

Expediente Núm. 190/2019
Dictamen Núm. 16/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 28 de junio de 2019 -registrada de entrada el día 19 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por los daños y perjuicios sufridos al tropezar con un andamio de obra que carecía de señalización y de protección.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de septiembre de 2018, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del tropiezo con un andamio de obra.

Expone que el día 14 de septiembre de 2018, a las 13:10 horas, sufrió un accidente cuando, en la confluencia de las calles “A”y “B”, “se golpeó en la frente y nariz con un andamio de obra instalado en dicho lugar que carecía de

señalización, así como de protección, y que tenía la altura justa para sufrir dicho golpe (aprox. 1,55 m)". Añade que del siniestro fueron testigos varios viandantes y los clientes y empleados de un establecimiento de hostelería próximo.

Manifiesta que tras el percance fue atendida en un centro de salud próximo por "herida incisa contusa" en la frente y encima de ceja izquierda, realizándosele "cura con betadine y puntos de aproximación", precisando que el día 17 de ese mismo mes fue remitida por su médico de Atención Primaria al Hospital "al referir dificultad visual" en el ojo izquierdo.

Solicita que se tengan "por efectuadas las anteriores manifestaciones a efectos de revisar la adecuación de la estructura referida, así como de reparar los daños ocasionados".

Adjunta a su escrito, además de los informes referidos a la asistencia sanitaria recibida, un total de 8 fotografías del andamio contra el que afirma haberse golpeado.

2. Obra en el expediente la Resolución del Concejal de Gobierno de Urbanismo y Medio Ambiente de 21 de agosto de 2018, por la que se concede a una mercantil licencia para la instalación de "andamios con paso protegido" y ocupación de suelo por un plazo de 45 días, como medio auxiliar de las obras de reparación de cubierta que se venían desarrollando en un edificio catalogado emplazado en la calle "A" 17 de Oviedo.

3. El día 5 de noviembre de 2018, dos Arquitectos Técnicos municipales informan, tras girar visita de inspección -sin concretar la fecha- al lugar donde la reclamante refiere haber sufrido el percance, que "el andamio instalado no reúne las condiciones exigidas en la licencia municipal aprobada (...). La preceptiva licencia se concedió para la instalación de un andamio con paso cubierto de 12,00 m de longitud y 2,00 m de ancho libre de obstáculos intermedios, según la documentación gráfica presentada por el solicitante./ Se comprueba que el andamio instalado contiene una barra horizontal situada a una altura de 1,33 m en el paso inferior que no permite el paso libre de peatones en su interior e

incumple con la Ordenanza de vallas, andamios y medios auxiliares de obra, por la que se establece en el art.º 2 el paso libre mínimo que deberá quedar en las aceras, siendo en este caso de 1,20 m de ancho mínimo cuando la longitud ocupada sea inferior a 15 m./ Además cabe destacar que tampoco cumple la condición particular que expone la licencia: `La seguridad de los peatones que puedan circular por debajo o en las proximidades de los andamios se deberán de asegurar señalizando los distintos elementos estructurales situados a nivel de calle con balizas luminosas, impidiendo siempre que sea posible el paso por debajo de zonas donde se puedan golpear con alguna parte de la estructura ´”.

En tales condiciones, los técnicos informantes indican que procede requerir al titular de la licencia para que en el plazo de dos días hábiles proceda a adecuar el andamio a la licencia concedida.

4. Consta acreditado en el expediente que el 31 de octubre de 2018 -esto es, en el intervalo que va entre la fecha del percance sufrido por la perjudicada (14 de septiembre) y la firma por parte de los Arquitectos Técnicos municipales del informe anterior (5 de noviembre)- la empresa titular de la licencia de ocupación de la vía pública con el andamio contra el que la reclamante afirma haberse golpeado ha solicitado la “baja de (la) licencia de ocupación (...) al haber sido retirados los andamios”.

Sin embargo, en relación con esta solicitud de baja emite informe una Arquitecta Técnica Municipal el 9 de noviembre de 2018. En él afirma, tras girar visita de inspección -sin indicar fecha, pero en todo caso con posterioridad al 31 de octubre de 2018-, que pudo comprobar “que el andamio no había sido retirado con fecha 31 de octubre de 2018”, y que se realiza una “segunda inspección” -sin especificar tampoco cuándo- comprobándose que “el andamio se encontraba retirado el 7 de noviembre de 2018”.

5. El día 1 de febrero de 2019, el entonces Concejal de Gobierno de Urbanismo y Medio Ambiente dicta providencia en la que se dispone el nombramiento de Instructora del procedimiento y comunicar a la interesada la fecha de recepción

de su reclamación, el plazo para resolverlo y los efectos del silencio administrativo.

