



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 1 8 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 7 de marzo de 2024.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 52/2024 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna el 5 de febrero de 2024, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a dicha Administración municipal iniciado por la reclamación formulada por (...), por los daños y perjuicios supuestamente causados a la interesada como consecuencia de la caída sufrida por ésta el día 31 de diciembre de 2020, sobre las 11:30 horas, según alega, a causa de un hueco de aguas fluviales en mal estado, en residencial (...), término municipal de San Cristóbal de La Laguna.

2. La cuantía reclamada supera los 6.000 € (determinada en el escrito de alegaciones presentado por la interesada con ocasión del trámite de vista y audiencia). Cuantifica la indemnización de forma parcial, referido sólo al período de incapacidad (lesiones temporales) en el importe de 10.524,06 € más las secuelas o lesiones permanentes que no cuantifica y remite su valoración a la que determine el perito designado por el Ayuntamiento, lo que determina la preceptividad del dictamen según el art. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Por otra parte, la legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Sr. Alcalde-Presidente de San Cristóbal de La Laguna, según el art. 11.1.D.e) y 12.3 de la citada ley en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la citada LPACAP, 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), así como la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (LMC).

4. En el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de la interesada, al haber sufrido en su esfera personal el daño por el que reclama, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32.1 LRJSP. Por lo tanto, tiene legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.a) LPACAP. Además, durante el transcurso del procedimiento consta que actúa mediante representante, debidamente acreditada (art. 5 LPACAP).

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Corporación Municipal, al ser la titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño. Además, la lesión o daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por lo que corresponde al Alcalde la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme dispone el art. 107 LMC, sin perjuicio de las delegaciones que pueda otorgar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 32 y 40 LMC.

Asimismo, se encuentra legitimada la empresa (...), como adjudicataria del servicio de mantenimiento, conservación y mejora de vías y espacios públicos municipales, la cual ha sido llamada al procedimiento.

Se encuentra legitimada pasivamente la referida entidad, en su calidad de adjudicataria del contrato de mantenimiento de la red viaria municipal y a cuya defectuosa prestación se imputan los daños producidos a la reclamante.

Sobre esta cuestión, resulta oportuno traer a colación la doctrina sentada por este Consejo Consultivo respecto a la responsabilidad por daños causados en ejecución de contratos administrativos, regulada actualmente en el art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se

transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En relación con dicha responsabilidad por daños causados a particulares cuando el servicio es prestado por una entidad contratista de la Administración, este Organismo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictámenes 270/2019, de 11 de julio, y 202/2020, de 3 de junio, entre otros):

«Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración municipal, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño. Se encuentra también pasivamente legitimada la entidad (...), en su calidad de concesionaria del servicio municipal (...) . Consta en el expediente la fecha de adjudicación de este contrato el 29 de julio de 2002. Las sucesivas normas reguladoras de los contratos administrativos han mantenido una regulación similar en lo que se refiere a la responsabilidad de los contratistas por los daños causados a terceros como consecuencia de la ejecución de tales contratos arts. 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 214 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, si bien, obviamente y por razones temporales, ésta última Ley no resulta aplicable en el presente asunto. La concreta legislación aplicable vendrá determinada por la fecha de adjudicación del contrato a (...), si bien, como se ha dicho, no difieren en su regulación material sobre este extremo.

Los citados artículos de la legislación de contratos están en relación con los dos últimos párrafos del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y con el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que atribuyen en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, o estos o la Administración cuenten con un seguro de responsabilidad, en cuyo caso la aseguradora está también legitimada pasivamente ante dicho orden jurisdiccional. Según los referidos artículos de la legislación de contratos, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista ni mancomunada, ni solidaria, ni subsidiariamente. Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están

legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista y las aseguradoras de una y otro, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo.

La entidad contratista y, en su caso, las aseguradoras ostentan por tanto la cualidad de interesadas según el art. 4.1.b) LPACAP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013; 132/2013, de 18 de abril de 2013; y 91/2015, de 19 de marzo; 291/2015, de 29 de julio y 41/2017, de 8 de febrero. Por esta razón la Administración ha de llamar al procedimiento administrativo al contratista y, en su caso, a su aseguradora, lo que se ha llevado a efecto en el presente caso en relación con la concesionaria del servicio».

