en ese tramo está a nivel con la parte transitable por donde circuló probablemente el vehículo al entrar en la curva y que además los márgenes de la carretera no disponen de “banda transversal de alerta (sistema BTA).

Por otro lado, debe destacarse que al entrar en la barrera de “cola de pez” las ruedas entran sobre una altura con respecto a la calzada de 13 cm y circulan en forma ascendente por la rampa de la “cola de pez” hasta la altura de 82 cm y con una inclinación de 5,8%.

Así, consta en las Diligencias Previas en el Informe Policial, folio 64:

barrera rígida de protección “cola de pez”, donde se inicia la posición de impacto, presenta su inicio una altura con respecto a la calzada de trece (13) centímetros y una altura máxima de ochenta y dos (82) centímetros, con una inclinación del 5,8%

5. El espacio por donde se precipitó el vehículo está concebido como salida de aguas pluviales y conforme a la normativa exigible la denominada barrera de “cola de pez” debía tener elementos que no permitieran lo que finalmente ocurrió.

Así:

Comportamiento de un sistema de contención frente a un impacto. “El comportamiento de un sistema de contención frente al impacto de un vehículo depende fundamentalmente de

las características geométricas y mecánicas de los elementos individuales constitutivos del sistema y de su conjunto, así como del tipo de cimentación empleado. Las variables anteriores darán lugar a diferentes sistemas de contención, que se distinguen por los efectos y consecuencias que el impacto de un vehículo tiene sobre sus ocupantes, sobre el vehículo y sobre el propio sistema. Los sistemas de contención proporcionan un cierto nivel de contención a un vehículo fuera de control y disminuye la severidad del accidente mediante absorción de una parte de la energía cinética del vehículo y la reconducción de su trayectoria. La característica principal que define el comportamiento de cualquier tipo de sistema de contención de vehículos es su capacidad para impedir que un vehículo que se sale de la calzada alcance un obstáculo, desnivel o elemento de riesgo del que se le pretende proteger. Esta capacidad se evalúa mediante el ensayo de los sistemas de contención ante diferentes tipos de impacto con vehículos a partir de los cuales se define el nivel de contención del sistema. Los niveles de contención de los sistemas de contención de vehículos se definen en la norma UNE-EN 1317 en la que se especifican las condiciones de los ensayos de impacto con vehículos a realizar y los criterios para su aceptación”.

6.- Del informe Policial y a manera de conclusión se contempla la posible culpa del Cabildo por la falta de rigor en el sistema de protección de la barrera “cola de pez”, por cuanto no solo no era útil para impedir o evitar el accidente sino que al contrario coadyuvó al fatal desenlace.

Véase el folio 64 de las Diligencias Previas, donde dice:

Toda vez que se define como barrera de seguridad a los sistemas de contención de vehículos que se instalan en los márgenes de las carreteras con la finalidad de proporcionar un cierto nivel de contención a un vehículo fuera de control, a juicio del instructor coadyuvan a la fatalidad del suceso la falta de rigor en lo dispuesto en apartado 67.1 de la orden Circular 28/2009 en concordancia con el artículo 704 de la Orden For /2523/2014 de 12 de diciembre.

7.- En la actualidad, el Cabildo de Gran Canaria ha efectuado obras en la zona y en concreto la barrera en “cola de pez” ha sido protegida con una valla metálica superpuesta que impide que un vehículo fuera de control pudiera acceder y circular sobre ella como trágicamente sucedió en el siniestro en que falleció (...), así como también ha quedado cerrado con valla metálica el acceso a la zona contenida entre la cola de pez y el muro protector.

Se ha tenido conocimiento que no es este accidente el único que se ha producido en circunstancias parecidas y en tal sentido se están haciendo averiguaciones.

Al menos se conoce que a las pocas semanas hubo otro accidente, si bien y afortunadamente no hubo víctimas mortales.

El Cabildo de Gran Canaria, provocado por el accidente de (...) y otro (s) que haya (n) podido suceder ha decidido efectuar las obras que se han comentado y que se reflejan en la imagen que a continuación se plasma en este escrito.