6. Mediante escrito notificado a la reclamante el 25 de febrero de 2019, la Instructora del procedimiento la requiere para que proceda a la mejora de su solicitud; “en particular, en cuanto a la relación de causalidad y a la cuantía de la indemnización solicitada”.

A los expresados efectos, el día 11 de marzo de 2019 la interesada presenta en el Registro Electrónico de la Administración un escrito en el que se reitera en la documental que adjunta a su reclamación.

Cuantifica la indemnización que solicita en siete mil seiscientos ochenta y tres euros (7.683 €), “según el baremo establecido en la Ley 35/2015, dado que le ha quedado como secuela una pequeña cicatriz encima de la ceja izquierda de aproximadamente 1.5 cm, considerando un perjuicio estético moderado en una zona crítica que le modifica la expresión y acreditando una edad de 70 años”.

Acompaña un nuevo informe, suscrito el 6 de marzo de 2019 por una facultativa del Centro de Salud, en el que se indica que los puntos de aproximación que le habían sido colocados tras el accidente fueron retirados el 20 de septiembre de 2018, y se precisa que a la fecha de emisión del mismo presenta una “pequeña cicatriz residual”, y un escrito firmado por su hija en el que esta manifiesta no haber sido testigo presencial de la caída sufrida por su madre, personándose en el lugar “a los pocos minutos de producirse el hecho”.

7. Mediante escrito de 26 de marzo de 2019, la Instructora comunica a la interesada que se recibe el procedimiento a prueba.

El día 1 de abril de 2019, la reclamante presenta un escrito en el Registro Electrónico de la Administración en el que propone la práctica de prueba testifical con el empleado de un establecimiento de hostelería al que identifica, que según manifiesta “la atendió en un primer momento”.

8. A requerimiento de la Instructora del procedimiento, el día 21 de mayo de 2019 emite informe el Adjunto Jurídico al Jefe del Servicio de Licencias Urbanísticas del Ayuntamiento de Oviedo. En él deja constancia de la tramitación de la solicitud de ocupación de vía pública presentada en su día por una mercantil para la colocación del andamio, así como del contenido del informe elaborado por los Servicios Técnicos municipales a raíz de la reclamación formulada por la interesada. Señala que “se han cumplido todos los trámites en lo que se refiere a la exigencia de documentos técnicos que debe acompañar a la solicitud de la licencia, muchos de los cuales están dirigidos, precisamente, a garantizar la seguridad de la instalación (...). La licencia se concede sobre la base de dicha documentación técnica, entre la que se incluyó la dirección de ejecución de la obra firmada por técnico competente, así como la acreditación de haber suscrito una póliza de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños producidos por la instalación”.

9. El día 24 de mayo de 2019 se celebra la prueba testifical en las dependencias municipales en presencia de una letrada que asiste a la perjudicada, condición que acredita mediante apoderamiento *apud acta*.

Tras las preguntas generales de la Ley, de las que debemos retener que no conocía previamente a la reclamante, manifiesta que en el día y hora del accidente “una señora se golpeó en la frente y nariz” con el andamio y que fue “atendida por los clientes de la terraza que le facilitaron pañuelos, al tener una herida incisa contusa abierta”, precisando que él mismo le llevó “hielo a fin de mitigar el golpe recibido”.

A preguntas planteadas por la Instructora del procedimiento, indica que no había visto “el momento justo en el que la reclamante se golpeó”, aclarando que el hielo “se lo pidieron”.

10. Mediante oficio notificado a la interesada el 3 de junio de 2019, la Instructora del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

Con fecha 10 de junio de 2019, tiene entrada en el Registro Electrónico de la Administración un escrito en el que la interesada, a la vista de lo actuado en el procedimiento, se reafirma en todos los términos de su reclamación.

11. El día 27 de junio de 2019, un Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Oviedo elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “no se prueba la forma y circunstancias concretas en que se produjo el accidente dañoso, puesto que el testigo (...) llegó al lugar del hecho después”, y que “tampoco se acredita la relación de causa-efecto con el funcionamiento de esta Administración”, pues “el andamio no es de titularidad municipal”. Sostiene que el daño sufrido por la reclamante carece de la imprescindible nota de antijuridicidad, dada la “ostensible imposibilidad de mantener vigiladas de forma permanente todas las obras, instalaciones y actividades que se desarrollan en el territorio de este ente local, y que (...) pese a la fatalidad del incidente, aún probándose la realidad del hecho lesivo y la relación de causalidad, tampoco se apreciaría fundamento para la exigencia de responsabilidad patrimonial”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de junio de 2019, esa Alcaldía 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 Oviedo objeto del expediente, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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 dispuesto 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, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Oviedo está pasivamente legitimado en cuanto titular de la vía pública en la que se autorizó la instalación del andamio con arreglo a determinados requisitos técnicos y de seguridad y en cuanto titular de las competencias vinculadas al deber de vigilancia del cumplimiento de tales requisitos y al mantenimiento de los espacios de tránsito en condiciones adecuadas.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 18 de septiembre de 2018, y los hechos de los que trae origen se produjeron el día 14 de ese mismo mes, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo

común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, observamos que la instrucción del procedimiento debe completarse con la incorporación de otros trámites de especial relevancia para su adecuada resolución.

