

Expediente Núm. 96/2007
Dictamen Núm. 169/2007

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de diciembre de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como Anexo, el Consejero don Juan Luis Rodríguez-Vigil Rubio, que votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E., de 17 de abril de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por don, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una caída en la vía pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha -según la propuesta de resolución- 18 de octubre de 2006, don formula reclamación de responsabilidad patrimonial “por los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la indebida colocación en la vía pública de

una chapa metálica que tapaba una zanja”, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, solicita se acuerde indemnizarle en la suma de trece mil ochocientos diecinueve euros con sesenta y ocho céntimos (13.819,68 €) y propone prueba.

En cuanto a los hechos, el reclamante consigna que el “día 4 de noviembre de 2005 (...), tropezó con una chapa metálica instalada sobre la acera, sin señalamiento alguno, que tapaba una zanja abierta en la calle, a la altura del nº, lo que le hizo caer al suelo, con la consiguiente rotura del hombro derecho (...). Tras el accidente, se personó en el lugar de los hechos el encargado o persona relacionada con la obra, quien tras examinar y comprobar que la chapa metálica efectivamente estaba mal colocada y era un riesgo para los viandantes, decidió acordonar la zona mediante conos y cintas que impedían el tránsito y advertía a los usuarios de la vía pública de la peligrosidad de la zona./ En el hospital le diagnosticaron fractura de extremidad proximal de húmero derecho”. Indica que causó alta en el Servicio de Rehabilitación el 9 de mayo de 2006 y que “en el informe médico (...), de fecha 02/10/06 se señalan las secuelas finales, consistentes en la limitación de la rotación interna que alcanza L5, así como una elevación lateral del 100% siendo lo normal 120°”.

En los fundamentos de derecho señala que “existió una falta de atención y cuidado en la prestación del servicio público de mantenimiento y conservación de las vías públicas urbanas, dada la peligrosidad creada por la existencia de un obstáculo” y que “es inequívoca la relación o nexo de causalidad entre la anómala colocación de la chapa y los daños sufridos por el accidentado”. En cuanto a la evaluación económica, sostiene la aplicación del “baremo del automóvil” y detalla los siguientes conceptos “días impeditivos, del 04/11/2006 al 09/05/2006, 208 días a 47,28 euros/día: 9.834,24 euros./ Por las secuelas, limitación de la rotación interna que alcanza la L5 y la elevación lateral 100°: 7 puntos a 517,59 el punto dan como resultado la cifra de 3.623,13 euros. Cantidad ésta que deberá ser incrementada en un 10% por aplicación del factor de corrección establecido en la tabla IV del citado baremo (perjuicios

económicos), lo que hace un total de 3.985,44 euros./ Total indemnización económica por todos los conceptos: 13.819,68 euros”.

Los medios de prueba que propone son los siguientes: a) informe del Servicio de Traumatología del Área de Urgencias del Hospital, de 4 de noviembre de 2005, en el que consta que presenta, “tras caída, dolor y pérdida funcional de hombro D” y se le diagnosticó “fractura de extremidad proximal de húmero”; b) informe del Servicio de Traumatología del Hospital, de 20 de enero de 2006, según el cual causa alta ese día; c) informe del mismo Servicio, de fecha 4 de octubre de 2006, en el que se indica que causa alta en el Servicio de Rehabilitación el 9-05-06, señalando como secuelas finales “limitación de la rotación interna que alcanza L5. Elevación lateral 100° (normal 120°)”, y d) declaraciones de testigos presenciales, que aporta por escrito acompañadas de fotocopia de los respectivos documentos nacionales de identidad. El primero de los testigos propuestos manifiesta, con fecha 11 de octubre de 2006, que “ha sido testigo del accidente ocurrido el día 4 de noviembre de 2005, cuando (el reclamante) tropezó con una chapa metálica que se hallaba en la acera, sin señalización alguna, cayéndose al suelo, de donde fue levantado por dos personas al haber roto el brazo derecho”, que “tras el accidente se personó la Policía Local” y que “posteriormente se personó en el lugar de los hechos un técnico, quien tras examinar y comprobar que la chapa metálica efectivamente estaba mal colocada y era un riesgo para los viandantes, decidió acordonar la zona mediante conos y cintas que impedían el tránsito y advertía a los usuarios de la vía pública de la peligrosidad de la zona”. El segundo testigo declara, con fecha 13 de octubre de 2006, que “el día 4 de noviembre de 2005 (...) presencié como tropezaba y se caía al suelo” el interesado, que “la chapa del suelo estaba colocada sin señalamiento alguno” y que “tras el accidente se personó la Policía Local”. Por su parte, la tercera testigo manifiesta, el día 17 de octubre de 2006, que “el día 4 de noviembre de 2005, cuando caminaba por la calle, presencié la caída (del reclamante) tras tropezar con una chapa que tapaba una zanja, y que estaba sin señalar”.