Así, el lugar de los hechos actualmente es del tenor que se ve a continuación: (se aporta fotografía) (...) ».

Acompaña al escrito de reclamación, Atestado elaborado por la Guardia Civil de Tráfico, completo y detallado en relación con el desafortunado accidente ocurrido, así como informe de asistencia recurso de soporte vital avanzado, entre otros.

2. Consta Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1, en cuyo Fundamento de Hecho primero se indica “no estando determinadas la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados, ni las personas que en ellos han intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 774 en relación a los artículos 769 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incoar las correspondientes Diligencias Previas y practicar aquéllas necesarias para determinar concretar tales datos y, en su caso, el procedimiento aplicable”.

3. Asimismo, consta Auto judicial de 21 de septiembre de 2021, mediante el que se decreta el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones.

4. También consta en el expediente informe técnico complementario a las Diligencias previas 523/2021, de fecha 30 de agosto de 2021 del que se extraen algunos párrafos:

Folio numero 7: 3.2.5 Posiciones del vehículo mixto adaptable en el momento del impacto.

«De los daños observados en el vehículo implicado y en la vía, se deduce que la posición relativa que el vehículo tenía en el momento en que se produce la salida de la vía, es como se ha tenido en cuenta en el correspondiente croquis elaborado al efecto, y que puede definirse tipológicamente como salida de vía por margen derecho, choque contra barrera rígida y precipitación a desnivel»

Folio num 26: Acciones y condiciones de personas implicadas.

6.1.3 Pre-impacto

-Acción de la conductora del vehículo mixto adaptable matrícula (...)

“Circulaba por calzada sentido creciente de Autovía GC-2 (De Las Palmas de Gran Canaria (GC-1) a Agaete por Gáldar), sentido Agaete, haciéndolo probablemente por el carril derecho de los tres con los que cuenta la calzada. Previo a la finalización de la ejecución de

curva de proyección a derecha de amplio radio el vehículo comienza a orientar su trayectoria hacia la parte transitable del arcén llegando a circular por parte del mismo sin que la conductora llegue a percibirse de la situación de riesgo con la antelación suficiente para reaccionar”.

Folio num 39:

7.4: Causas del siniestro vial

“La causa de un siniestro vial es toda, acción, omisión, condición o combinación de ellas, sin la cual las secuencias de eventos no se hubieran desarrollado tal y como lo hicieron, ni sus consecuencias hubiesen sido las mismas.

Para el presente siniestro vial y en base a la manifestación obrante y ausencia en calzada de huellas, indicios o vestigios de realización de maniobras activas simples o complejas por parte de la conductora del vehículo siniestrado previas a la salida de vía y posterior choque contra barrera de contención lateral se establecen dos hipótesis:

1ª Hipótesis: Enfermedad súbita por parte de la conductora del vehículo mixto adaptable (...), matrícula (...), (...)

2ª Hipótesis: Desatención a la conducción, provocada por cansancio o somnolencia, por parte de la conductora del vehículo mixto adaptable (...) Kangoo, matrícula (...), (...)

Toda vez que se define como barrera de seguridad a los sistemas de contención de vehículos que se instalan en los márgenes de las carreteras con la finalidad de proporcionar un cierto nivel de contención a un vehículo fuera de control, a juicio del Instructor coadyuvan a la fatalidad del suceso la falta de rigor en lo dispuesto en apartado 6.7.1 de la Orden Circular 28/2009 en concordancia con el artículo 704 de la Orden For /2523/2014 de 12 de diciembre”. (...)

5. Por último, también se incluye en el expediente el Dictamen del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses que se remitió al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa María de Guía, en el que se concluye:

(...) “INVESTIGACION Y RESULTADOS

La determinación de alcohol se realizó en la muestra de sangre L.21-00969-01 por técnica de cromatografía de gases, con detector de ionización a la llama (FID), en la fracción de vapor en equilibrio con la muestra (espacio de cabeza) siendo el resultado de inferior a 0,1 g/L (gramos de alcohol por litro de sangre) (...)

