



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 0 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de noviembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 417/2023 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado por el Ayuntamiento de Pájara, tras presentarse reclamación de indemnización por daños como consecuencia del 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 (en adelante, LRBRL).

2. Es preceptiva 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 (en adelante, LCCC), habida cuenta de que la interesada reclama en concepto de indemnización la cantidad de 97.299,39 euros, superando los límites cuantitativos establecidos por el precitado artículo de la LCCC, en relación con el art. 81.2 -de carácter básico- de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

Por otra parte, la legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Sr. Alcalde, según lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación además de la citada LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), la LRBRL, la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (en adelante, LMC).

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. En este sentido, se ha de indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alega daños personales sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de titularidad municipal. En este caso, está legitimada activamente porque pretende el resarcimiento de los perjuicios que supuestamente le ha irrogado el deficiente funcionamiento del servicio público de mantenimiento de las vías públicas, que es de titularidad municipal [art. 26.1.a) LRBRL en relación con el art. 25.2, letra d) del citado texto legal].

4.2. Por otro lado, el Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se le imputa la producción del daño al funcionamiento anormal de un servicio público de titularidad municipal ex art. 25.2, apartado d) y 26.1, apartado a) LRBRL.

En este caso, es necesario precisar que el elemento causante del accidente, que se hallaba colocado en la vía pública con autorización y conocimiento del Ayuntamiento, pertenecía a una empresa privada (...), que realizaba unas obras por cuenta propia y ajenas del todo al Ayuntamiento y a cualquier otra Administración Pública, razón por la que carece de legitimación pasiva.

Además, dado que el Ayuntamiento se reserva el derecho a repetir contra dicha empresa, se le ha otorgado el trámite de vista y audiencia en el presente procedimiento.

5. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP. En este sentido, el evento dañoso se produce el día 9 de enero de 2021 y el escrito de reclamación se presenta ante la Corporación Municipal con fecha 22 de abril de 2022, siendo la interesada intervenida quirúrgicamente en un momento posterior y continuando sus tratamientos médicos rehabilitadores, hasta mayo de 2021, por lo que se entiende que la reclamación ha sido interpuesta en plazo.

6. En el presente supuesto se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. Sin embargo, la demora producida no impide la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

7. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario. Por lo que, al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le corresponde al Sr. Alcalde.

8. Además, el citado daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la interesada, de acuerdo con lo prescrito en el art. 32.2 LRJSP.

II

La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del servicio público municipal.

En este sentido, la pretensión resarcitoria planteada por el representante de la perjudicada se fundamenta en que el día 9 de enero de 2021, sobre las 14:00 horas, su mandante se encontraba de vacaciones en la isla de Fuerteventura y mientras paseaba con su hijo por (...), justo al frente del bar de tapas denominado (...), sufrió una caída al resbalar sobre las placas metálicas que se encontraban colocadas en la zona peatonal de la mencionada avenida, sin que constara señalización o aviso alguno respecto al peligro que suponía para los peatones el tránsito sobre ellas, ya que las mismas eran extremadamente resbaladizas.

La afectada fue auxiliada por varias personas y por los sanitarios del Servicio de Urgencias Canario (SUC), quienes la trasladaron a un Centro hospitalario, pues padeció a causa de la caída fractura dislocada de polo inferior de la rótula izquierda, de la que fue intervenida quirúrgicamente el día 12 de enero de 2021.

Por ello, la interesada reclama una indemnización que asciende a la cantidad de 97.299,39 euros, que incluye los días de baja, secuelas y los gastos derivados de los diversos tratamientos médicos a los que se sometió para lograr la curación de sus lesiones.

III

1. En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento administrativo, el mismo se inició con la presentación del escrito de reclamación efectuado el día 22 de abril de 2022.

2. El día 25 de mayo de 2022, se dictó el Decreto de la Alcaldía 3725/2022 por el que se acordó la admisión a trámite de la reclamación formulada.

3. El presente procedimiento cuenta con diversos informes, entre ellos es de interés el informe del arquitecto municipal emitido el 17 de enero de 2023, en el que se concluye afirmando que:

«1.- En conclusión con lo expuesto, se comprueba que consta en el Ayuntamiento un expediente de obra (14/2012 LUM), consistente en un proyecto básico para la construcción de dos edificios comerciales de 5 locales y 4 sótanos de almacenaje en la C/ (...), (...), (...) y (...), Polígono 45 del casco urbano de Morro Jable, agrupación de parcelas catastrales n.º (...) y (...).