2. Con fecha 30 de octubre de 2006, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón solicita informe al Jefe del Servicio de Obras Públicas en relación con las obras que se estaban realizando en la citada calle y el encargado de las mismas, las medidas de seguridad que debían de adoptarse para evitar posibles riesgos en la zona y cualquier otro dato de interés, y a la Policía Local “sobre los hechos relatados en la petición”.

En respuesta a dichas solicitudes, obran en el expediente:

1) Informe técnico del Jefe de la Sección Técnica de Apoyo del Servicio de Obras Públicas del Ayuntamiento de Gijón, de 8 de noviembre de 2006, según el cual “las obras que se realizaban en la calle correspondían a su completa urbanización y remodelación, renovándose los servicios existentes, así como las aceras y pavimentos de calzada./ Dichas obras fueron adjudicadas por el Ayuntamiento a la empresa y se encontraban incluidas en el proyecto del `Plan de mejora urbana 2004. Calles completas´ (...). Las medidas (...) tendentes a garantizar la seguridad de los peatones son las recogidas en el Plan de Seguridad y Salud de dicha obra, redactado por el adjudicatario con el visto bueno del Coordinador./ Concretamente se recoge la obligación que tiene el contratista de la obra de adoptar las medidas necesarias, habilitando itinerarios seguros, para garantizar el acceso de los peatones a las viviendas y locales comerciales así como para transitar por la calle”.

2) Informe del Jefe de la Policía Local, en funciones, de 3 de noviembre de 2006, según el cual dos agentes de Servicios Especiales, “el día 4 de noviembre de 2005, a las 11 horas, se personan en la calle nº, donde comprobaron la existencia de una plancha de metal que cubre la conexión del citado edificio con la red de agua de EMA./ Allí somos requeridos por (el interesado) (...), el cual manifiesta que al pisar la citada chapa de metal, ésta se levantó y le hizo caer al suelo presentando un fuerte dolor en el hombro y pómulo derecho./ Las personas que a continuación se citan (...) fueron testigos

de los hechos". Se adjunta la fotocopia de una fotografía de la plancha metálica.

Mediante escrito de 14 de noviembre de 2006, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales solicita informe complementario al Jefe del Servicio de Obras Públicas "en el que se incorporen (si hay constancia de ello) los partes donde figuren las instrucciones dadas al constructor para que corrigiera las anomalías. Así como (que) se indique qué actuaciones se siguen caso de incumplimiento del contratista".

El 21 de noviembre de 2006, el Jefe de la Sección Técnica de Apoyo informa que "en este caso (...) se puede comprobar que se dispuso una chapa metálica para tapar un agujero existente en la acera. Esta solución es la normalmente utilizada ya que la delimitación con vallas ocupa un espacio en la acera que restringiría el tránsito sobre ella y no permitiría el paso de vehículos de inválidos, carritos de bebés, etc., amén de que resulta más peligrosa al no impedir que las vallas caigan o se muevan, y en este caso particular dificultarían el acceso al portal y, si por cualquier motivo se moviesen, las personas que saliesen a la calle podrían caer en el interior del agujero", y remite "fotocopia del artículo 9.1 del Plan de Seguridad y Salud de las obras, en la que se establecen (...) medidas (...) tendentes a facilitar el tránsito de los peatones a través de la obra".

Con fecha 28 de noviembre de 2006, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales solicita informe a la Empresa Municipal de Aguas, S.A. (en adelante EMA) sobre las obras que se "estaban realizando en la citada calle el día de la supuesta caída./ Medidas de seguridad que adopta la empresa para evitar posibles riesgos./ Finalidad de la colocación de la chapa metálica y si es una medida habitualmente utilizada".

