

Dictamen Núm. 15/2021

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 4 de febrero de 2021, por medios electrónicos, 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 4 de diciembre de 2020 -registrada de entrada el día 9 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la vía pública provocada por el hundimiento de una tapa de registro.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de julio de 2018, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones derivadas de una caída en la acera que achaca al tropiezo con un desnivel causado por el hundimiento de una tapa de registro.

Expone que “el día 25 de mayo de 2017, alrededor de las 15:30 horas (...), transitaba como peatón por la acera de la calle, de Gijón, a la altura del portal número 8, en dirección al cruce con la calle (...), cuando sufrió una caída”.

Señala que el percance se produjo “como consecuencia de un registro hundido”, reseñando que “la arqueta” estaba “mal instalada, con un hundimiento considerable por debajo del nivel de la acera y cuyo perímetro se encontraba sin señalizar”.

Manifiesta que el accidente “le provocó una fractura subtrocantérea derecha”, siendo trasladada por una ambulancia al Hospital Debido a ello hubo de ser intervenida quirúrgicamente el día 30 de mayo de 2017, recibiendo el alta hospitalaria el 6 de junio siguiente, precisando asistencia en el mismo hospital el 24 de octubre de 2017 “por dolor sordo, difuso en cadera y cara lateral de la extremidad inferior derecha de cinco meses de evolución, tras colocación de clavo gamma por fractura de fémur, continuando con analgesia habitual”. Describe la ulterior asistencia sanitaria recibida hasta la valoración efectuada por el Servicio de Traumatología el 30 de mayo de 2018, en cuyo informe se refleja que “se encuentra clínicamente bien, manteniendo sensación de quemazón en tercio proximal de fémur derecho, caminando con ayuda de bastón, presentando radiológicamente fractura `en proceso de consolidación´ con buena evolución”.

Fija el *quantum* indemnizatorio en veintinueve mil setecientos ocho euros con ochenta céntimos (29.708,80 €), que desglosa con base en la valoración pericial que aporta.

Propone prueba testifical de dos personas, cuyos datos acompaña, en calidad de testigos del accidente.

Adjunta, además, copia de su documento nacional de identidad, diversa documentación clínica, fotografías del lugar del accidente en las que se muestra el desnivel que presenta la acera en la zona en la que se encuentra la tapa de registro e impresión de Google Maps.

2. El día 6 de agosto de 2018, la Policía Local de Gijón emite informe en el que indica que no hay constancia del incidente en los archivos policiales.

3. Con fecha 9 de agosto de 2018, el Ingeniero Técnico del Servicio de Obras Públicas informa que “la arqueta corresponde a un servicio” de suministro de energía eléctrica, reseñando que “a lo largo de los viarios de la ciudad de Gijón

son numerosos los registros existentes, siendo su mantenimiento responsabilidad de cada una de las empresas o compañías suministradoras". Añade que "desde el servicio de Obras Públicas se ha dado traslado a la compañía para que proceda a su reparación".

4. Mediante escrito de 11 de diciembre de 2018, la Técnica de Gestión de la Sección de Gestión de Riesgos da traslado de lo actuado -reclamación presentada e informes de la Policía Local y del Servicio de Obras Públicas- a la empresa EDP, Comercializadora de Último Recurso, S. A., y le solicita un informe sobre los hechos relatados.

Consta en el expediente el acuse de recibo con la misma fecha.

El día 17 de diciembre de 2018, solicita un informe a Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S. A. U.

Obra en el expediente el acuse de recibo ese mismo día.

5. Con fecha 11 de enero de 2019, Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S. A. U., se persona como interesada en el procedimiento incoado, manifestando desconocer "la realidad causal de los hechos que sirven de fundamento a la reclamación (...), desprovista (...) de los elementos probatorios necesarios".