Posteriormente se llevaron a cabo sistemáticas toxicológicas generales encaminadas a la determinación de compuestos tóxicos orgánicos. Los extractos obtenidos se analizaron por cromatografía de gases acoplada a espectrometría de masas (GC/MS) por cromatografía de líquidos de alta resolución con detector de diodos (HPLC-DAD) y por cromatografía de líquidos acoplada a espectrometría de masas de alta resolución (LC-HRMS) detectándose:

Sangre

Diazepam:0,07 mg/L

Nordiazepam:0,03 mg/L

Oxazepam:Trazas

Temazepam:No detectado

Humor vítreo

Diazepam: Presencia

Nordiazepam:Presencia

Oxazepam:No detectado

Orina

Diazepam: Presencia

Nordiazepam:Presencia

Oxazepam:Presencia

Temazepam:Presencia

CONSIDERACIONES CIENTÍFICO-FORENSES:

El diazepam es una benzodiazepina de acción prolongada. Posee actividad hipnótica, anticonvulsionante, sedante, relajante muscular y amnésica. El temazepam es un metabolito activo del diazepam. El nordiazepam y el oxazepam son compuestos activos que se originan como consecuencia del metabolismo hepático de algunas benzodiazepinas tales como el diazepam, clorazepato, halazepam, clordiazepóxido, medazepam y ketazolam. La concentración terapéutica de diazepam en plasma oscila entre 0,1 y 2,5 mg/L (1). En un estudio (1) en el que se trató a 15 pacientes con dosis orales diarias de 5 mg de diazepam, la concentración plasmática del fármaco osciló entre 0,09 y 0,37 mg/L, la de nordiazepam entre 0,13 y 0,46 mg/L, la de temazepam entre 0,01 y 0,05 mg/L y la de oxazepam entre 0,01 y 0,03 mg/L." (...)

III

En cuanto al procedimiento de responsabilidad patrimonial, se han realizado las siguientes actuaciones:

1. En fecha 12 de mayo de 2022, por la Instrucción del procedimiento se comunica el inicio del procedimiento.

2. En fecha 7 de septiembre de 2022, por el Jefe de Proyectos y Obras de la Dirección General de Infraestructura Viaria de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias, se emite informe técnico señalando, en definitiva, que no se estaban realizando obras en el tramo de la carretera GC-2 entre El Pagador y Santa María de Guía, por una parte; y, por otra parte, que la barrera en cola de pez cumple con las recomendaciones establecidas en la Orden Circular 321/95 T y P del año 1995, sobre sistema de contención de vehículos.

En el informe técnico se adjuntan los comentarios del apartado 7.4 del Atestado de la Guardia Civil de Tráfico sobre la causa del siniestro vial, y al respecto se señala:

« (...) Cuando se produce un accidente de estas características con víctima, aparte de arrojar una gran tristeza, siempre nos preguntamos si con tal o cual disposición de los sistemas de contención hubiera podido evitarse. Creemos que no hay respuesta pues dependiendo de las características concretas del accidente y, sobre todo, de la velocidad del vehículo o de los vehículos implicados, un sistema puede ser mejor o peor que otro. Además, tampoco sabemos si el sistema adoptado ha evitado desenlaces fatales en otros accidentes.

Esta es la razón por la que las “Recomendaciones sobre los sistemas de contención de vehículos” Orden Circular 321/95 (recomendaciones en la época en la que se instalaron -año 2012-) son recomendaciones que, entendemos, más efectivas para las velocidades de proyecto o para vehículos circulando por vía a la velocidad de proyecto o menor.