2.- La entidad promotora de dicho proyecto es (...), y su representante es (...).

3.- Se comprueba que el 27 de febrero de 2017, según escrito aportado por la entidad (...), la comunicación del inicio de la ejecución de los trabajos asociados al movimiento de tierras autorizados con la renovación de la licencia urbanística n.º 14/2012 LUM.

4.- En vista del inicio de los movimientos de tierra (27 de febrero de 2017), se notifica a la entidad promotora que la finalización de dichos movimientos de tierra debe ser como máximo el 27 de abril de 2017. A su vez se notifica que la presentación del proyecto de ejecución de la edificación y el inicio de las obras de la misma, finalizaría el 27 de junio de 2017».

Además, en el informe complementario de la Policía Local se señala que *«- Que dichas planchas que produjeron la caída de la Sra. (...), NO fueron colocadas por los servicios municipales de este ayuntamiento.*

- Que dichas planchas fueron colocadas por la empresa (...), con n.º de CIF (...).

- Dichas planchas fueron colocadas por dicha empresa para poder realizar el tránsito de vehículos pesados hasta su parcela y así no dañar el adoquinado municipal.

- La fecha que dista dicha circunstancia aproximadamente es del 2012».

4. En el presente procedimiento la interesada propuso la práctica de varias pruebas testificales que fueron inadmitidas por la Administración a través del Acuerdo correspondiente a la fase probatoria, manifestándose que:

«TESTIFICAL, a fin de que las personas que se determinarán a continuación declaren respecto al siniestro objeto de reclamación:

- Técnico, (...) y el conductor (...) que asistieron a la lesionada declaren respecto al siniestro objeto de reclamación, y todo ello en base al Informe de Asistencia de Recurso de Soporte Vital Básico con código de incidente núm. 8273640 aportado como documento número 2, a cuyo fin interesa a esta parte que se solicite colaboración en la identificación y emplazamiento a la Dirección Territorial del SUC de Las Palmas con domicilio en la calle Real Castillo, 152, 5ª Planta del Hospital Juan Carlos I de Las Palmas de GC (35.014), teléfono 928.498.600, fax 928.274.275, email suc@gscanarias.com. NO SE ACEPTA, y no se hace porque se entiende esta prueba como innecesaria, dada cuenta de que ya obran en el expediente por haberse aportado por la parte reclamante el informe de asistencia de soporte vital básico redactado in situ y el de la Dirección Territorial del SUC, en los que consta expresamente que en fecha 9 de enero de 2021, a las 14.07, se realizó traslado sanitario urgente hasta el Hospital General de Fuerteventura, de la paciente de nacionalidad italiana, Sra. (...), a quien se encontró sentada en la calle (...), a la altura del Bar (...), -esto es, en el lugar de los hechos-, reflejándose además en el apartado observaciones que la paciente "presenta luxación de rodilla, presenta la rótula de la rodilla izquierda desplazada; y que refiere tener dos prótesis de rodilla-. Y es por todo ello que no se entiende como necesaria la testifical del conductor y del Técnico Sanitario, constando ya, como consta la referida documentación.

NO SE ACEPTAN tampoco las testificales de (...), hijo de la reclamante, ni de (...), ambos con residencia en Italia, ni de (...), con residencia en Alemania; y no se admiten las testificales de (...) y (...), por varias razones, la primera, es la dificultad fáctica que supone la práctica de una prueba testifical por videoconferencia desde otro país, que, por otra parte no se contempla en el procedimiento administrativo expresamente, aún se torna más complicada la cuestión si a ello añadimos que la declaración se presta por ciudadanos extranjeros, -quienes se expresarán lógicamente en su propia lengua-, lo que conllevaría la necesaria intermediación de traductores jurados, uno alemán y otro italiano, además tampoco se entiende como se practicaría la identificación de los testigos, - y de los traductores-, quizá a través de dos notarios, uno alemán y otro italiano (...); en fin, todo ello unido a que este instructor no entiende la pertinencia o la necesidad de la prueba testifical propuesta, ni su relevancia para poder resolver este expediente de responsabilidad patrimonial, y ello básicamente porque ha quedado claro, y no se discute, que se encontró por los técnicos del SUC en la fecha y hora señaladas a la Sra. (...) (...) en el mismo lugar donde, según se expone, se produjo la caída; de otra parte, que la caída se hubiese producido a resultas de que la plancha de acero ubicada en la vía no cumpliera con la normativa, resultase resbaladiza o estuviese mojada, son cuestiones que giran en torno a la comprobación de la mecánica de la caída y de las circunstancias que rodean la misma,

revisten carácter técnico, y no exigen perentoriamente que se haga por medio de la declaración de los testigos propuestos».