Señala que resulta "más que necesario conocer cuándo fue realizada la última intervención en las aceras de la calle, 8 (...), por parte del Ayuntamiento de Gijón u otra empresa que hubiera tenido que obtener la licencia correspondiente, ya que ese desnivel es manifiestamente producto de una elevación del suelo circundante por sobrevenidas actuaciones sobre su pavimento y baldosas y no por un más que improbable hundimiento de la arqueta".

Indica que la empresa no tuvo conocimiento de incidente alguno en relación con el registro en cuestión, ni fue requerida por el Ayuntamiento para llevar a cabo actuación alguna "hasta más de un año después del 25 de mayo de 2017", e incide en que compete a los servicios municipales la adecuada conservación y mantenimiento de las vías públicas y, por tanto, la responsabilidad, de apreciarse, en este caso.

6. El día 3 de diciembre de 2019 se practica la prueba testifical, en presencia del Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos, dejándose constancia de que “la reclamante no presenta pliego de preguntas”.

Los testigos -un matrimonio- declaran conocer a la reclamante “del barrio”, y manifiestan que en el momento del accidente se encontraban en el exterior de una cafetería por haber salido a fumar. El primero en prestar declaración señala que “la vimos caer en una tapa de alcantarilla, que estaba un poco más fonda de lo normal”; la segunda indica que “la vimos tropezar en una alcantarilla y caer”. Ambos afirman que había suficiente visibilidad y ausencia de obstáculos, e identifican en una fotografía el lugar del accidente.

7. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio de 5 de diciembre de 2019, sin que conste la recepción de la notificación en el expediente, con fecha 19 de diciembre de 2019 presenta la interesada una escritura pública en la que otorga poder general en favor de su hijo para que este actúe como su representante.

El día 23 de ese mismo mes, la reclamante formula alegaciones en las que expone que “durante la tramitación del expediente han resultado probados los hechos expuestos (...), existiendo un daño consecuencia del funcionamiento -normal o anormal- de los servicios públicos, que se concreta en las lesiones sufridas (...) (de las que derivan los días de baja y las secuelas descritas en los informes de la sanidad pública y demás documentos acompañados), tratándose de un daño que el administrado no tiene obligación de soportar”.

Añade que “en modo alguno resultan oponibles al administrado las alegaciones realizadas por Hidrocantábrico, S. A., a cuya red, al parecer, da acceso el registro hundido que provocó la caída, pues el propio Servicio de Obras Públicas reconoce la existencia de una tapa de registro hundida, habiendo ordenado su reparación”.

Finalmente, reitera su solicitud de ser indemnizada en la cuantía de 29.708,80 €.

8. Con fecha 2 de abril de 2020, el Ingeniero Técnico del Servicio de Obras Públicas emite informe en el que señala que “la tapa fue puesta a cota por la

propia compañía en agosto de 2018 tras requerimiento enviado desde nuestro Servicio./ Los desperfectos que existían en la acera previamente a la reparación consistían en una tapa de arqueta hundida ocasionando desniveles de dos centímetros (...). La acera tiene un ancho en ese punto de 2,80 metros, estando la arqueta pegada al bordillo, teniendo libre todo el itinerario peatonal accesible (hay 1,60 libre pegado a fachada)”, y destaca la falta de obstáculos en la zona “que pudieran afectar a la visibilidad de los desniveles”.

Añade, “en contestación a las alegaciones realizadas por la compañía” suministradora de energía eléctrica, que “en el Servicio no tenemos constancia de obra alguna en ese tramo de calle, no se ha realizado ninguna orden de reparación de conservación viaria y la única licencia de zanja concedida en ese punto es precisamente en agosto de 2018, que es la reparación de la propia tapa a la compañía. Es más, consultando el histórico de fotos en Google Maps se ve perfectamente (...) la acera desde septiembre de 2008 hasta mayo de 2019, que son todas las imágenes que hay en esa zona”, y “no se observa ningún cambio en la acera./ El hecho de que se alegue que es ‘improbable’ que una arqueta se hunda y que se ha levantado el pavimento circundante lo consideramos equivocado, ya que cuando se ejecutan obras y se levanta, reforma o lo que sea en una acera las arquetas se ponen a la nueva cota. Además, son continuas las reclamaciones a las compañías para que pongan a cota tapas de arqueta que se han hundido”.

