



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

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

Dictamen solicitado por Sr. Presidente del Consejo Insular de Aguas 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 (...) y (...), por los daños personales ocasionados a su hijo menor, (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario y de aguas (EXP. 492/2022 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 29 de noviembre de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 7 de diciembre de 2022, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad extracontractual dirigido solidariamente contra el Cabildo Insular de Tenerife y el Ayuntamiento de Arico, iniciado el 15 de febrero de 2022, a instancia de (...) y (...) en representación de su hijo menor, (...), en solicitud de una indemnización por las lesiones personales producidas, presuntamente, como consecuencia de la caída en altura del menor con su bicicleta sobre un canal de agua cuando circulaba por la calzada de una vía de titularidad municipal.

2. Los interesados cuantifican la indemnización que solicitan en 214.882,3 euros, lo que determina la preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, según el art. 11.1.D. e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

En cuanto a la legitimación de la Presidencia del Consejo Insular de Aguas para solicitar el dictamen de conformidad con el art. 12.3 LCCC, debemos señalar que

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

ostenta legitimación para ello como ya señalamos en el Dictamen 406/2020, de 14 de octubre, en el que exponíamos:

«2. De partida, no figuran expresamente previstos los Presidentes de los Consorcios entre los sujetos legitimados para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

Sin embargo, no menos cierto es que con carácter general nuestra doctrina - expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, 484/2012 y 381/2015, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que, en principio, en el presente caso no habría objeción para que se solicitara el dictamen por el Presidente del CAAF, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo, en virtud de lo establecido en los Estatutos».

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL); la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias y la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias (LAC).

4. El daño por el que se reclama deriva de la caída sobre una conducción de agua abierta, de ahí que aunque la reclamación se dirija contra el Cabildo Insular de Tenerife resuelva el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena autonomía funcional, que asume, en régimen de descentralización y participación, la dirección, ordenación, planificación y gestión unitaria del dominio público hidráulico insular (art. 9 LAC), así como las funciones de policía de aguas y sus cauces (art. 10 LAC).

5. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de los interesados al ostentar la patria potestad de su hijo menor, (...), en virtud de los arts. 154 y 162 del Código Civil, al haber sufrido el menor daños personales. Por lo tanto, tienen legitimación activa para presentar la

reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.a) LPACAP.

Además, y según consta en el expediente administrativo, los reclamantes actúan mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5.1 y 3 LPACAP).

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

También se imputa responsabilidad solidaria al Ayuntamiento de Arico, sobre lo que volveremos posteriormente al analizar la Propuesta de Resolución.

6. La reclamación se interpone el 8 de febrero de 2022, habiéndose producido el accidente el 19 de agosto de 2020. Debe tenerse en cuenta que tratándose de daños físicos el plazo de prescripción comienza a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas. Sobre esta cuestión no se pronuncia la Propuesta de Resolución, basada exclusivamente en la falta de legitimación pasiva del Consejo Insular de Aguas de Tenerife.

7. En el presente supuesto, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. La demora producida no impide, sin embargo, la resolución expresa del procedimiento, sin que la Administración quede vinculada al resolver expresamente por el sentido desestimatorio del silencio administrativo producido con anterioridad [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

II

Los reclamantes instan la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del servicio público. A este respecto, en el escrito de reclamación inicial exponen, en los términos que se reproducen a continuación, los antecedentes fácticos en los que se sustenta la acción resarcitoria ejercitada:

«PRIMERO.- Qué con fecha 19 de agosto de 2020, sobre las 19:30 horas, el menor (...) de 7 años de edad, nacido el 13 de septiembre de 2012, se encontraba jugando con su bicicleta en la plaza situada en la calle (...) la Sabinita término municipal de Arico, cuando en un momento dado se golpea contra unos contenedores de basuras existentes en el lugar que están apoyados sobre un pequeño muro y se precipita unos 5 o 6 m de caída hacia un canal de agua al descubierto por el que es arrastrado unos 40 metros aproximadamente, hasta que fue

rescatado y auxiliado por dos miembros de la brigada forestal, que le practican reanimación hasta la llegada de los servicios sanitarios que debido a la gravedad de las lesiones deciden trasladarle en helicóptero medicalizado hasta el Hospital Universitario de Canarias, donde es ingresado.