5. En el presente procedimiento se otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada y a la empresa (...), presentando ambas alegaciones.

6. Por último, el día 28 de agosto de 2023 se emitió Propuesta de Resolución definitiva.

IV

1. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación formulada, al considerar el órgano instructor que ha quedado demostrada la concurrencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño sufrido por la interesada, si bien no se considera adecuada la valoración de los daños efectuada por ella.

En dicha Propuesta de Resolución, se concluye señalando que:

«• La Sra. (...) sufrió una caída en la calle (...) de Morro Jable, a la altura del bar Parada, en fecha 9 de enero de 2021, sobre las 14:00 horas.

• La caída se produce al pisar sobre unas planchas de acero pulido que se encontraban mojadas a consecuencia de la lluvia que había caído ese día.

• Han quedado acreditados los daños sufridos por la reclamante a través de Informe Pericial obrante en el expediente.

• La mercantil "(...)", instaló esas planchas de acero para proteger la integridad del adoquinado de la citada vía, mientras se ejecutaba la obra promovida por la misma.

• Del Informe técnico aportado, como del estudio de la normativa de aplicación de infiere claramente que dichos elementos no cumplen con los requisitos mínimos de seguridad exigibles, al menos en cuanto a la resbaladidad y señalización de la zona en obras, por lo que constituyen un peligro para los viandantes de la zona, y deberán ser retiradas con carácter inmediato por la mercantil citada o subsidiariamente por este Ayuntamiento.

• Si bien sí se iniciaron los trabajos de obra, los mismos se paralizaron desde hace ya bastante tiempo. Procederá la declaración de caducidad de la licencia otorgada, al haber transcurrido el plazo otorgado para su ejecución.

• El Ayuntamiento de Pájara resulta responsable, por culpa "in vigilando", primero porque es responsable de garantizar la seguridad en sus calles, y después, por haber permitido el mantenimiento y permanencia de esas planchas, -colocadas provisionalmente durante la ejecución de la obra-, sin haber obligado a su retirada aun cuando se paralizaron los trabajos.

• (...) es la responsable de la instalación y del mantenimiento durante años de las planchas, por lo que esta Entidad Local deberá repetir contra la misma, y reclamar el reembolso del importe íntegro de la indemnización reconocida.

• Se cuantifica la indemnización a la que tendrá derecho la Sra. (...) en la cantidad total de CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON CUATRO CÉNTIMOS, (43.439,04.-€) (...) ».

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».

Respecto a la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas este Consejo Consultivo ha venido manteniendo reiteradamente la siguiente doctrina (ver, por todos, el Dictamen 281/2023, de 22 de junio):

«Como hemos sostenido en múltiples ocasiones (por todos, el Dictamen 255/2021, de 18 de mayo), según el actual art. 32.1 LRJSP -similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, 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 aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Esta doctrina resulta ser aplicable al presente asunto en el que, como se señalará con más detalle, consta acreditado el mecanismo de producción de los daños y la causa de los mismos.

3. En este caso, la Administración considera, correctamente, que las alegaciones de la interesada acerca del hecho lesivo son del todo ciertas y ello es así en virtud del informe del SUC, cuyos técnicos sanitarios auxiliaron a la interesada de inmediato, de los dos informes periciales que presentó la interesada, que acreditan no solo la existencia de una deficiencia peligrosa en la vía pública, sino la realidad de las lesiones sufridas por la interesada que son las propias de un accidente como el referido por ella. Como se ha señalado anteriormente, se inadmitieron las pruebas testificales propuestas, correctamente, por cuanto las razones para ello, especialmente la relativa a su innecesariedad al considerar el órgano instructor que los hechos alegados por la afectada son ciertos, son adecuadas y no se le ha causado indefensión alguna a la interesada.