Mediante escrito de 15 de diciembre de 2006, el Director-Gerente de la EMA informa que "el día de la supuesta caída se había realizado una reparación en la red de agua potable y se cubrió la necesaria cata, para posteriormente realizar la reposición de pavimento./ La colocación de la chapa es una medida

habitual, ya que la colocación de vallas aparte de restringir el tránsito sobre la acera no garantiza que alguien las mueva y destape la mencionada cata, con riesgo de caídas”.

3. Con fecha 31 de enero de 2007, se notifica al reclamante la Resolución de la Alcaldía por la que se admite la prueba testifical propuesta, se señala lugar, día y hora para su realización y se le requiere para que presente pliego de preguntas a formular a los testigos.

El día 8 de febrero de 2007, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón el pliego de preguntas a efectuar a los testigos, que -en sustancia- se contrae a pedir a cada uno de ellos que se ratifique en la declaración realizada por escrito y que se acompañaba a la reclamación.

Previa citación en legal forma a los testigos propuestos por el interesado, el día 15 de febrero de 2007 se practica la prueba testifical.

Según consta en las actas levantadas al efecto, todos los testigos, después de indicar sus circunstancias personales y negar toda relación con el reclamante e interés en el asunto, se ratifican en su declaración escrita. Tras ello, el primero de los testigos añade que, “después de que este señor se cayera, vino la Policía Local a señalar la chapa. También estuvo un técnico o perito (...) a ver la chapa. Pero es verdad que hacía varios días que tropezaba mucha gente. Al único que vi caer, fue a este señor. Es una chapa muy fina y cedía cada vez que alguien la pisaba”. El segundo de los testigos señala que “estaba comprando el periódico y lo vi caer (...), vimos que la chapa al pisarla en medio se levantaba y seguramente por eso tropezó y se cayó”. La última de los testigos indica que “me animé a venir, porque cinco minutos antes de caer este señor, yo había tropezado con esa misma chapa, pero no llegué a caer”.

4. Mediante escrito de la Alcaldesa, notificado al reclamante el día 15 de marzo de 2007, se le pone de manifiesto el expediente por un plazo de quince días y se le indica que podrá examinarlo, formular alegaciones y presentar las

justificaciones que estime pertinentes. Asimismo, se relacionan los documentos obrantes en aquél.

Con fecha 19 de marzo de 2007, el interesado se persona en el Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Gijón para examinar el expediente que se le facilita, según acta incorporada al mismo. El reclamante no formula alegaciones.

5. Con fecha 10 de abril de 2007, la letrada de la Asesoría Jurídica formula propuesta de resolución en el sentido de “desestimar la petición de responsabilidad patrimonial”, por entender que “se está ante una chapa metálica de dimensiones y textura adecuada a la finalidad pretendida, que resulta visible en todos sus elementos y perfectamente practicable por el común de los usuarios”. Añade que “el accidente sufrido por el demandante puede deberse más bien a un descuido o cualquier otra incidencia personal” del mismo, “de forma que el resultado lesivo le es imputable a su propia conducta” y que “no ha quedado constatado el nexo causal, es decir, que el daño sufrido por (el) reclamante sea consecuencia del funcionamiento (...) de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervenciones extrañas que conlleven o interrumpan ese nexo causal”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de abril de 2007, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo dispuesto en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para solicitar la reparación del daño causado, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que originaron la reclamación.

El Ayuntamiento de Gijón está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta -según la propuesta de resolución- el día 18 de octubre de 2006, determinándose el alcance de las secuelas el día 4 de octubre de 2006, fecha en que se emite el informe del Servicio de Traumatología del Hospital, por lo que es claro que fue presentada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo que rige la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial).

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Finalmente, observamos que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Habiéndose presentado la solicitud en el registro municipal el día 18 de octubre de 2006, se concluye que, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 23 de abril de 2007, el plazo de resolución y notificación ya se había sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, dispone en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”. Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada establece en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad

patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- El reclamante atribuye al Ayuntamiento de Gijón la responsabilidad por los daños que padece, debido a que “tropezó con una chapa metálica instalada sobre la acera, sin señalamiento alguno, que tapaba una zanja abierta en la calle”.

Los daños físicos que alega han quedado acreditados por los informes médicos presentados.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no implica por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado, por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, hemos de analizar en primer lugar si la caída que produjo el daño ha sido o no consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

El artículo 25.2 de la LRBRL establece que el municipio “ejercerá en todo caso, competencias (...) en las siguientes materias: (...) d) (...) pavimentación de vías públicas urbanas”.