De esta manera, resulta necesario que se le comunique la tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial a los efectos de que pueda personarse en el mismo, proponer las pruebas y realizar las alegaciones que estime oportunas en defensa de sus derechos e intereses legítimos (véase, entre otros, el Dictamen 362/2020, de 1 de octubre).

Pues bien, en el presente supuesto consta acreditado que la entidad mercantil (...) ha sido llamada al procedimiento administrativo, dándosele traslado de todas las actuaciones practicadas y brindándosele la posibilidad de formular alegaciones y/o proponer los medios de prueba que estimara convenientes en defensa de sus intereses.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues se interpone la reclamación el día 1 de octubre de 2021, previa denuncia ante la Policía Local el 5 de enero de 2021, respecto de un daño producido el día 31 de diciembre de 2020 (art. 67 LPACAP).

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP). En el presente caso, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

II

1. La reclamante presenta reclamación de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el deficiente funcionamiento del servicio municipal de

conservación y mantenimiento de las vías públicas, sobre la base de los siguientes antecedentes de hecho:

«PRIMERO.- Que el día 31 de diciembre de 2020 pasado, mientras paseaba a sus perros es las inmediaciones de su domicilio, concretamente en la Avenida (...), en la Urbanización (...), al cruzar la calle, yendo por la acera, para dirigirse hacia su domicilio sufrió una caída por un hueco enorme existente en la unión de la calzada con la acera que no es perceptible a simple vista, ejecutado para la recogida de las aguas pluviales de la vía, pero que está mal ejecutado por no disponer de rejilla u otro elemento que evite la caída de personas u objetos.

En la zona no existe paso de peatones habilitados para cruzar.

SEGUNDO.- En el momento de la caída la declarante iba acompañada de su hijo, si bien él iba más adelantado, y al escuchar los gritos de la declarante, se dio la vuelta y la ayudó a levantarse y la llevó a casa.

Igualmente, los hechos fueron presenciados por la vecina (...), que vive en el Apto. 120 del Edificio (...), que en ese momento estaba en la terraza de su apartamento, con plena visibilidad de la zona de la caída.

TERCERO.- En un primer momento nota mucho dolor, sangre en la zona del codo, y dificultad para mover el brazo derecho. En casa se limpia la herida y ante el dolor y las molestias se traslada a ambulatorio de urgencias más próximo de Tejina, donde hacen una primera asistencia, cosen la herida y la derivan a urgencias de San Benito, donde le hacen las radiografías y la remiten al Hospital, en el que finalmente se confirma la fractura de la clavícula y otras lesiones varias (hematomas y erosiones).

CUARTO.- Para evitar la intervención quirúrgica se le prescribe una inmovilización del miembro derecho en cabestrillo, de tal forma que debía tener el brazo y hombro totalmente inmovilizado incluso para dormir, precisando de ayuda de su hijo para las actividades más esenciales de la vida, tales como asearse, vestirse, hacer la comida, atender la casa y los perros, etc, estando con el cabestrillo y el brazo inmovilizado un mes y medio aproximadamente.

Durante este período la atiende su hijo, que retrasa su vuelta a la Península.

QUINTO.- La fractura de la clavícula selló de forma correcta, y el médico le dijo esperar un tiempo prudencial para ver la evolución y, en la siguiente cita, a la declarante le confirma que persiste el dolor en el hombro y en el brazo y las limitaciones a la movilidad, lo que el traumatólogo confirma, motivo por el que se le prescribe la prueba de resonancia magnética que se realiza en fecha 14.04.2021, detectándose, además, la rotura de un tendón.

SEXTO.- Después del diagnóstico de rotura de tendón, se le indicó que debía hacer tratamiento rehabilitador, al que ha sido llamada en este mes de septiembre, encontrándose actualmente en tratamiento rehabilitador, y sin terminar el mismo.

(...) ».

Acompaña a la reclamación plano de situación del lugar de la caída, fotografías del desperfecto, denuncia efectuada ante la Policía Local y diversa documentación médica. También propone como prueba declaración testifical de una vecina de la zona.