Esto quiere decir que las características de la vía en cuanto a trazado o pavimento rodado son elementos definidos por Instrucciones “cuasi obligatorias”, pero cuando por una causa ajena los vehículos dejan de rodar por carriles o arcenes (esta causa ajena es, en esencia, la responsable del accidente), los sistemas de contención son recomendaciones para intentar que el accidente sea lo menos grave posible. Pero esto, siempre es probabilístico y más efectivo, con velocidades de los vehículos próximas o inferiores a los límites de la vía. Es bastante evidente que dejan de ser efectivas para objetos voladores. Se considera que con el abatimiento o desvanecimiento de la barrera rígida que se hace en unos 20 metros (cola de pez) para no tener un canto de casi 1 metro perpendicular a la trayectoria provocando un impacto frontal fatal, un vehículo a 80 Kms/h (ó 60 Kms/h que es la velocidad autorizada en el carril derecho de la vía en cuestión) volcaría o redirigiría su trayectoria pero no echaría a volar como parece desprenderse de algunos datos del informe, hablando incluso de “tiro parabólico”.

Por tanto, estando de acuerdo con las posibles causas, como hipótesis, del accidente, relacionadas en el punto 7.4 del ATESTADO, debemos matizar las palabras del último párrafo “ (...) a juicio del instructor coadyuvan a la fatalidad del suceso la falta de rigor en lo

dispuesto en apartado 6.7.1 de la Orden Circular 28/2009 en correspondencia con el artículo 704 de la Orden FOM /2523/2014 de 12 de diciembre” por los siguientes motivos:

1.- La O.C. 28/2009 se refiere a “Criterios de aplicación de las barreras de Seguridad Metálicas” y debemos decir que en el año 2012, cuando la Consejería de O.P.T. y V. del Gobierno de Canarias ejecuta la obra, ningunabarrerade la zona esbarrerametálica. Ya que la sucesión es la siguiente: imposta de viaducto de hormigón con sección tipo New Jersey (en la parte superior lleva un tubo metálico a modo de pasamanos pero que no se considera por esto comobarrerametálica), un tramo debarreracuasi ortogonal (también rígida y perfil New Jersey) que cierra hueco con otro tramo debarrerade hormigón (New Jersey) que está desplazado unos metros para dejar practicable la cuneta rebasable y proteger del talud de desmonte. Como el quiebro de labarreracuasi ortogonal o transversal puede producir un impacto frontal, se coloca la cola de pez o desvanecimiento de labarreracomo prolongación de la imposta del puente. En resumen, no existían barreras metálicas para poder seguir la O.C. 28/2009 incluso aunque estas fueran “Recomendaciones”.

2.- La Orden FOM/2523/2014 de 12 de diciembre, es la Orden Circular 35/2014 Sobre Criterios de Aplicación de Sistemas de Contención de Vehículos y por tanto el artículo 704 relacionado es posterior (año 2014) a la ejecución de la obra (...) ».

3. Con fecha 19 de octubre de 2022, el Consejero de Obras públicas, Transportes y Vivienda del Gobierno de Canarias, dictó Orden declarando la falta de legitimación pasiva de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias para tramitar y resolver la reclamación presentada, por lo que se remitió el expediente al Cabildo de Gran Canaria.

4. Con fecha 25 de octubre de 2022, se emite el informe del servicio administrativo de obras públicas, infraestructuras, transporte y movilidad, del Cabildo de Gran Canaria, que entre otros aspectos indica:

(...) “1. La carretera GC-2 es una carretera de la red principal, desdoblada.

Las características principales del tramo de la vía en la zona del accidente, en dirección Agaete, son las siguientes:

-Consta de 3 carriles de 3,5 metros cada uno, con arcén izquierdo de 0.86 m y derecho de 2,40 m; cuneta hormigonada en el margen derecho de 4,06 m de sección transversal; sistema de contención debarrerade seguridad de hormigón tipo new jersey, en ambos márgenes, con la existencia captafaros de calzada y de barrera.

- La velocidad permitida en la zona es de 80km/h en los carriles izquierdo y central y de 60 km/h en el carril derecho, señalizado, a lo largo de la variante de Silva, con una señal S-50e (carriles obligatorios para tráfico lento y reservado para tráfico rápido) o S-11b+R-301

(calzada sentido único con limitación de velocidad), situadas en los p.k. 15+700, 18+000 y 18+700.