Consta, en el informe pericial aportado por la interesada se concluye que el pavimento metálico empleado por la referida empresa que ejecutaba las obras, estaba en mal estado, no reunía las condiciones técnicas requeridas por la normativa aplicable a la materia, especialmente, las relativas a su «*resbalacidad*».

4. En este asunto, es evidente el mal funcionamiento del Servicio público, pues la Administración municipal ha incumplido la obligación *in vigilando* que le corresponde sobre las vías públicas de su titularidad, debiendo velar por el buen estado de conservación de las mismas y, en el asunto que nos ocupa, se concreta en la adecuación del pavimento metálico ya mencionado, omisión de tal obligación que ha generado el daño sufrido por la interesada.

En el Dictamen de este Consejo Consultivo 261/2023, de 15 de junio, se ha manifestado que «*El funcionamiento del servicio municipal viario ha sido deficiente, pues se ha incumplido la obligación in vigilando que la Administración ostenta sobre las vías de su titularidad y sobre los elementos que las conforman y que, como en este caso, no se hallan en un adecuado estado de conservación, constituyendo una fuente de peligro para los usuarios de las vías de titularidad municipal (...)*».

Es preciso reiterar, en efecto, lo que de forma constante sostiene este Consejo Consultivo, por ejemplo, en su Dictamen 431/2010, de 30 de junio: "El funcionamiento del servicio público viario ha sido deficiente, pues no se han mantenido las vías públicas de su titularidad y los elementos que forman parte de las mismas en un adecuado estado de conservación, no garantizándose la seguridad de sus usuarios. Así, la Administración no cumplió con su obligación in vigilando, habiendo quedado constatado que el requerimiento que se hizo a la empresa titular de la red telefónica y de la tapa de registro mencionada fue tardío, lo que es demostrativo de que el control sobre el estado de las instalaciones existentes en las aceras, realizado por la Administración municipal, no se hizo adecuadamente ni a su debido tiempo, tan pronto como pudo ser advertida la anomalía existente en la tapa registro de referencia», doctrina aplicable a este caso.

Por lo tanto, se considera que se ha acreditado de forma suficiente la existencia de relación causal entre el deficiente funcionamiento del Servicio y el daño reclamado por la interesada, sin que concurra concausa pues era imposible para ella conocer el mal estado de conservación y la inadecuación de tal pavimento situado en la vía pública, sin las correspondientes señales de peligro o advertencia.

5. Respecto a la cuantía de la indemnización, en el Dictamen de este Consejo Consultivo ya mencionado, al igual que en otros muchos (DCCC 191/2023), se ha manifestado sobre el principio de reparación integral del daño en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que:

«En todo caso, el principio de reparación integral de la víctima constituye uno de los elementos basilares sobre los que se asienta el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España y viene recibiendo en consecuencia el constante respaldo de nuestra jurisprudencia (así, por ejemplo, la STS de 27 de marzo de 2007 RC 1840/2003, con cita de otras anteriores; al igual que poco después hace también la STS de 14 de julio de 2009 RC 2346/2005). Como afirmábamos, por ejemplo, en este Consejo Consultivo ha señalado en el Dictamen 69/2021, de 18 de febrero, entre otros muchos: " (...) señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998, `la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos evaluables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio´", y esta doctrina es de aplicación al presente asunto.

Así, pues, los daños irrogados por los que se reclama en este caso y cuya efectividad la interesada haya podido llegar a acreditar, en la medida en que a la postre han sido

ocasionados a resultas del funcionamiento de los servicios públicos, han de ser íntegramente resarcidos por la Administración (al no pesar sobre la víctima el deber de jurídico de soportar tales daños, ni tampoco puedan imputarse a su propia conducta o eventualmente al "hecho de un tercero"; lo que en su caso, de ser así, podría modular, e incluso hacer quebrar, el requerido nexo causal para la emergencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

Esta doctrina también es aplicable al presente asunto.

