Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 4 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de abril de 2024.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 124/2024 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Puerto del Rosario el 6 de marzo de 2024 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 8 de marzo de 2024), tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución (en adelante, PR) del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a dicha Administración municipal iniciado por la reclamación formulada por (...) por los daños que se alegan causados por el funcionamiento del servicio público viario de titularidad municipal.

Concretamente reclama por los daños y perjuicios supuestamente causados como consecuencia de la caída sufrida el día 2 de junio de 2021, al pisar un hueco en la acera de la calle (...) esquina calle (...), sufriendo fractura de codo (cubito y radio), solicitando una indemnización por importe de 6.700 € calculado provisionalmente.

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 6.700 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

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

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 el art. 12.3 LCCC.

3. En el análisis a efectuar resultan de aplicación además de la citada LPACAP, los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (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 [arts. 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.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* arts. 25.2.d) y 26.1.a) LRBRL.

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 2 de junio de 2021 y el escrito de reclamación se presenta ante la Corporación Municipal con fecha 8 de junio de 2021, por ello 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 ello, 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, sin perjuicio de las posibles delegaciones que pudiera efectuar y que en este caso según resulta del expediente se ha producido en la Concejala Delegada de contratación por Decreto de la Alcaldía 3124, de 19 de junio de 2023.

8. Además, el 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 y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del servicio público municipal. En este sentido, la pretensión resarcitoria planteada por la perjudicada se fundamenta en los siguientes presupuestos fácticos:

«Formula reclamación de responsabilidad patrimonial por caída al pisar un hueco en la acera de las calles (...) y (...), sufriendo fractura de codo (cúbito y radio) y lesiones. Solicita ser indemnizada de forma provisional con la suma de 6.700 euros ya que existe posibilidad de segunda operación».

Junto con la reclamación aporta los siguientes documentos:

- Fotografías del lugar de los hechos.

- Parte de lesiones emitido por el Servicio de Urgencias del Hospital General de Fuerteventura el día 2 de junio en el que consta una descripción de los hechos según refiere la paciente, señalando: «*Paciente que refiere caída fortuita tras caída con contusión en codo izquierdo. Me refiere caída fortuita tras tropiezo por mal estado de la acera sobre las 08:45 h en el Barrio de (…) cerca de la Panadería (...). Tras caída dolor e impotencia funcional por lo que acude a urgencias».* Tras realización Rx se confirma fractura-luxación de codo izquierdo y se decide intervención quirúrgica urgente.

- Informe clínico de urgencias

III

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

1. El procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial efectuado el día 8 de junio de 2021.

2. El 14 de junio de 2021 se notifica a la entidad aseguradora de la Corporación municipal, a través de la Correduría de seguros (...), la interposición de la reclamación y se solicita a dicha Correduría informe técnico del servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la presunta lesión indemnizable.

3. El 4 de marzo de 2022 la interesada presenta escrito ante el Ayuntamiento en el que expone que tras la presentación de la reclamación el día 8 de junio de 2021 y transcurridos más de ocho meses no ha recibido respuesta alguna. Además, alega que ha finalizado el tratamiento médico y rehabilitador, por lo que aporta los informes médicos pertinentes al objeto de ser tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización. Solicita que se proceda a la tramitación del procedimiento y se dicte resolución estimatoria de la indemnización de daños y perjuicios acreditados.

4. El 9 de marzo de 2022 se traslada la documentación médica aportada por la reclamante a la Compañía aseguradora para la valoración correspondiente.

5. No consta el informe preceptivo del Servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable (art. 81.1 LPACAP).

6. Se otorga trámite de audiencia a la interesada por un plazo de diez días para que comparezca y alegue cuanto estime pertinente, sin embargo, no consta que se haya practicado notificación a la interesada de dicho trámite de audiencia.

7. El 17 de abril de 2023 la interesada a través del Letrado (...) que actúa en su nombre y representación, presenta escrito en el que solicita que se adopten las medidas pertinentes para que se atienda su solicitud de responsabilidad patrimonial, y se indique el número de Orden de tramitación de la solicitud, el estado actual de tramitación del expediente y la identidad de las autoridades y personas al servicio de esa Administración responsables de la tramitación del procedimiento.