- Trazado en curva de amplio radio de proyección a derecha con visibilidad e iluminación suficiente

- En el momento de los hechos, la climatología era favorable.

2. Sobre la constancia del accidente, en la madrugada del día 30 de julio de 2021, sobre las 00:30 horas, se recibe llamada de la Policía Local por restos de accidente en la calzada y, sobre las 00:35 horas, llamada de la Guardia Civil por posibilidad de caída de vehículo al barranco, activándose el retén”.

Concluyendo el informe:

“4. Respecto de la actuación posterior de este Cabildo en el tramo, primeramente ha de considerarse que, en la estación de aforo de la GC-2 situada en el p.k. 21+700 en el año 2015, se obtuvo datos de IMD, Intensidad Media Diaria, de 32.932 vehículos/día, lo que hace un total de 12.020.180 vehículos al año aproximadamente, que, en 8 años desde su puesta en servicio, hace un total de 96.161.440 vehículos aproximadamente, sin que se haya tenido constancia de accidentes similares en todos estos años.

Según el atestado de la Guardia Civil, el abatimiento de labarrerade hormigón tipo new jersey (ejecutado por el Gobierno de Canarias, según se especificó anteriormente, desde el 2012), hizo de proyección - trampolín en el vehículo accidentado, por lo que, teniendo en consideración esta nueva observación, y por sensibilidad con el hecho ocurrido, en lo que se pueda evitar en la medida de lo posible este tipo de accidentes, se decidió por los responsables técnicos de la Conservación del Cabildo de Gran Canaria dar continuidad a labarrerade hormigón tipo new jersey, solapando conbarrerametálica de seguridad, en el punto en cuestión así como en los tramos similares de la GC-2 en la Variante de Silva, se muestra a continuación en diferentes imágenes: (se acompañan fotografías)

Se ha colocado este tipo de protección conbarrerametálica para intentar evitar en la medida de lo posible lo sucedido, siendo este sistema de protección, no obstante, más sensible por ejemplo para los motociclistas.

5. Respecto a las actuaciones anteriores, el último recorrido realizado anterior al presunto accidente, fue ese mismo día 29 de julio de 2021, por la tarde, pasando por la zona entre las 19.39 y las 19.41, sin observar nada destacable en la vía”.

Se adjunta parte de recorrido y de comunicación e intervención urgente del día del accidente y del posterior.

5. Con fecha 26 de octubre de 2022, la Instrucción concedió el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, debidamente notificado a la parte interesada en el procedimiento.

No se ha procedido a la apertura de período probatorio, si bien la ausencia de dicho trámite no ha causado indefensión a la parte, toda vez que se tienen por ciertos los hechos y se le ha dado traslado de la totalidad del expediente.

6. Con fecha 11 de noviembre de 2022 se evacua el trámite de alegaciones en las que, sucintamente, se alega que han ocurrido accidentes similares en la zona y que la funcionalidad del sistema de “cola de pez” es inadecuada, por lo que se entiende que hay responsabilidad del Cabildo de Gran Canaria.

7. Con fecha 16 de noviembre de 2022, se emite Propuesta de Resolución mediante la que se desestima la reclamación presentada.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación presentada por los padres de la fallecida, al entender el órgano instructor que no concurre el nexo causal necesario entre el daño indudablemente soportado y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

2. En relación con el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 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».

Como hemos razonado reiteradamente, la carga de probar el nexo causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público incumbe al reclamante, según 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), recae la prueba de las

obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el actual art. 67 LPACAP exige, entre otros requisitos, que en su escrito de reclamación el interesado 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 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.

Como se acaba de recordar, el art. 32 LRJSP exige para que surja la obligación de indemnizar de la Administración que 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.

3. En el presente caso, los reclamantes imputan el resultado de la muerte de su hija como consecuencia del accidente sufrido el día 29 de julio de 2021, al sistema de contención empleado en los laterales de la carretera, denominado de "cola de pez". Sin embargo, de la documental obrante en el expediente, se aprecia que dicho sistema se halla previsto en la normativa al efecto, vigente al momento de construcción de la carretera.