6. Pues bien, sobre la cuestión de la indemnización solicitada por la interesada la Administración se pronuncia en la Propuesta de Resolución de forma pormenorizada y debidamente justificada, pues se estima parcialmente la reclamación, señalando que:

«I.- Por la representación de la Sra. (...) se cuantifican los daños que son objeto de reclamación en la cantidad de 97.299,39.-€, cantidad que inicialmente puede parecer excesiva, teniendo en cuenta la edad de la reclamante en el momento de la caída, 58 años, y que habría ido intervenida con anterioridad hasta en 17 ocasiones en ambas rodillas

No cabe duda de la importancia que en este tipo de expedientes presentan los informes facultativos aportados por los perjudicados, y puede concluirse que los reclamantes deben aportar el informe médico de valoración económica de la lesión, sin perjuicio del derecho que asiste a la Administración a contradecir sus conclusiones durante la sustanciación del expediente de responsabilidad patrimonial, citando a estos efectos los Dictámenes 664/2007, de 12 de julio (EDD 2007/376099) y 992/2007, de 15 de noviembre (EDD 2007/376125), del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana.

A similar conclusión debemos llegar en el caso de la determinación de las secuelas producidas por los hechos que causaron la lesión a la persona perjudicada, debido a que la relación de las mismas con la causa alegada debe venir fundamentada en un informe pericial de estas características, sin perjuicio de que igualmente sus conclusiones puedan ser objeto de réplica por la Administración demandada.

En definitiva, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente, los ciudadanos que interpongan un expediente de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, deben aportar los documentos que relaciona el art. 67.2 LPACAP, al objeto de acreditar la realidad de los hechos denunciados, la efectiva producción del daño alegado, así como su relación de causalidad con la actuación u omisión administrativa por la que se determine su responsabilidad. Entre estos documentos, deben ser aportados los informes facultativos correspondientes a los daños producidos y, en caso de existir, de las secuelas provocadas por los mismos, con el objeto de acreditar su existencia y superar el problema que constituye su determinación y cuantificación; tanto es así que estos dictámenes médicos periciales constituyen un valioso e indispensable elemento probatorio pues permiten identificar cada

una de las secuelas en los términos definidos en el Baremo y atribuirles los puntos que procedan habida cuenta que a la mayoría no se les asigna una puntuación fija sino que se establece una horquilla en ocasiones bastante amplia.

Llegado este punto, aclarado lo anterior, y teniendo en cuenta que se ha aportado Informe de valoración del daño corporal, redactado por el Doctor (...), habrá de entrar en el análisis de lo establecido en el mismo, siendo así que en el mismo se constata, además de la relación de causalidad, lo siguiente:

- Consta en el apartado relativo a los antecedentes médicos de la reclamante que ha sido “intervenida quirúrgicamente en 17 ocasiones de ambas rodillas. Con prótesis desde el año 2013”.

- La Sra. (...) fue intervenida quirúrgicamente en una ocasión, el 12 de enero de 2021, “procedimiento: reducción de la fractura de la rótula izquierda y osteosíntesis mediante dos tornillos canulados longitudinales y cerclaje en “8”, con alambre a través de los tornillos canulados”.

- **PÉRDIDA TEMPORAL DE CALIDAD DE VIDA**

Se considera un periodo acreditado de asistencia y tratamiento desde la fecha del accidente el 09/01/2021 hasta el alta médica por el traumatólogo el día 18/06/2021, lo que daría un total de 161 días, de los cuales 3 corresponderían a estancia hospitalaria:

- Pérdida temporal de calidad de vida básica: 0 días

- Pérdida temporal de calidad de vida moderada: 158 días

- Pérdida temporal de calidad de vida grave: 3 días

- Pérdida temporal de calidad de vida muy grave: 0 días

- **ESTADO SECUELAR PSICO-FÍSICAS, (tabla 2.A.1):**

- Rodilla izquierda mueve más del 90%, sin alcanzar los 135°: 2 puntos, (cod.03184).

- Gonalgia postraumática inespecífica: 5 puntos, (cód. 03194).

- Material de osteosíntesis rótula: 3 puntos, (cód. 03207).

- Condropatía rotuliana postraumática: 4 puntos. (cód. 03206).

- **PERJUICIO ESTÉTICO:**

- Grado: ligero 6 puntos, (Cód. 11001).