III

Del examen del expediente administrativo, consta la realización de los siguientes trámites:

1. Con anterioridad al inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, constan los siguientes trámites:

a) Atestado de la policía local, relativo a denuncia de fecha 5 de enero de 2021, donde la denunciante manifiesta: *«Que el día 31 de diciembre de 2020 sobre las 11.30 aproximadamente en la zona conocida como el residencial (...), término municipal de San Cristóbal de la Laguna cuando paseaba por la acera con sus canes frente al número 16, e la Avda. (...), con la mala fortuna que pisa lateralmente en la calzada, habiendo un gran hueco de aguas fluviales que no se encuentra en condiciones de mantenimiento provocándole lesiones de bastante consideración. Se adjunta parte de lesiones a las presentes.*

Que acto seguido, regresa a su casa pero a la vista de encontrarse mareada con vómitos con dolores es derivada por un compañero de trabajo de su hijo hasta el centro médico de Tejina quien la valoran y derivan al puesto sanitario de urgencias de San Benito y tras su diagnóstico, se deriva al HUC (...). ».

A la denuncia se incorporan fotos del lugar de la caída, informe médico de Atención Primaria e informe clínico de urgencias del Hospital Universitario de Canarias, ambos del día 31 de diciembre de 2020.

b) Informe del Área de Obras e Infraestructuras, de 25 de febrero de 2021, en relación con este incidente, en el que se indica lo siguiente:

«a) El mantenimiento de las vías municipales es competencia del Área de Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna.

b) El 9 de junio de 2017 comenzó a funcionar el "Servicio de Mantenimiento, Conservación y Mejora de las vías y Espacios Públicos", adjudicado a la empresa (...)

c) No se trata de un elemento mal ubicado, sino de un rebaje existente en el asfalto de la calzada para canalizar las aguas de la lluvia hacia el imbornal tipo buzón que allí se encuentra.

d) El Servicio se presta por la empresa adjudicataria.

e) Desde esta Área no se ha emitido con anterioridad informe acerca de este incidente.

f) No existe señalización, dado que no se trata de un desperfecto en la acera, sino de un rebaje del asfalto para facilitar la evacuación de las aguas hacia el imbornal.

g) Se hace constar que el incidente tuvo lugar en la calzada, debiendo los peatones transitar por la acera.

h) No consta en esta Área los hechos y circunstancias que se indican, salvo el presente expediente. No hubo presencia policial.

i) No se ha tenido conocimiento con anterioridad de otros incidentes ocurridos en el lugar por las mismas razones».

2. La interesada presenta escrito ante el Registro General del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, el día 1 de octubre de 2021, interponiendo reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos el día 31 de diciembre de 2020, según alega, a causa de una caída sufrida por la existencia de un hueco en la unión de la calzada con la acera para canalizar las aguas de la lluvia, mal ejecutado, en la Avenida (...), en Bajamar, en el término municipal de San Cristóbal de La Laguna, acompañado de diversa documentación y designando representante.

Junto al escrito de reclamación se aportan los siguientes documentos:

Plano de situación del lugar del accidente y fotografía aérea de Grafcan.

Fotografía de hueco de la calzada.

Informe médico de urgencias del centro de salud de Tejina de 31/12/2020.

Informe médico de Urgencias del HUC de 31/12/2020.

Denuncia de los hechos ante la policía local el 5 de enero de 2021.

Informe de la resonancia magnética de 14/04/2021.

En ese escrito también solicita que se tome declaración como testigo a (...) y a su hijo que le acompañaba en ese momento.

3. Mediante Resolución de inicio de fecha 17 de enero de 2022, se resolvió admitir la reclamación e iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial,

requiriendo a la interesada para que aportara diversa documentación, y dando traslado del expediente a la mercantil (...) para que presentara las alegaciones que estimara convenientes.

4. La empresa (...), adjudicataria del servicio de mantenimiento, conservación y mejora de vías y espacios públicos municipales presentó escrito de alegaciones el 11 de febrero de 2022 en el que solicitaba se declare su falta de responsabilidad en los daños sufridos por la reclamante.

5. Con fecha 15 de febrero de 2022 (...), actuando en nombre y representación de (...), formula escrito de alegaciones en el que manifiesta:

«-Los imbornales ejecutados no cumplen con las exigencias mínimas de seguridad y de accesibilidad, en la forma que están ejecutados se trata de huecos abiertos en la calzada, sin señalización alguna, pudiendo caer a los mismos todo tipo de personas, en especial personas de movilidad reducida y niños, al no ser estos visibles.

- Se adjuntan fotografías de los imbornales obtenidas de GRAFCAN.