En este sentido, el informe de la Dirección General de Infraestructura Viaria transcrito señala que (...) *"cuando por una causa ajena los vehículos dejan de rodar por carriles o arceles (esta causa ajena es, en esencia, la responsable del accidente), los sistemas de contención son recomendaciones para intentar que el accidente sea lo menos grave posible. Pero esto, siempre es probabilístico y más efectivo, con velocidades de los vehículos próximas o inferiores a los límites de la vía. Es bastante evidente que dejan de ser efectivas para objetos voladores (...)"*. Y continúa:

« (...) Como el quiebro de labarreracuaasi ortogonal o transversal puede producir un impacto frontal, se coloca la cola de pez o desvanecimiento de labarreracomprolongación de la imposta del puente. En resumen, no existían barreras metálicas para poder seguir la O.C. 28/2009 incluso aunque estas fueran "Recomendaciones". (...) »

Tal y como se señala en nuestro Dictamen 90/2022 de 10 de marzo: «Resulta pertinente reiterar la doctrina mantenida por este Consejo Consultivo, precisamente en relación con accidentes ocurridos en las vías públicas, en la que se ha venido argumentando que no siempre existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de conservación de las vías y los daños producidos, ni siquiera en supuestos en los que se encuentran desperfectos u obstáculos en la calzada o presencia de sustancias, que ni siquiera acontecen en este caso, porque los vehículos 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.

Esta doctrina ha sido recogida, entre otros, en nuestro Dictamen 423/2018, de 11 de octubre de 2018, en el que se señala:

«El art. 139.1 LRJAP-PAC exige que para que surja la obligación de indemnizar de la Administración el daño alegado debe ser causa del 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 éste haya sido defectuoso. Es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad.

El principio de causalidad parte de la constatación de que todo efecto tiene siempre una causa. Dadas unas condiciones necesarias y suficientes para que se produzca un efecto, éste siempre sucede. En idénticas circunstancias una causa produce siempre el mismo efecto. Una causa puede estar configurada por una serie de condiciones. Todas ellas son necesarias para que se produzca determinado efecto, pero si este no se produce al eliminar una de esas condiciones, entonces la condición eliminada será la causa determinante del resultado.

Las vías y carreteras presentan distintos elementos que los conductores de vehículo deben tener en cuenta. Que existan obstáculos sobre la vía puede ser una condición necesaria para que se produzcan daños, pero la circunstancia decisiva es que el vehículo no ha acomodado su marcha a las circunstancias de la vía.

En caso de accidente, tampoco es el estado de la vía la causa eficiente de la colisión, sino la omisión de la precaución debida a la circular. Ese mal estado de la vía es causa necesaria pero no suficiente. Sin él no se habría producido la colisión, pero para la producción de esta se ha de unir a aquella la impericia del conductor. Sin esta impericia la colisión no se habría producido. Es esta la causa determinante del resultado lesivo (...) ».

4. También hemos reiterado en nuestros recientes Dictámenes las obligaciones que impone la legislación de seguridad vial a los conductores. En el momento de la producción del accidente, resulta aplicable el 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, en vigor desde el 31 de enero de 2016 (TR LTCVM-SV) y el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.

Dispone la legislación vigente que los conductores deben circular con la diligencia y precaución necesaria para evitar todo daño propio o ajeno (art. 10 TR LTCVM-SV); en condiciones de controlar en todo momento a su vehículo y de prestar atención permanente a la conducción que garantice su propia seguridad (art. 13 TR LTCVM-SV); y, por último, adecuando la velocidad del vehículo al estado de la vía de manera que pueda detener su vehículo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse (art. 21 TR LTCVM-SV).