Pues bien, no existiendo contrainforme de la aseguradora municipal, que pudiere rebatir al del Dr. (...), habrá que estar al mismo y aplicar las tablas vigentes en el momento de ocurrir el accidente, teniendo en cuenta la edad de la reclamante 58 años, siendo así que los cálculos que ha obtenido este TAG, se recogen en el siguiente cuadro:

No presenta complejidad la cuantificación por pérdida temporal de la calidad de vida, que se calcula en base a la indemnización diaria que se establece en la tabla 3.B.; el informe pericial determina 3 días de perjuicio grave y 158 de perjuicio moderado, a razón de 79,02.-€ y 54,78.-€, respectivamente por día, lo que suma 8.655,24.-€.

Consta en la tabla anterior asimismo valoración de Perjuicio personal particular por la intervención quirúrgica por importe de 1.150 €, a este respecto el artículo 140 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor establece que el perjuicio personal particular que sufre el lesionado por cada intervención quirúrgica a la que se someta se indemniza con una cantidad situada entre el mínimo y el máximo establecido en la tabla 3B en atención a las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia.

La reclamante, que, según la documentación médica aportada intervención quirúrgica con una reducción de la fractura de la rótula izquierda y osteosíntesis mediante dos tornillos canulados, insta por este concepto la cantidad de 1.685,67€, cuantía máxima recogida en la Tabla 3.

En el presente caso no se describe con la pericial médica, que, atendiendo a los tres criterios referidos, características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia, sirva de pauta para determinar al daño moral particular de la intervención, sin embargo, cabe acudir como referencia a la Clasificación Terminológica y Codificación de Actos y Técnicas Médicas de la Organización Médica Colegial, que incluye una clasificación donde se establecen ocho grupos de tipos de intervenciones quirúrgicas, del 0 al VIII, donde el grupo VIII se correspondería a las intervenciones más complejas y de riesgo, y así sucesivamente en orden descendente de grupos hasta llegar al Grupo 0, y en la que la intervención de este tipo se encuadraría en el Grupo quirúrgico V, con indemnización que iría desde los 1.001 a los 1.150.-€, cantidad que será la que se reconozca.

Se determina así mismo en el Informe Pericial aportado, 14 puntos por secuelas psicofísicas a las que corresponderían según la tabla de aplicación, 2.A.2, para una persona de 58 años, la cantidad de 13.983,99.-€.

II. - PERJUICIO POR PÉRDIDA DE CALIDAD DE VIDA POR SECUELAS ESTÉTICAS.

Procede comenzar este subapartado recordando que perjuicio fisiológico y perjuicio estético conforman dos conceptos indemnizatorios separados, que cuando concurren, habrá de determinarse por separado la puntuación que pueda corresponder a uno y a otro. Así se expresaba la Sentencia de la AP de Alicante 416/08, de 13 de junio, Sección 1.ª: «el perjuicio fisiológico y el estético se han de valorar separadamente y adjudicada la puntuación total que corresponde a cada uno, se ha de efectuar la valoración que corresponde a cada uno con la Tabla III por separado», sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes» La puntuación del perjuicio estético se realiza mediante su ponderación conjunta, sin atribuir puntuación a

cada uno de sus componentes y sin tener en cuenta ni la edad ni el sexo de la persona lesionada para medir la intensidad del perjuicio estético.

Así mismo, desde la parte reclamante es objeto de reclamación en concepto de este perjuicio por pérdida de la calidad de vida por secuelas la cantidad de 21.071,00 euros, y ello se dice hacer al amparo de lo previsto en la tabla 2.B, y en relación con lo dispuesto por el art. 108 y 109 de la Ley 35/2015, entendiéndose que concurre un perjuicio de carácter moderado, para el que la referida tabla marca una orquilla que va desde los 10.535,38 € hasta los 52.677,38 €.

A este respecto, lo que se recoge en el Informe pericial aportado al expediente, y que se toma como referencia para la cuantificación del daño, se determina expresamente el perjuicio estético como en "grado ligero: 6 puntos", y no con el carácter de moderado, tal y como sostiene la parte reclamante. La diferencia entre una y otra consideración no es baladí, tal y como intentaré explicar.

Se define el grado de perjuicio estético Moderado, como aquél que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el de grado medio, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve, a este le correspondería una puntuación de entre 7 a 13 puntos de secuela.

Por el contrario, el grado de perjuicio estético Ligero, que sería ante el que nos encontramos valorado en seis puntos, es el que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial, su puntuación se determina entre 1 a 6 puntos de secuela.