- No existen en la zona pasos de peatones suficientes habilitados para cruzar por lo que los peatones necesariamente tienen que invadir la vía por diferentes tramos para llegar a sus viviendas.

- Además, en la zona que están ejecutados, se transita por los peatones al aparcar sus vehículos, pudiendo incluso causarse daños en las ruedas (...).»

En cuanto a los daños por los que reclama, manifiesta que la caída le produce herida que se sutura, hematomas, erosiones y fractura de clavícula. Pasado el mes y medio de inmovilización con cabestrillo se confirma que la fractura de la clavícula ha sellado correctamente, pero persiste dolor en hombro y brazo derecho, con limitación en movimientos y en fuerza. Para estudio de las posibles causas se le hace resonancia magnética, que se realiza en fecha 14.04.2021, con el resultado de rotura de tendón en hombro derecho. Se le pauta rehabilitación y termina las sesiones pautadas en octubre de 2021, pendiente de obtener informe de alta, persistiendo como secuelas en el hombro derecho: Rotura del tendón, dolores (algias), limitaciones en el movimiento y en la fuerza de la articulación.

Cuantifica el daño sólo respecto al período de lesiones temporales desde el 31 de diciembre de 2020 al 31 de octubre de 2021 en el importe de 10.524,06 €, más las secuelas o lesiones permanentes que no cuantifica y remite su valoración a la que determine el perito designado por el Ayuntamiento.

Se propone como prueba, la documental que presentó junto con el escrito de reclamación inicial, la acompañada al escrito de alegaciones, prueba testifical de (...), y que se emita informe por los servicios técnicos municipales sobre si la ejecución de los imbornales cumple con la normativa de aplicación en cuanto a seguridad y accesibilidad.

6. Por Resolución de 27 de abril de 2022 se acuerda admitir a trámite la prueba propuesta por (...), consistente en practicar prueba testifical a (...), la cual se realizará en el Servicio de Hacienda y Patrimonio de esta Corporación, el día 17 de mayo de 2022 a las 11:00 h. Y se acuerda notificar a (...), letrada Colegiada n.º 3.863 del ICATF, apoderada de la interesada. Sin embargo, en la documentación remitida a este Consejo, no consta la notificación de la prueba testifical a la representante de la reclamante mediante notificación telemática. Sólo consta notificación a la reclamante y a la testigo en sus respectivos domicilios, pero sin acuse de recibo.

7. El día 17 de mayo de 2022 se practica la prueba testifical admitida, a la que no comparece la reclamante ni su representante.

8. El 25 de marzo de 2023 la representante de la interesada presenta escrito solicitando información sobre estado de tramitación, manifestando que *«Hasta la fecha no se ha notificado a esta parte para la práctica de la prueba propuesta, en especial la prueba testifical, ni tampoco se nos ha dado traslado de la existencia de compañía aseguradora que cubra el siniestro por parte de ese ayuntamiento o por parte de la empresa adjudataria del mantenimiento de la vía, la mercantil (...)»*, y solicita el acceso al expediente íntegro, así como la obtención de copia digitalizada del mismo.

9. El 4 de abril de 2023 se notifica a la representante de la interesada el traslado de copia del expediente de responsabilidad patrimonial y se le informa que dicho expediente se encuentra en fase de instrucción.

10. El 4 de abril de 2023 se reitera a la aseguradora (...) del Ayuntamiento, nuevamente, las anteriores peticiones remitidas el 21 de febrero de 2022, 10 de noviembre de 2022 y 23 de enero de 2023, adjuntando copia completa del expediente administrativo relativo a reclamación de responsabilidad patrimonial, a fin de que se proceda a valorar la indemnización, de acuerdo con el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

11. El 12 de abril de 2023 la compañía aseguradora del Ayuntamiento remite informe médico de valoración del daño donde establece 67 días de perjuicio personal básico más el período de rehabilitación que no concreta, y 45 días de perjuicio personal particular moderado. En las secuelas establece que no procede por no contar con informe de alta en rehabilitación. En el informe se determinan los conceptos indemnizables pero no se cuantifica el importe de la indemnización que, en su caso, correspondería a la interesada.

12. El 14 de agosto de 2023 se notifica, nuevamente, oficio de reiteración a la aseguradora (...) del Ayuntamiento, adjuntando copia completa del expediente administrativo relativo a reclamación de responsabilidad patrimonial, a fin de que se proceda a valorar la indemnización.