8. Se dicta PR (se desconoce su fecha de emisión), la cual es de sentido desestimatorio, al considerar el órgano instructor que no concurre relación de causalidad entre el funcionamiento del Servicio y el daño reclamado. Además, considera que concurre imprudencia por parte de la reclamante, al transitar por la calzada y cruzando por una zona no habilitada al efecto.

IV

1. Analizado el expediente que nos ocupa y a la vista de la documentación incorporada al mismo, este Consejo Consultivo considera que nos encontramos ante un procedimiento incompleto, por carecer prácticamente de instrucción y con defectos procedimentales que determinan la indefensión de la interesada.

En primer lugar, se puede constatar la inexistencia del preceptivo informe del servicio presuntamente causante del daño (art. 81.1 LPACAP). En la PR se señala que dicho informe fue solicitado el 16 de junio de 2021 y no fue emitido en plazo. Sin embargo, de la documentación que obra en el expediente remitido, se constata que no se solicitó dicho informe, puesto que el único informe solicitado fue el de la compañía Aseguradora del Ayuntamiento, la cual de ningún modo puede considerarse como el servicio público de titularidad municipal cuyo funcionamiento causó la presunta lesión indemnizable.

Según previene el art. 81.1 LPACAP: *«En el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión».*

Es del parecer de este Consejo Consultivo que incumbe la emisión de este informe a la Administración a la que le corresponde la instrucción del presente procedimiento y contra la que se dirige en suma la reclamación de responsabilidad. Así pues, debe ser evacuado dicho informe por la Administración titular del servicio concernido; y no cabe, por tanto, que la compañía aseguradora con la que el Ayuntamiento tenga concertada póliza de seguro para cubrir el riesgo asegurado pueda sustituir en la indicada tarea a quien legalmente le corresponde.

Este informe es de carácter preceptivo en tanto que directamente impuesto *ex lege*, según tenemos reiteradamente declarado.

A mayor abundamiento, en el caso de que, tal y como se señala en la PR, se hubiera solicitado dicho informe preceptivo al servicio competente (lo que, como se ha indicado, no consta que se haya efectuado) y no se hubiera emitido en plazo, ello no permite la continuación del procedimiento, puesto que el art. 80.3 LPACAP exceptúa de dicha posibilidad de proseguir las actuaciones cuando se trate de un informe preceptivo, en cuyo caso se podrá suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento.

Asimismo, la Administración no abrió periodo probatorio alguno para que la interesada pudiera ejercitar su derecho de defensa (art. 77.2 LPACAP). Pero, es más, tampoco se ha dado el preceptivo trámite de vista y audiencia a la reclamante, tal como prescribe el art. 82 LPACAP.

Si bien en la PR se indica que mediante notificación de 11 de enero de 2024 se procedió a dar trámite de audiencia a la interesada y que obra en el expediente acuse de recibo de dicha notificación, lo cierto es que revisado el expediente remitido no consta practicada dicha notificación, puesto que el único acuse de recibo que consta en el expediente es de fecha 16 de enero de 2024 y figura como no entregado por ausente, habiéndose practicado en un domicilio distinto al indicado por la interesada en la reclamación, así como en los distintos escritos presentados por la misma ante el Ayuntamiento. De hecho, durante la tramitación del procedimiento no consta que se haya practicado ninguna notificación a la interesada, lo que conllevó a que la misma presentara hasta dos escritos solicitando información sobre el estado de tramitación del expediente y el impulso del mismo.

Como hemos manifestado en ocasiones anteriores, ver por todos el Dictamen 116/2021, de 11 de marzo: *«1. Analizado el expediente que nos ocupa y a la vista de la documentación incorporada al mismo, este Consejo considera que nos encontramos ante un procedimiento incompleto, siendo en puridad inexistente su instrucción.*

Así, en primer lugar, no se ha recabado informe del Servicio al que se atribuye por la reclamante la presunta lesión indemnizable.

La preceptividad de este informe deriva del art. 81.1 LPACAP, el cual señala que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo para su emisión. En el expediente no consta informe del Servicio del Ayuntamiento responsable del mismo, que deberá recabarse.