La tabla de aplicación, 2.B., determina la indemnización para perjuicios leves o ligeros, (1-6 puntos), entre los 1.580,43€ y los 15.803,39.-€, por tanto, determinados seis puntos de secuela, le correspondería, a juicio de este TAG, el máximo previsto para este concepto en la tabla, esto son 15.803,39.-€.

III.- DEL PERJUICIO PATRIMONIAL.-

Se ha valorado por la parte reclamante este capítulo correspondiente al perjuicio patrimonial, en un importe total de 27.281,24 euros, según el cuadro siguiente:

PERJUICIO PATRIMONIAL TABLA 3.C

Daño emergente

Gastos de Asistencia Sanitaria

Total

Operación de rodilla en (...) 14.01.2021

16.396,90 €

Tratamiento terapéutico y alojamiento SPA del 16.01.2021 al

07.02.2021

7.274,90 €

Férula

145,30 €

Visita Médica y fisioterapia 07.02.2021

1.018,10 €

Radiografía 22.02.2021

206,12 €

Sesiones de Fisioterapia 22.02.2021

542,00 €

Sesiones de Fisioterapia 03.05.2021

542,00 €

Radiografía 08.03.2021

206,12 €

Sesiones de fisioterapia 31.03.2021

450,00 €

Infiltración de rodilla 18.06.2021

250,00 €

infiltración de rodilla 05.08.2021

250,00 €

SUMA TOTAL

27.281,44 €

El artículo 141 de la Ley 35/2015, de 22 septiembre, de reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en cuanto a los gastos por asistencia sanitaria, comienza en su apartado 1 estableciendo que serán resarcibles “los gastos de asistencia sanitaria y el importe de las prótesis, órtesis, ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal que por prescripción facultativa necesite el lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifiquen debidamente y sean médicamente razonables en atención a la lesión sufrida y a sus circunstancias”.

Obra en el expediente justificación de todos los gastos relacionados en el cuadro anterior y cuyo resarcimiento se pretende por la parte reclamante, por lo que se da cumplimiento a la primera de las premisas exigidas por el art. 141 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Sin embargo, este instructor no entiende procedente reconocer íntegramente la cantidad solicitada, y ello por los motivos y fundamentos jurídicos que se expondrán seguidamente.

Concretamente, a juicio de este TAG no debieron abonarse los gastos de la Operación de rodilla en (...), que ascienden a 16.396,90 €, ni tampoco los gastos facturados por el (...) derivados de la pernoctación en régimen de media pensión y el tratamiento terapéutico del que habría disfrutado la interesada entre los días 16 de enero y 7 de febrero de 2021.

Procede, llegado el momento, recordar que ya en el Hospital General de Fuerteventura se recomendó por el traumatólogo de guardia a la Sra. (...) la posibilidad de ser intervenida quirúrgicamente de sus lesiones, ofrecimiento que fue declinado por la damnificada, según se consigna en el Informe Clínico de Urgencias: “la paciente nos comenta que prefiere traslado a su país de origen, que ya tiene hablado cita con el cirujano que la ha intervenido en otras ocasiones”. Tanto es así que la Sra. (...), una vez dada de alta a petición propia, ya de vuelta a Italia se traslada para ser intervenida quirúrgicamente en un Centro Médico Privado, el (...), ubicado en la localidad Suiza de Gravesano, donde según sus propias manifestaciones, habría sido atendida en alguna de las 17 intervenciones de rodilla que habría sufrido anteriormente.

La interesada, desde luego, tenía derecho a actuar tal y como hizo, negando la asistencia quirúrgica que le podría haber prestado el Servicio Canario de Salud, para trasladarse no a su país de origen, Italia, donde reside, o su país natal, Alemania, sino a Suiza, pero no ocurre lo mismo respecto del resarcimiento de la cantidad de 16.396,90 euros derivados de la operación; pues siendo ella quien decide el lugar y centro donde se la interviene, deberá ser ella también quien asuma el coste de su decisión.