El menor presentó ahogamiento, neumonía aspirativa y lesiones en cabeza, ambos brazos y piernas con herida abierta con fractura desplazada miembro inferior izquierdo.

Estuvo un total de 37 días, desde el 19/8/2020 al 25/9/2020, con una merma de calidad de vida muy grave.

- Otros 55 días, desde el 25/09/2020 al 19 de noviembre de 2020, con una merma de calidad de vida moderada.

Quedando como secuelas: hemiparesia grado leve; síndrome frontal/ trastorno orgánico de la personalidad/ alteración de funciones cerebrales superiores integradas grado leve; perjuicio estético, cicatriz de herida abierta; dismetría y trastorno de humor.

En el lugar de los hechos, no existe señalización alguna de advertencia de peligro ni barrera de protección adecuada en evitación de caídas o precipitaciones de la calzada al canal de agua ni tampoco dicho canal se encuentra protegido de la caída de cualquier persona o animal a su interior, todo ello por causa imputable a la actuación de esas Administraciones a las que me dirijo, con los que se produjeron los daños y perjuicios lesivos que mi representados no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

SEGUNDA. De los anteriores hechos resulta evidente la inequívoca relación de causalidad entre los daños producidos y el funcionamiento de los servicios públicos de estas administraciones.

TERCERA. La cantidad satisfacer por estas administraciones se cifra en la cantidad de 194.882,3 € en concepto de indemnización por los daños y perjuicios producidos al menor según cálculo adjunto al informe pericial de fecha 23 de noviembre de 2021, elaborado por los peritos especialistas en seguridad vial y forense (...) y (...) que se acompaña como documento número nº2, a los cuales habrá que añadir el daño moral sufrido por sus padres a razón de €10.000 cada uno, lo que hace un total de 214.882,3 €.

CUARTA.- Iniciadas diligencias previas de investigación número 697 2020, recayeron en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Granadilla de Abona, que por auto de fecha 19 de julio de 2021 decidió el sobreseimiento provisional de las mismas notificado a esta parte el 20 de julio de 2021 (Se adjunta copia de dicho auto como documento número 3)».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. Con fecha 8 de febrero de 2022 se presentó en el Registro General del Cabildo Insular de Tenerife un escrito de (...), colegiado n.º (...) del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, actuando en representación y defensa de (...) y (...), progenitores y titulares de la patria potestad de (...), menor de edad, formulando reclamación de responsabilidad patrimonial solidaria del Cabildo Insular de Tenerife y el Ayuntamiento de Arico, con motivo de un accidente ocurrido el 19 de septiembre de 2020. Se reclama la cantidad de 194.882,30 euros, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios producidos al menor, además del daño moral sufrido por sus padres, que cuantifican en la cantidad de 10.000 euros a cada uno, lo que hace un total de 214.882,30 euros.

2. Con fecha 8 de septiembre de 2020, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Granadilla de Abona dictó un Auto de Sobreseimiento Provisional en el marco del procedimiento Diligencias Previas n.º 697/2020.

3. Con fecha 23 de noviembre de 2021, se emite un informe pericial de parte cuyo objeto es *«determinar si la vía situada en Calle (...) y alrededores cumple con la normativa vigente tras el incidente ocurrido y cuantificación del daño percibido»*. En este informe pericial se incluyen una serie de fotografías del lugar del accidente.

4. Con fecha 9 de febrero de 2022, el Registro General del Cabildo Insular de Tenerife traslada el escrito al Servicio Administrativo de Aguas de dicha Administración local.

5. Con fecha 11 de febrero de 2022, el Servicio Administrativo de Aguas rechaza el asiento de dicho escrito, argumentando que se trata de un asunto competencia del Consejo Insular de Aguas de Tenerife.

6. Con fecha 15 de febrero de 2022, el Registro General del Cabildo Insular de Tenerife traslada el escrito al Consejo Insular de Aguas de Tenerife (CIATF), quien confirma el asiento y le da registro de entrada n.º 950.