13. El 6 de noviembre de 2023 se notifica a la representante de la interesada trámite de audiencia con carácter previo a la propuesta de resolución, otorgando plazo para formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes. La interesada no presenta alegaciones. El mismo trámite de audiencia se otorga a la empresa contratista del servicio el día 25 de octubre de 2023, que tampoco formula alegaciones.

14. Con fecha 24 de enero de 2024 se emite Propuesta de Resolución de sentido desestimatorio.

IV

1. Desde el punto de vista procedimental se advierten defectos en la fase probatoria, en relación a la práctica de prueba, concretamente respecto de la notificación a la representante de la interesada de la admisión y práctica de la prueba testifical propuesta.

En la resolución de admisión de la prueba por resolución de 27 de abril de 2022 se acuerda admitir la prueba propuesta por (...) consistente en practicar prueba testifical de (...), señalando para su práctica el día 17 de mayo de 2022 a las 11:00 h. Si bien, se acuerda notificar a (...), letrada Colegiada n.º 3.863 del ICATF, apoderada de la interesada dicha resolución, no consta en el expediente la recepción de esta.

Debemos tener en cuenta que la reclamante actuaba en el procedimiento por medio de representante, siendo designada la abogada (...), la cual, en el escrito de alegaciones a la resolución de inicio, solicita que las notificaciones se practiquen de forma telemática través de DEHU, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.2 LPACAP. Además, no debe olvidarse que si los interesados actúan por medio

de representante, el art. 5.1 LPACAP dispone que han de entenderse con este representante las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra de la interesada.

Sin embargo, no consta en el expediente la notificación telemática de la práctica de la prueba testifical a la representante de la reclamante. Sólo consta notificación a la reclamante en su domicilio, pero sin acuse de recibo, de modo que no es posible determinar que la efectiva recepción de la notificación por la interesada. Lo cual se corrobora por el hecho de que la representante de la reclamante en el escrito que presenta el 25 de marzo de 2023 solicitando información sobre estado de tramitación, alega que no se le había notificado la práctica de la prueba propuesta, en especial la prueba testifical. La prueba se había ya practicado el pasado mes de mayo de 2022.

De este modo, consta en el expediente que la prueba se practicó el 17 de mayo de 2022, sin la presencia de la interesada ni de su representante, ya que no se le había comunicado la realización de las pruebas admitidas.

La práctica de la prueba en el procedimiento administrativo regulada en el art. 78 LPACAP se basa en dos principios: el principio de contradicción y el principio de audiencia. Para garantizar dichos principios los apartados 1 y 2 del art. 78 LPACAP establecen la obligación por parte de la Administración de comunicar a los interesados con antelación suficiente el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba. Si bien no es necesaria su presencia para la práctica de la prueba testifical, si debe comunicarse a la interesada lugar, fecha y hora en la que se practicará la prueba, a efectos de que pueda comparecer si lo considera necesario, y formular las preguntas pertinentes.

De este modo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1599/2023, de 29 de noviembre, resalta la importancia de lo previsto en los dos apartados citados señalando:

« (...) De ellos se desprende que al interesado se le ha debido comunicar con antelación suficiente el comienzo de la realización de las pruebas admitidas y que esa comunicación ha de comprender la indicación del lugar, fecha y hora en que se practicará así como ha de informarle de que puede nombrar técnicos que le asistan. Una comunicación de la naturaleza de la que contempla este precepto legal no es para mero conocimiento del interesado sino, precisamente, para que pueda personarse en el acto en que se lleva a cabo

la prueba. No queda, pues, al parecer del instructor hacer o no esa comunicación, y tampoco hacerla incompleta. De igual modo, no queda a su decisión permitir o no la presencia de aquél, pues en tal hipótesis no tendría sentido la comunicación exigida por la Ley. Además, si no puede estar presente, ¿en qué y cómo sería asistido por los técnicos que puede nombrar?

Los términos en que está concebido el artículo 78 conducen directamente a la conclusión de que contempla la presencia en la prueba del interesado (...).

(...) La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

De acuerdo con lo dicho en el fundamento anterior hemos de responder a la cuestión que nos ha sometido el auto de admisión de este modo: en supuestos como el de autos, del artículo 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados los datos referidos a la práctica de la prueba testifical a los efectos de que puedan estar presentes en su práctica e intervenir en ella».