Por otro lado, la PR desestima la reclamación formulada por la interesada, puesto que el órgano instructor considera que no se ha probado la existencia de relación de causalidad entre las obras municipales y los daños reclamados, tanto porque no se ha acreditado el propio hecho lesivo, como la existencia de un daño antijurídico, sin embargo, no se ha abierto trámite probatorio para poder llegar a dicha conclusión. En consecuencia, es necesario retrotraer las actuaciones y acordar la apertura del trámite probatorio, pues se funda ante todo la PR en la falta de prueba del daño, sin que se haya concedido a la interesada el preceptivo trámite al efecto, causándole, pues, una evidente indefensión. En este sentido, tal y como señaláramos en nuestro Dictamen 220/2020, de 3 de junio de 2020, «la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1997, que recogiendo las SSTC

43/1989 (EDJ 1989/1852), 101/1990 (EDJ 1990/5855), 6/1992 (EDJ 1992/270) y 105/95 (EDJ 1995/3109), aclara que para que pueda apreciarse una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE (EDL 1978/3879), es necesario que esta sea material y no meramente formal, lo que implica que el pretendido defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa y que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del interesado; no procediendo, en ningún caso, la retroacción de las actuaciones cuando el resultado del litigio hubiera permanecido inalterable de no haberse producido la omisión denunciada; de semejante tenor la STS 11 de noviembre de 2000, que apunta que para dar lugar a la nulidad de las actuaciones es necesario que concurran, por una parte, unos claros y manifiestos defectos de forma, y por otra que estos defectos hayan causado indefensión a quien denuncia el defecto; añadiendo que se precisa, además, que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que pongan fin al proceso, y que estas no sean susceptibles de recurso.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 estableció que "La efectividad de la indefensión requiere la concurrencia de determinados requisitos, y así: Que el análisis de la indefensión se realice siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre (EDJ 1986/145)); que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional [SSTC 186/1998 (EDJ 1998/30678), 145/1990 (EDJ 1990/8850), 230/1992 (EDJ 1992/12339), 106/1993 (EDJ 1993/2815), 185/1994 (EDJ 1994/14449), 1/1996 (EDJ 1996/15), 89/1997 (EDJ 1997/2615), entre otras muchas], y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas y que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca [STC 57/1984, de 8 de mayo (EDJ 1984/57)), bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981 (EDJ 1981/9),1/1983 (EDJ 1983/1), 22/1987 (EDJ 1987/22), 36/1987 (EDJ 1987/36), 72/1988 y 205/1988), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre (EDJ 1985/126)], o bien por una conducta de ocultamiento en aquellos supuestos en los que el motivo invocado para instar la nulidad se funda en la falta de emplazamiento, incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento (STC 109/1985, de 8 de noviembre"».

En igual sentido se ha pronunciado este Órgano Consultivo en el Dictamen 526/2023, de 21 de diciembre.

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al presente asunto y determina la necesidad de retrotraer las actuaciones con la finalidad tanto de recabar el informe del servicio al que se le imputa la causación del daño al tratarse un informe preceptivo (art. 81.1 LPACAP), así como abrir periodo probatorio a fin de que la

interesada pueda aportar y practicar las pruebas que a su derecho convengan (art. 77 LPACAP).

Por último, una vez practicadas las anteriores actuaciones, habrá de otorgarse el preceptivo trámite de vista y audiencia a la interesada, así como, en su caso, a la empresa contratista que pudiera haber prestado el servicio de mantenimiento que pudo causar los daños que se reclaman [art. 4.1.b) LPACAP], tras lo cual se emitirá una nueva PR, que será objeto del preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

2. Por todo lo expuesto, no es posible entrar a conocer del fondo del asunto, no siendo conforme a Derecho la PR por falta de la adecuada instrucción del procedimiento, procediendo la retroacción del mismo a fin de realizar los trámites señalados en el apartado anterior del presente Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La PR sometida a dictamen, que desestima la pretensión resarcitoria de la interesada, no se considera conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen, debiendo retrotraerse las actuaciones con la finalidad de realizar los trámites que se indican en el citado Fundamento.