Tampoco, básicamente con base a las mismas razones pueden ser resarcibles los elevados costes, (7.224,90.-€), devengados por el alojamiento y estancia en un hotel balneario de cinco estrellas ubicado en los Dolomitas italianos, el “(...)”, por la pernoctación en régimen de media pensión y el tratamiento terapéutico entre los días 16 de enero y 7 de febrero de 2021; siendo la Sra. (...) quien elige un lugar tan exclusivo para su tratamiento, parece lógico que haya de ser ella quien únicamente asuma su coste.

La Ley no ampara el abuso del derecho y además los derechos habrán de ejercitarse con arreglo a la buena fe, tal y como nos recuerda el Artículo 7 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. *La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".*

Conforme a la Jurisprudencia del TS, contenida en la sentencia 567/2012, de 26 de septiembre, que cita, entre otras las sentencias 20/2006, de 1 de febrero y 383/2005, de 18 de mayo:

" (...) la doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)".

En definitiva, qué duda cabe de que la interesada tiene derecho a poder elegir el médico que la intervendrá quirúrgicamente, el nivel o calidad del centro médico asistencial e incluso el país donde se la intervenga quirúrgicamente, del mismo modo que tiene derecho a determinar el lugar donde se alojará para la realización de tratamiento terapéutico, que podrá ser, si así lo desea y puede permitírsele, un hotel balneario de cinco estrellas, pero ello será bajo su cuenta y riesgo en todo caso; la pretensión de ser resarcida de esos gastos sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho que le asiste a ser indemnizada.

Por tanto, se deberán resarcir los gastos acreditados en este capítulo por importe de tres mil seiscientos nueve con cincuenta y cuatro céntimos de euro, (3.609,54.-€).

IV.- DEL INCREMENTO DEL 25% EN EL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN.-

Finalmente se añade a la reclamación instada la cantidad de 19.459,39 €, a resultas del incremento en un 25% de la indemnización que ascendería 77.459,88 €, lo que supondría un monto total indemnizatorio de 97.299,39.- €.

En su escrito presentado con RE núm. 5998/2022, de 27 de abril, (apartado quinto), el letrado de la parte reclamante, insta el incremento, tal y como se ha adelantado, del importe de la indemnización en un 25%, y ello buscando ampararse en una sentencia, que posibilita incrementos para supuestos de indemnizaciones en el tráfico aéreo; a saber:

" (...) Que, las cantidades resultantes de la aplicación del baremo de tráfico se incrementaron un 25% en base a la jurisprudencia del TS fijada en la STS núm. 269/2019, de

17 de mayo, ratificada en la 461/2019 de 3 de septiembre, que determinan expresamente que:

"12.- Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización.

"13.- La normativa que establece el baremo de indemnización de los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor hace una referencia expresa a que, para la determinación de las cuantías de las indemnizaciones, toma en consideración las circunstancias concurrentes en la circulación de los vehículos de motor y en el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Esas circunstancias son diferentes de las que concurren en el transporte aéreo de pasajeros y en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los transportistas aéreos.

"14.- Por ello es razonable que, tal como hizo el Juzgado Mercantil, la indemnización que resulte de la aplicación del baremo sea incrementada con un porcentaje adicional, que el juzgado fijó en un 50% (...)".

Trasladando dicha jurisprudencia a este ámbito y aplicándola al presente caso, tenemos que el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE) y el artículo 32 y siguiente de la LRJSP, establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran (...)".

Así las cosas, dejando de lado la cuestión de que nada tiene que ver el caso que nos ocupa con la navegación aérea y los incrementos que en ese ámbito de la responsabilidad puedan irrogarse, en el supuesto que nos ocupa no se acredita ni fundamenta, la oportunidad de este sustancial incremento que es objeto de pretensión, por lo que no podrá estimarse.

Conclusión: se han valorado las secuelas y daños que han sido objeto de acreditación a través del Informe Pericial, en base al contenido del mismo y los criterios y tablas que la legislación establece, teniendo en cuenta la edad de la accidentada en el momento del accidente, 58 años».

Todo ello permite considerar que la indemnización de 43.439,04 euros, que le otorga la Administración es correcta y está debidamente justificada, siendo proporcional a los daños realmente padecidos. Debemos recordar el carácter meramente orientativo que, en cualquier caso, ostentan los criterios aplicables a la valoración de las lesiones y secuelas producidas en accidentes de circulación.

Por último, debemos reseñar que la cuantía que resulte 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 conformidad con lo establecido en el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública municipal se considera que es conforme a Derecho.