Por tanto, se admitió la prueba testifical que la interesada había propuesto, pero la practicó por sí solo el instructor. De este modo queda por determinar si esta infracción causó efectiva indefensión a la interesada, y si ese testimonio adquirió un peso determinante a la hora de dictar la propuesta de resolución, además de si hubiera variado el sentido de la propuesta de haberse practicado con asistencia de la interesada o su representante.

Por una parte, es llamativo que la representante de la reclamante cuando solicita el 25 de marzo de 2023 información sobre el estado de tramitación del expediente, y en concreto sobre la práctica de la prueba testifical, se le da traslado de copia del expediente de responsabilidad patrimonial y se le informa que dicho expediente se encuentra en fase de instrucción, constanding ya en esa fecha la celebración de la prueba testifical. No obstante, no formula alegación alguna al respecto, ni tampoco presenta alegaciones en el trámite de audiencia que pongan de manifiesto su oposición en relación con su ausencia en la práctica de la testifical.

En cuanto a la relevancia material que pudo tener la ausencia de la reclamante o su representante en la práctica de la prueba testifical, debemos partir de los motivos consignados en la propuesta de resolución para la desestimación de la reclamación.

En la Propuesta de Resolución se considera que no existe nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado dañoso, sobre la base de la documentación obrante en el expediente, y más concretamente del informe del Área de Obras e Infraestructuras, de fecha 25 de febrero de 2021, de donde se deriva que no es posible afirmar que exista desperfecto alguno ni en la acera ni en la calzada y,

por el contrario, se considera que ha quedado de manifiesto que la interesada transitaba indebidamente por la calzada en lugar de por la acera, con la consecuente falta de diligencia de la perjudicada. Y esta última conclusión se deriva de la prueba testifical practicada, puesto que en la propuesta de resolución se recoge que al preguntar a la testigo si *«¿pudo comprobar si el interesado caminaba de forma distraída?»* la testigo manifiesta que *“iba mirando un árbol o unas plantas y se acercó mucho al borde cayéndose a la calle»*.

Por tanto, la convicción a la que se llegó, aunque reposa en cierta medida en la prueba testifical practicada, no fue la única prueba que fue tomada en cuenta a la hora de analizar el nexo causal, por lo que el sentido de la resolución no hubiera variado de haberse practicado la testifical en presencia de la interesada. Por otra parte, no se ha producido efectiva indefensión, en el sentido de que, informada la misma sobre la práctica de la prueba testifical, la representante de la reclamante no manifestó su disconformidad con la práctica de la prueba sin su presencia.

Las consideraciones desarrolladas hasta ahora conducen a la conclusión de que, aunque en la práctica de la prueba se produjo la infracción del art. 78, las consecuencias de esa infracción no fueron las de impedir una contradicción imprescindible y así causar indefensión a la interesada.

2. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación de la interesada al considerar que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos (mantenimiento de la vía pública) y el resultado dañoso (daños físicos) por los que se reclama, ya que se considera que, de la documentación obrante en el expediente, más concretamente del informe del Área de Obras e Infraestructuras, de fecha 25 de febrero de 2021, no es posible afirmar que exista desperfecto alguno ni en la acera ni en la calzada; y, por el contrario, ha quedado de manifiesto que la interesada transitaba indebidamente por la calzada en lugar de por la acera, con la consecuente falta de diligencia de la perjudicada.

3. 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».*

Asimismo, como se ha razonado reiteradamente por este Consejo Consultivo, el art. 32 LRJSP exige para que surja la obligación de indemnizar de la Administración, que 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.

4. 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 540/2021, de 11 de noviembre):

«2. Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer 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, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera 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. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y 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, (arts.78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) 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.

3. *Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP).*

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art. 386 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

Pero sin prueba del acaecimiento del hecho lesivo, la Administración no lo puede considerar probado con base en la mera afirmación de la reclamante porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