A tenor de lo dispuesto en la citada norma, corresponde a la Administración municipal la adecuada conservación y cuidado de la acera, lo cual requiere del Ayuntamiento una diligencia suficiente que evite a los transeúntes riesgos innecesarios, no atribuibles al devenir normal de la vida en sociedad.

Asimismo, toda persona que camine por una acera ha de ser consciente de los riesgos consustanciales al hecho de deambular por un pavimento que es imposible que sea totalmente plano y en el que, además, existen obstáculos ordinarios diversos. Esa mínima atención que se ha de tener para no asumir más riesgos de los necesarios y razonables ha de incrementarse, y es exigible que así sea, cuando existan situaciones que aumentan el riesgo, sea por causa de la propia persona (edad, limitaciones físicas, calzado inapropiado), sea por circunstancias atmosféricas u otras, como la existencia de planchas que advierten de la existencia temporal de zanjas y las cubren.

El reclamante imputa al Ayuntamiento la responsabilidad que reclama por entender que la caída se produjo al tropezar con una chapa metálica, carente de señalización, indebidamente colocada en la vía pública para tapar una zanja. Como prueba de las circunstancias de la caída aporta declaración por escrito de tres testigos. El primero de ellos manifiesta que el reclamante “tropezó con una chapa metálica que se hallaba en la acera, sin señalización alguna, cayéndose al suelo”; el segundo, que observó “como tropezaba y se caía al suelo el que resultó ser” el reclamante; la tercera, que “presenció la caída (del interesado) tras tropezar con una chapa que tapaba una zanja, y que estaba sin señalar”.

La Sección Técnica de Apoyo del Servicio de Obras Públicas del Ayuntamiento de Gijón reconoce que en la fecha indicada se realizaban en dicha calle obras de completa urbanización y remodelación. Los agentes de la Policía Local, personados en el lugar de los hechos a requerimiento del interesado, informan que “comprobaron la existencia de una plancha de metal que cubre la conexión del citado edificio con la red de agua de EMA”. Por su parte, la EMA señala que “el día de la supuesta caída, se había realizado una reparación en la red de agua potable y se cubrió la necesaria cata, para posteriormente realizar la reposición de pavimento”.

Dando por acreditado el hecho dañoso, una caída al tropezar con una chapa metálica que tapaba una zanja abierta en la acera como consecuencia de

la reparación de la red de abastecimiento de agua, es preciso averiguar si existe un nexo causal con el funcionamiento del servicio público municipal, lo cual comporta verificar si se han respetado los estándares del servicio público en la materia. La presencia de una chapa en la acera no es indicativa sin más de una quiebra de esos estándares, como parece deducirse de la reclamación presentada; tampoco de que sea un obstáculo irrelevante por el simple hecho de estar cumpliendo una función, aunque sea con carácter temporal, como parece argumentar el informe del servicio afectado. Sin duda, no es lo mismo que una chapa o cualquier otro objeto que altera el plano de la acera sea un elemento extraño a ésta, o que esté allí cumpliendo una misión, sea ornamental o funcional, y que lo haga con carácter permanente o de modo transitorio. Nadie pone en duda que la chapa en cuestión, a modo de pasarela metálica, estaba dispuesta con una finalidad de servicio: habilitar un itinerario al tiempo que evitar una caída en el hueco de la obra; por tanto, no constituía un obstáculo ajeno al propio servicio sino que era, en puridad, un inconveniente instrumental en la medida en que evitaba un obstáculo genuino -la zanja recién abierta- y permitía el tránsito peatonal. Pero, siendo éste un dato relevante, no es bastante para exonerar de responsabilidad a la Administración. Resta saber si la chapa era de tal naturaleza que, impidiendo la caída en la zanja que tapaba, constituía en sí un peligro para los viandantes.