7. Con fecha 27 de mayo de 2022, la Sección de Patrimonio del Área de Infraestructura Hidráulica del CIATF emitió un informe técnico en donde se pone de manifiesto que el canal que discurre por la zona es el *«Canal Intermedio Norte-Sur»*. Dicho canal es de titularidad privada y gestionado, en principio, por la Comunidad Canal Intermedio Norte-Sur, por lo que la reclamación no debe dirigirse al Cabildo sino a sus titulares.

8. Con fecha 6 de junio de 2022, el Departamento de Gestión Administrativa del Área de Infraestructura Hidráulica del CIATF emitió un informe jurídico en donde se concluye que no existe relación de causalidad entre las lesiones sufridas por el menor (...) y el funcionamiento del servicio público que presta el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, ya que la Administración hidráulica carece de legitimación pasiva en el asunto.

Considerando que la concurrencia de este defecto de forma impide entrar a valorar el fondo del asunto, procediendo, por tanto, la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Consejo Insular de Aguas de Tenerife.

9. Mediante Decreto n.º 121/2022, de 15 de junio, de la Presidencia del CIATF, se resolvió admitir a trámite la reclamación presentada el 8 de febrero de 2022 e iniciar procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, con motivo de los daños sufridos por el menor (...) en el accidente ocurrido el 19 de agosto de 2020 en la Calle (...) (La Sabinita), en el término municipal de Arico, así como finalizar la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial y dar trámite de audiencia a los reclamantes, otorgándoles un plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución, para que formule las alegaciones y/o presente los documentos y justificaciones que considere oportuno.

Esta resolución fue puesta a disposición del letrado de los reclamantes el día 27 de junio de 2022, siendo aceptada por éste el mismo día, surtiendo así los efectos de la notificación (art. 43 LPACAP).

10. Transcurrido el plazo del trámite de audiencia, no se formularon alegaciones por parte del interesado.

11. El 23 de noviembre de 2022 se formula Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

IV

1. La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen de este Consejo Consultivo, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los reclamantes en nombre de su hijo menor, por considerar que existe falta de legitimación pasiva del Consejo Insular de Aguas, al no ser titular de la conducción de aguas en la que se produce el accidente.

2. Respecto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, el artículo 106.2 de la Constitución Española establece que: *«Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».*

Del mismo modo, el art. 32 LRJSP dispone que: *«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».*

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 ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo, el primer 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 que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la

acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

3. Para apreciar la responsabilidad patrimonial del Consejo Insular de Aguas de Tenerife debe acreditarse que la lesión se produjo como consecuencia del mal funcionamiento del servicio público del que es titular.

Valorada en su conjunto la prueba obrante en el expediente administrativo podemos concluir que el daño sufrido por el hijo de los reclamantes no guarda relación con el servicio público titularidad del Cabildo Insular de Tenerife o del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, por no ser el canal de agua de su titularidad, y en ese sentido la propuesta de resolución se considera ajustada a Derecho.

No obstante, la reclamación se dirige solidariamente contra el Cabildo Insular de Tenerife y contra el Ayuntamiento de Arico, al que no se ha dado audiencia a lo largo del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Por ello, y con el fin de no causar indefensión a los reclamantes, la propia Resolución que ponga fin al procedimiento debe ordenar el traslado del expediente al Ayuntamiento de Arico para que este trámite, instruya y resuelva la reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los hechos que se le imputan, sin que sea posible poner fin al procedimiento de forma definitiva hasta que se dirima la responsabilidad de todas las Administraciones a las que se dirige la reclamación.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada a instancia de (...) y (...) en representación de su hijo menor, (...), es parcialmente conforme a Derecho, siendo ajustada a Derecho en cuanto a la falta de legitimación pasiva del Cabildo Insular de Tenerife y del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, debiendo la propia Resolución que ponga fin al procedimiento ordenar la remisión del expediente al Ayuntamiento de Arico para que tramite, instruya y resuelva el expediente de responsabilidad patrimonial al objeto de dirimir su posible responsabilidad en los hechos ocurridos.