5. Todo lo dicho nos lleva a considerar en el presente caso la inexistencia del necesario nexo causal entre el daño por el que se reclama y el funcionamiento del servicio público. Y es que, del Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico, unido al contenido de los informes técnicos obrantes en el expediente, únicamente cabría confirmar conforme a los hechos descritos en el procedimiento, que la conductora del vehículo podría no haber estado en plenas facultades para conducir un vehículo en aquel momento, debido al cansancio unido con la medicación que tomaba, que habrían sido factores que negativamente afectarían en el resultado del siniestro.

Así, en el objeto del informe técnico elaborado por la Guardia Civil, apartado Identificación del siniestro vial, Siniestro vial, señala *«ocurrido sobre las 23:50 horas, del día 29 de julio de 2021, a la altura del Kilómetro 19,018 de la Autovía con denominación GC-2 (de Las Palmas de Gran Canaria (GC-1) a Agaete por Gáldar), sentido Agaete, término Municipal y partido Judicial de Santa María de Guía (Las Palmas), consistente en una SALIDA DE VIA por margen derecho, CHOQUE contra pretil y posterior PRECIPITACION desnivel del vehículo mixto marca (...) modelo Kangoo con matrícula (...) resultando como consecuencia del mismo UNA PERSONA FALLECIDA (conductor y única ocupante) daños de gran consideración en el vehículo implicado y de escasa consideración en la vía».*

En el momento pre-impacto la acción de la conductora del vehículo, como nos indica la fuerza actuante, *«circulaba por la calzada haciéndolo probablemente por el carril derecho de los tres con los que cuenta la calzada. Previo a la finalización de la ejecución de curva de proyección a derecha de amplio radio el vehículo comienza a orientar su trayectoria*

hacia la parte transitable del arcén llegando a circular por parte del mismo sin que la conductora llegue a percibirse de la situación de riesgo con la antelación suficiente para reaccionar».

En el apartado sobre la «condición», indica:

«Era horario nocturno, con una climatología favorable. La visibilidad en la calzada viene determinada por el trazado, curva de amplio radio de proyección a derecha. Vía suficientemente iluminada.

No existe ningún dato objetivo sobre el estado psicofísico de la conductora; no se pudieron practicar pruebas de alcoholemia ni drogas (información que estará recogido en el Informe de la Autopsia). Existen datos sobre el pre-viaje por lo que se puede evidenciar intensidad de carga laboral y probable ausencia de descanso».

A ello hay que sumar el resultado de las analíticas, en las que se determina la presencia de diazepam y nordiazepam, oxazepam y temazepam. Por lo que, siendo el diazepam un medicamento que posee una fuerte actividad hipnótica, así como los demás medicamentos derivados, pudo haber afectado, aumentando el estado cansancio de la conductora del vehículo y en consecuencia coadyuvado al accidente que se analiza.

Por lo demás, la Administración implicada ha logrado trasladar al expediente el correcto funcionamiento del servicio público implicado, sin que quepa advertir incumplimiento normativo alguno en relación con las características que conforman la carretera en la que ocurrió el suceso.

6. En definitiva, como reiteramos en el Dictamen 60/2020, de 18 de febrero, en lo que se refiere a la intervención de la actuación de los afectados en el acontecer de los hechos:

« (...) pues para que exista ruptura de nexo causal no sólo debe de tratarse de un conducta negligente o inadecuada al menos, extraordinaria y ajena al servicio, sino que, como afirma el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 27 de noviembre de 1995 y de 30 de septiembre de 2003, entre otras), "se precisa que la intervención del afectado o de un tercero ha de ser relevante para excluir el nexo causal"».

El Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 8 noviembre 2010, señala que:

« (...) En lo que atañe al nexo causal, se ha superado la inicial doctrina que supeditaba la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no solo directa sino exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (STS 28-1-1972), lo que

suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía el comportamiento del perjudicado o la intervención de tercero, de manera que la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir la responsabilidad de la Administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante. (...) No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso».

De lo anterior se ha de concluir que, en cualquier caso, el proceder de la conductora del vehículo rompió la necesaria relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos, de lo que sigue que la Propuesta de Resolución, en cuanto desestima la pretensión resarcitoria de los interesados, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial se considera conforme a Derecho.