La instalación de una chapa metálica como medida de seguridad adecuada para tapar una zanja, prevenir daños a terceros y habilitar itinerarios seguros para garantizar el tránsito y el acceso de los peatones a las viviendas y locales comerciales, es, según la EMA y el Servicio de Obras Públicas del Ayuntamiento, “una medida habitual, ya que -dice la primera- la colocación de vallas aparte de restringir el tránsito sobre la acera no garantiza que alguien las mueva y destape la (...) cata, con riesgo de caídas”. Por su parte, el Jefe de la Sección Técnica de Apoyo del citado Servicio afirma que la colocación de chapas para tapar un agujero es la solución “normalmente utilizada ya que la delimitación con vallas ocupa un espacio en la acera que restringiría el tránsito

sobre ella y no permitiría el paso de vehículos de inválidos, carritos de bebés, etc., amén de que resulta más peligrosa al no impedir que las vallas caigan o se muevan, y en este caso particular dificultarían el acceso al portal y, si por cualquier motivo se moviesen, las personas que saliesen a la calle podrían caer en el interior del agujero". Es decir, que la colocación temporal de la chapa no sólo era necesaria para tapar la zanja existente, sino que constituía una medida apropiada a las circunstancias del caso, ya que permitía el tránsito por la acera en condiciones de mayor seguridad que el simple cercado o vallado.

Respecto a la situación de la chapa, según se deduce de la fotografía aportada por la Policía Local, resulta que era la adecuada. No se aprecia que dejara hueco alguno al descubierto; no ocupaba totalmente ni la salida del portal enfrente del que se hallaba ni la acera, por lo que, incluso, era posible salir de aquél y transitar por la acera sin pisarla, y, por último, era completamente visible, tanto por su color -que la diferenciaba perfectamente del resto del pavimento- como por su tamaño, por lo que hemos de entender que una señalización adicional de advertencia para evitar la misma no sólo constituía un obstáculo (tan visible como aquél sobre el que se pretendía llamar la atención) susceptible de generar riesgos similares, sino que perseguiría un objetivo incongruente: disuadir del uso de una pasarela que permitía facilitar el acceso a un portal salvando una zanja en condiciones de seguridad.

La documentación gráfica que obra en el expediente pone de manifiesto, en suma, que la chapa, dado su tamaño, era visible desde lejos y, aun así, no impedía el paso por otra parte de la acera. Y, en lo que respecta a su grosor, permite concluir que era el habitual en este tipo de planchas metálicas rígidas, sin que constituyera en sí misma un peligro, tan sólo, y en la medida en que se trata de un instrumento provisional carente de la consistencia de una acera, un riesgo perfectamente identificable y asumible.

Es cierto que, en relación con el material y consistencia de la chapa, los testigos indican en una segunda declaración, ulterior a su inicial testimonio escrito, que se trataba de "una chapa muy fina y (que) cedía cada vez que

alguien la pisaba” y que “la chapa al pisarla en medio se levantaba y seguramente por eso tropezó y se cayó”. Teniendo presente que los testimonios se limitan a exponer sobre este particular un juicio hipotético y *a posteriori*, no es posible considerar que las declaraciones testificales acrediten que las características técnicas de la chapa colocada desencadenaran el incidente. Por otra parte, el novedoso dato de que la chapa no era suficientemente rígida se contradice con el grosor que inicialmente se alega como causa de la caída, ya que si ésta se produjo por el tropiezo con la chapa en nada pudo influir su supuesta endeblez, y ninguna prueba hay de que la misma, de existir, tuviese entidad suficiente como para provocar una caída.

Uno de los testigos manifiesta “que tras el accidente se personó la Policía Local (...). Que posteriormente se personó en el lugar de los hechos un técnico, quien, tras examinar y comprobar que la chapa metálica efectivamente estaba mal colocada y era un riesgo para los viandantes, decidió acordonar la zona mediante conos y cintas que impedían el tránsito y advertía a los usuarios de la vía pública de la peligrosidad” y, al ratificarse posteriormente, añadió que “después de que este señor se cayera, vino la Policía Local a señalar la chapa. También estuvo un técnico o perito, no se muy bien quién era, a ver la chapa”.

La circunstancia de que tras la caída se haya balizado el sitio no es por sí misma prueba del reconocimiento por parte de la Administración del mal funcionamiento del servicio público. En efecto, la verificación de los hechos y la comprobación de que se mantienen las condiciones de seguridad del lugar, procediendo para ello a un acordonamiento provisional hasta su completa confirmación por los técnicos responsables, sólo ponen de manifiesto la especial diligencia del Ayuntamiento tras un accidente, sin que de esta conducta se pueda deducir que las medidas preventivas dispuestas con anterioridad -la colocación de la chapa- fueran insuficientes.