En primer lugar, no puede obviarse que el daño cuyo resarcimiento se reclama podría imputarse a una conducta omisiva del servicio público, como causa idónea de un siniestro que tiene su origen mediato en la conducta de un tercero; en concreto, la mercantil a la que le fue otorgada una licencia para la instalación y ocupación de la vía pública mediante la instalación de "andamios con paso protegido", contra uno de cuyos elementos habría impactado la reclamante. Ahora bien, no consta en el expediente que se le haya dado a aquella la audiencia preceptiva en su condición de interesada en el procedimiento, exigida en el artículo 82.1 de la LPAC. La audiencia del interesado constituye un trámite esencial que garantiza no solo su participación en la actividad de los poderes públicos y la defensa de sus derechos, sino también el acierto en la resolución de los procedimientos.

Al respecto, este Consejo ya ha señalado en anteriores ocasiones (entre otros, Dictamen Núm. 174/2016 y 21/2017) que la omisión del trámite de audiencia constituye un defecto esencial que, en el caso que nos ocupa, impide cualquier consideración sobre el fondo del asunto. En efecto, reviste una singular incidencia cuando en la producción del daño cuyo resarcimiento se impetra concurre un particular, cuya audiencia en vía administrativa deviene esencial para que deba soportar, en definitiva, una eventual condena.

En el caso examinado, sin embargo, habiendo podido comprobar los propios técnicos municipales que el andamio instalado incumplía tanto las condiciones particulares impuestas al momento del otorgamiento de la

preceptiva licencia como la correspondiente Ordenanza reguladora, la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración no duda en servirse de tal circunstancia para erigir la misma en uno de los motivos en los que fundamentar su sentido desestimatorio, declinando toda responsabilidad del Ayuntamiento en el percance sufrido por la perjudicada y trasladando, o pretendiendo trasladar, cualquier exigencia de responsabilidad al respecto a la mercantil titular del andamio y de la correspondiente licencia, que no ha tenido participación alguna a lo largo del procedimiento instruido, como corrobora el dato de que ni tan siquiera le ha sido comunicada la presentación de reclamación de responsabilidad patrimonial alguna. Ciertamente, la propuesta de resolución no declara la responsabilidad de la mercantil, pero la preterición a lo largo del procedimiento del particular al que se pretende trasladar toda la responsabilidad por los daños cuya indemnización postula la reclamante supone ignorar su incuestionable condición de parte interesada en el procedimiento -artículo 4.1.b) de la LPAC-, a la vez que una vulneración de la obligación de comunicarle la tramitación iniciada, tal y como se establece en el artículo 8 de la misma Ley, a lo que se anuda la infracción de los principios de contradicción e igualdad de los interesados en el procedimiento que se garantiza en el artículo 75.4 de la citada LPAC.

En segundo lugar, y en la medida en que la posible responsabilidad de la Administración en caso de concurrir el resto de requisitos exigidos se vincula a un comportamiento omisivo del servicio público -que solo constituiría título de imputación en cuanto encierre un funcionamiento anormal-, se aprecia que es necesario recabar de los servicios municipales afectados, a los efectos de incorporar al expediente los correspondientes informes, los datos que permitan establecer el estándar de funcionamiento del servicio de concesión de licencias de instalación de andamios; en particular, en relación con la forma de atender al deber de vigilancia y supervisión del cumplimiento de los requisitos técnicos y de seguridad relativos a este tipo de estructuras instaladas en la vía pública.

Por último, no existe constancia en el expediente de si la perjudicada ha ejercitado la acción civil frente a la mercantil o su aseguradora, y si debido a ello

ha sido parcial o totalmente indemnizada, lo que resulta relevante para excluir un doble resarcimiento del daño, a cuyo fin debe requerirse a la mercantil una manifestación al respecto.

En tales condiciones, este Consejo entiende que no procede dictaminar el fondo de la acción de responsabilidad formulada sin que previamente se complete la tramitación del procedimiento.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible en el momento actual un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que ha de retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto en el presente dictamen, debiendo formularse tras la práctica de un nuevo trámite de audiencia con todos los interesados otra propuesta de resolución.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.