La Administración, cuya actividad está siempre dirigida a la consecución del interés público y por ello regida por el principio de legalidad, no puede disponer el objeto de un procedimiento de reclamación de su responsabilidad patrimonial (art. 281.3 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC) y admitir sin prueba la existencia del hecho lesivo; puesto que la indemnización sólo procede en caso de que la lesión haya sido producida por el funcionamiento del servicio público (art. 139.1 LRJAP-PAC), por cuyo motivo la resolución (y por ende su propuesta y el Dictamen sobre ella) debe pronunciarse necesariamente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida (art. 13.2 RPAPRP y concordante art. 12 del mismo). Como no existe relación de causalidad sin que exista la causa que es el hecho lesivo, la propuesta de resolución debe pronunciarse sobre la existencia de éste, fundamentándola en las pruebas aportadas; y si éstas no son directas, razonando por qué a partir de las indirectas debe presumirse su realidad. Esta motivación sobre la prueba del acaecimiento del hecho lesivo es ineludible tanto en virtud de la remisión del art. 80.1 LRJAP-PAC al art. 386 LEC, como por el art. 54.1, f) LRJAP-PAC en relación con el art. 13 RPAPRP.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, como resulta de que el art. 6.1 RPAPRP obligue a que el escrito de reclamación debe proponer los medios de prueba y aportar los documentos e informes oportunos; del art. 7 RPAPRP que prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la reclamación, entre los que se hallan, según los arts.12 y 13 RPAPRP, la causa de la lesión o hecho lesivo; del art. 9 RPAPRP que contempla un período probatorio; y, por último, del art.

14 RPAPRP que permite recurrir al procedimiento abreviado únicamente cuando de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general resulte inequívoca, además de otros datos, la relación de causalidad.

El art. 80.2 LRJAP-PAC sólo permite que la Administración pueda tener por ciertos los hechos alegados por los interesados cuando su realidad le conste por actuaciones y documentos anteriores, por ser notorios o porque el interesado, al iniciar el procedimiento, ha aportado pruebas documentales o de otro tipo que los demuestren incontestablemente, deviniendo innecesaria la práctica de prueba.

Por último, si se admitiera que la Administración puede admitir sin prueba la realidad de la causa de la lesión o, lo que es lo mismo, sin razonar por qué establece la presunción de su certeza, entonces se lesionaría la prohibición de interdicción de la arbitrariedad, porque sus agentes, según su libre albedrío y sin parámetro legal alguno, en unos casos admitirían su existencia y en otros la negarían; y, además, todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, basado en el requisito de que la lesión sea causada por el funcionamiento de un servicio público, se derrumbaría, porque bastaría que cualquiera alegara sin más que la actividad de la Administración le ha causado un daño y probara su cuantía para que automáticamente obtuviera su reparación».

5. En relación con el supuesto analizado se ha de indicar que, si bien la realidad del hecho lesivo ha quedado acreditada a través de los instrumentos probatorios aportados por la interesada (fundamentalmente, mediante los informes médicos incorporados a las actuaciones), sin embargo, las circunstancias concretas de cómo se produjo dicho evento dañoso no se han probado en el presente procedimiento.

En efecto, en el caso examinado las pruebas presentadas por (...) sobre la producción del evento dañoso -caída en la calle frente al n.º (...) de la Avda. (...)- sólo acreditan que la afectada se lesionó el día 31 de diciembre de 2020, con el alcance que figura en los informes médicos que aporta, donde queda constancia de que la caída le produce una fractura de clavícula derecha, que se consolida sin tratamiento quirúrgico y tendinopatía con rotura parcial del tendón supraespinoso, que precisó tratamiento fisioterápico.

Sin embargo, no consta acreditado que la causa de la caída sea imputable al servicio público municipal.

Sobre el modo, manera o circunstancias en las que se produce el hecho lesivo, la reclamante no ha acreditado que la caída haya sido debida a desperfectos o falta de mantenimiento en el hueco de aguas pluviales existentes en la calzada.

En la denuncia que realiza la reclamante ante la policía local el día 5 de enero de 2021, manifiesta que se cae cuando paseaba por la acera con sus canes frente al

número 16, de la Avda. (...), *«con la mala fortuna que pisa lateralmente en la calzada, habiendo un gran hueco de aguas fluviales que no se encuentra en condiciones de mantenimiento provocándole lesiones de bastante consideración».*

En la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con posterioridad, alega que, el día 31 de diciembre de 2020 pasado, mientras paseaba a sus perros es las inmediaciones de su domicilio, *«al cruzar la calle, yendo por la acera, para dirigirse hacia su domicilio sufrió una caída por un hueco enorme existente en la unión de la calzada con la acera que no es perceptible a simple vista, ejecutado para la recogida de las aguas pluviales de la vía, pero que está mal ejecutado por no disponer de rejilla u otro elemento que evite la caída de personas u objetos. En la zona no existe paso de peatones habilitados para cruzar».*

Y la única testigo de los hechos, manifiesta que vio caerse a la interesada, que pisó mal y se cayó del borde de la acera a la calle. En cuanto a la causa del incidente manifiesta que en la zona hay gravilla en el suelo que resbala y que la interesada iba mirando un árbol o unas plantas y se acercó mucho al borde cayéndose a la calle.