Por todo ello, no resulta posible considerar, como pretende el reclamante, que el Ayuntamiento de Gijón haya incumplido la obligación de garantizar la seguridad de los usuarios de la vía. En el presente caso nos

hallamos, a juicio de este Consejo, ante la concreción del riesgo general que acepta cualquier persona cuando transita por la vía pública. En consecuencia, al no apreciarse relación de causalidad entre la actuación administrativa y la lesión padecida, no cabe imputar a la Administración municipal responsabilidad patrimonial derivada del accidente sufrido por el reclamante.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación formulada por don

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.

ANEXO

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON JUAN LUIS RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FORMULADA POR DON

Al amparo del artículo 33 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, mediante el presente escrito formulo voto particular al dictamen emitido en el expediente número 96/2007, relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por don, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una caída en la vía pública.

El Consejero que suscribe lamenta discrepar del criterio acordado por la mayoría. Acepta los antecedentes expuestos en el dictamen aprobado y, asumiéndolos, manifiesta no obstante que deben ser completados con un dato que le parece relevante, el cual figura en el folio 25 del expediente y se corresponde con la cláusula 9.1 de las condiciones que regulan el régimen o plan de seguridad y salud de las obras que se realizan en las vías públicas del municipio de Gijón, que, por tanto, resulta de aplicación tanto a las ejecutadas por contratistas particulares como por la EMA (Empresa Municipal de Aguas): “9.1.- Prevención de daños a terceros./ Por tratarse de una obra a señalizar en la vía pública, ésta no podrá estar siempre cerrada al tránsito de peatones, ya que deberá permitirse el acceso a las viviendas y locales de la calle, así como su cruce./ Para ello, deberán establecerse itinerarios seguros mediante vallas y cintas, que durante la ejecución de las obras permitan el tránsito peatonal, señalizando y *balizando* todos aquellos obstáculos tales como arquetas abiertas,

zanjas, materiales de obra y maquinaria, y permitiendo el acceso a los inmuebles mediante pasarelas metálicas con barandillas, las cuales se utilizarán también cuando resulte necesario el cruce de zanjas./ *En todo caso*, tanto la señalización como el balizamiento y la habilitación de itinerarios peatonales deberán ser perfectamente visibles y orientadores del estado en que se encuentran las obras./ En todo caso, a fin de responder de posibles accidentes, la empresa dispone del oportuno seguro de responsabilidad civil, del que se adjunta fotocopia en el anejo nº 2 y que debe reunir además las características exigidas en el artículo 2.6 del Pliego de Condiciones de este Plan de Seguridad” (cursiva añadida).

Parece relevante la inclusión de tal cláusula entre los antecedentes, porque la misma, aunque de manera no excesivamente precisa, es suficientemente clara, y establece la obligación para los contratistas del Ayuntamiento de Gijón (y también para la EMA) de adoptar las medidas precisas para que cualquier obstáculo que se coloque en la vía pública de esa villa con motivo de obras de *cualquier* clase y tipo sea perfectamente visible para las personas que transitan por dicha calzada o acera, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones y condiciones físicas de las personas que realizan dicho tránsito, que obviamente es muy dispar, tanto por razones de edad como de validez física.

Abunda en el criterio que sostengo el hecho de que, inmediatamente después de la caída que el reclamante sufrió, los agentes de la autoridad municipal (es de suponer que alertados por alguna persona que comprobó la caída) procedieran a balizar o señalizar adecuadamente el obstáculo, esto es, la chapa del caso, sin que exista constancia en el expediente de que dicho balizamiento haya sido realizado para la toma de datos o la ejecución de actividades de similar naturaleza. En defecto de prueba, la afirmación que en el dictamen se hace en tal sentido no deja de ser una simple presunción subjetiva, por lo que, en opinión del Consejero que suscribe, es perfectamente posible y, sobre todo, más lógico entender que los agentes municipales lo que hicieron

fue ejecutar la obligación que se había omitido con anterioridad por quien realiza las obras, es decir, el señalamiento o balizamiento del obstáculo.

Pero, sobre todo y además, el Consejero que suscribe es de la opinión de que la prueba testifical practicada ha sido objeto de una clara e inadecuada minusvaloración, siguiendo la práctica, que es muy habitual en el ámbito de las Administraciones Públicas, de convertir la prueba de testigos en la “cenicienta” del régimen probatorio, pese a que en el ámbito jurisdiccional esta prueba y su adecuada práctica adquieren cada día más relevancia en razón justamente de la aplicación de los principios de oralidad e inmediatez que rigen los modernos procedimientos judiciales.

En el presente caso los testigos no fueron objeto de tacha alguna por tener relación, conocimiento o parentesco con el reclamante, o interés alguno en el asunto. Por su parte, es obligado resaltar también que la “razón de ciencia” de los testigos (en la acepción que a tal concepto da la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 376 y siguientes, así como la doctrina jurisprudencial), que es la fuente de su conocimiento, alcanza en este caso especial relieve, pues presenciaron personalmente los hechos controvertidos objeto del expediente y, por ello, aportan una información de lo acaecido que no procede de segundas referencias, sino que es directa.

Esa posición de los testigos es justamente la que lleva a la actual jurisprudencia civil a conferir especial valor a este tipo de prueba, a la que se atribuye carácter de imparcial cuando se trata de personas capaces que, encontrándose en el lugar de los hechos y estando carentes de vinculación alguna con las partes del litigio, aprecian clara y nítidamente cómo acaeció el accidente.

El Consejero que suscribe no observa contradicción ni discordancia alguna entre la primera y la segunda declaración de los testigos, y considera que tampoco existe contradicción entre ellos en las dos declaraciones que realizaron sobre algunos hechos que le parecen especialmente relevantes para la decisión, tales como que la chapa en cuestión doblaba algo al ser pisada, lo

que ocurrió, según ellos, no sólo en el caso del reclamante sino también en otros que pudieron ver con anterioridad; no precisándose en dichas declaraciones que la chapa doblase poco o mucho, sino que algo doblaba.

En consecuencia lógica, ese algo pudo ser suficiente para provocar la caída de una persona de avanzada edad, tanto más cuanto que dicha chapa no estaba balizada, y que al folio 22 figura la misma (que, por cierto, es bastante ancha) ligeramente levantada en el extremo que se acerca a las viviendas.

La posibilidad de que la chapa de hierro del caso tuviese o no un determinado grado de elasticidad que la hiciera inhábil para doblar no ha sido objeto de prueba por parte de la Administración, que tampoco ha aportado documentos ni pericia sobre la rigidez del metal frente a determinados pesos.

Por otro lado, y ésta es una cuestión que le parece de especial relevancia al Consejero que suscribe el presente voto, es de advertir que el funcionario/a, instructor/a del procedimiento, obviando las reglas que en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 367, 368 y 369) se establecen para realizar este tipo de pruebas, que son de obligada aplicación subsidiaria en todo tipo de procesos, incluso los administrativos, ha renunciado a indagar frente a los testigos sobre la realidad de los hechos, sin motivar en absoluto la razón de tal inhibición, siguiendo una práctica administrativa que no, por generalizada y habitual, deja de ser menos negativa a juicio de este Consejero, en la medida en que con ella se simboliza una forma rutinaria de hacer que es contraria, en definitiva, a la aplicación que la moderna jurisprudencia hace de las reglas que sobre la llamada "sana crítica" ha establecido de forma reiterada la jurisprudencia civil, las cuales establecen la obligación de que por el juez (o por el instructor, en el procedimiento administrativo) se protagonice el interrogatorio de los testigos a fin de conocer, con los matices que sean precisos, los datos del hecho y tomar decisiones ajustadas a la realidad.

La práctica de fiar exclusivamente en el criterio de los agentes de la Administración y del contratista, que lógicamente tienen obvio interés en el asunto, y de negar o de minusvalorar el de los testigos, por imparciales que

sean, difícilmente se corresponde con los modos de una Administración Pública cuya primera obligación frente a los ciudadanos en los albores del siglo XXI debería de ser la de actuar de forma imparcial en la resolución de los asuntos.

Por ello, el Consejero que suscribe considera que procede declarar la pertinencia de la reclamación formulada por don y, en consecuencia, formula opinión discrepante del parecer de la mayoría del Pleno, con el debido respeto a los Consejeros asistentes a la reunión de fecha 20 de diciembre de 2007, que estimaron más acertado lo que ha quedado establecido en el dictamen.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,