Tampoco hubo presencia policial en el lugar y día del incidente.

Por otra parte, en el Informe del Área de Obras e Infraestructuras, de 25 de febrero de 2021, se indica que no se trata de un elemento mal ubicado, sino de un rebaje existente en el asfalto de la calzada para canalizar las aguas de la lluvia hacia el imbornal tipo buzón que allí se encuentra, que no se trata de un desperfecto en la acera, sino de un rebaje del asfalto para facilitar la evacuación de las aguas hacia el imbornal.

Por tanto, en cuanto al mecanismo causal de la caída, las manifestaciones de la interesada en el escrito de denuncia y en el escrito de reclamación, (se aprecian versiones distintas al respecto) no han quedado acreditadas con prueba suficiente para imputar al servicio público municipal la responsabilidad de la misma. No se han aportado indicios probatorios firmes sobre la causa de producción del percance, y todo indica que fue debido a una falta de diligencia de la interesada a la hora de deambular por la acera.

Además, la caída se produjo a plena luz del día, sin ningún elemento que obstaculizara la visión del imbornal, constando que la interesada era residente en las inmediaciones y que se encontraba paseando a sus perros -paseo que debía reiterar todos los días-, por lo que debía conocer perfectamente la zona y la ubicación del

imbornal. Asimismo, dada la inexistencia de pasos de peatones cercanos, debía de extremar su precaución si tenía que bajar desde la acera a la calzada para cruzar la calle, lo que no parece que sucediera. En consecuencia, circunstancias como las descritas nos conducen también a deducir una falta de cuidado al deambular por parte de la reclamante.

6. En todo caso, aun en la hipótesis de que se considerara que el imbornal supusiera un desperfecto en la forma en la que está ejecutado, en los Dictámenes 48/2021, de 4 de febrero, 119/2021, de 11 de marzo, 594/2021, de 16 de diciembre, 216/2022, de 2 de junio, y 490/2023, de 30 de noviembre, siguiendo la reiterada doctrina de este Consejo Consultivo sobre las caídas de los peatones en las vías públicas por el mal estado de estas, se ha señalado que:

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

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

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

Y añade el Dictamen 307/2018:

“No obstante, este Consejo también ha mantenido que los ciudadanos tienen derecho, cuando transitan por los espacios públicos destinados a tal fin, a hacerlo con la convicción de una razonable seguridad y es obligación de la Administración mantener las vías públicas en adecuadas condiciones de conservación, velando por la seguridad de los usuarios de las mismas, adoptando las medidas que fueren necesarias con el fin de evitar la existencia de riesgos que culminen con un accidente como el aquí producido (Dictámenes 468/2014, de 30 de diciembre; 441/2015, de 3 de diciembre; 4/2016, de 12 de enero; 115/2016, de 12 de abril; 274/2016, de 19 de septiembre; 463/2017, de 19 de diciembre y 91/2018, de 7 de marzo, entre otros).

Al respecto este Consejo Consultivo ha manifestado en el reciente Dictamen 85/2018, de 1 de marzo, que es responsabilidad de las Administraciones Públicas titulares de las vías asegurar que en los lugares de obligado paso y uso por los peatones no existan obstáculos o elementos que dificulten su deambulación segura y que estos usuarios pueden depositar su confianza en que las mismas velarán por el adecuado estado de dichos lugares y no se vean obligados a incorporar especiales cautelas en su utilización”».

Así mismo, en el Dictamen 382/2019, de 29 de octubre, se afirma:

« (...) En lo que atañe al nexo causal, se ha superado la inicial doctrina que supeditada 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».

En definitiva, aplicando esta doctrina, aun en la hipótesis de que el imbornal estuviera mal ejecutado o fuera defectuoso -lo que no se ha demostrado-, la falta de cuidado al deambular de la propia interesada hubiera producido la ruptura del nexo causal.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por (...), se considera conforme a Derecho.