9. Mediante oficio de 29 de julio de 2020, la Técnica de Gestión de la Sección de Gestión de Riesgos comunica a la perjudicada la apertura de un nuevo trámite de audiencia, constando la comparecencia del representante de la interesada el 18 de agosto de 2020 en las dependencias municipales, donde se le facilitan copias de la documentación obrante en el expediente.

El día 21 de agosto de 2020, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en lo anteriormente expuesto.

10. Con fecha 2 de diciembre de 2020, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos y la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos elaboran propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella ponen de relieve que

“para poder afirmar la responsabilidad o no del Ayuntamiento por caídas en la vía pública, es preciso considerar cuidadosamente todas las circunstancias concurrentes, así como valorar adecuadamente cuál sea el estándar medio de calidad exigible, lo que, ciertamente, variará de un caso a otro”, y entienden que un desnivel de dos centímetros “no excede el estándar exigible al servicio de conservación de las vías públicas y, por lo tanto, el daño sufrido por la reclamante no merece la consideración de antijurídico, al no haberse infringido los estándares medios de calidad y seguridad exigible”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de diciembre de 2020, 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 Gijón objeto del expediente, adjuntando a tal fin los enlaces correspondientes para la consulta del expediente electrónico.

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

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 27 de julio de 2018, y está relacionada con una caída acaecida el día 25 de mayo de 2017 de la que se deriva una fractura subtrocantérea del fémur derecho aún no consolidada el 26 de febrero de 2018. En la revisión programada para el 30 de mayo de 2018 se detecta que aquella se encuentra en “proceso de consolidación”, apreciándose buena evolución. Lo anterior permite concluir que se acciona dentro del plazo de un año legamente 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, advertimos diversas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, debe repararse en la falta de constancia en el expediente de la remisión a la interesada de la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la LPAC, relativa a la notificación del inicio del

procedimiento, el plazo máximo establecido para su resolución y notificación y el sentido del eventual silencio administrativo.

En segundo lugar, reparamos en que no se ha comunicado a la reclamante la fecha prevista para la práctica de la prueba testifical a fin de que pueda formular preguntas y acudir con la asistencia que requiera, conforme establece el artículo 78 de la LPAC. El día de su práctica, que se lleva a cabo únicamente en presencia del Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos, se deja constancia de que la interesada "no presenta pliego de preguntas", pero -aun en el caso de haberle sido este solicitado, lo que no figura en el expediente- ha de advertirse que ello no exime de la obligación de comunicarle la fecha en que se va a llevar a cabo la práctica de la prueba, para que si lo desea pueda ejercitar las facultades indicadas. Al respecto, debemos reiterar -tal y como ya observamos en el Dictamen Núm. 150/2019- que "la testifical no merece degradarse al levantamiento de un acta de manifestaciones de los comparecientes. La fuerza probatoria que le es inherente, y el principio fundamental de contradicción, compelen (...) a que la comparecencia se ponga en conocimiento, con antelación suficiente (...), de la interesada".

Asimismo se aprecia que, si bien comunica el procedimiento a la empresa a cuyo servicio corresponde la tapa de registro involucrada en el accidente que da lugar a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, con remisión de su contenido, así como de lo informado inicialmente por los servicios municipales, no consta que se le dé traslado de posteriores actuaciones, a pesar de ostentar la condición de interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC -condición que la propia empresa reclama en su escrito de 11 de enero de 2019-. Destaca por su relevancia su exclusión en el trámite de audiencia, que no le es notificado.

No obstante, de acuerdo con el sentido de nuestro dictamen y atendiendo a cuanto exponemos en la consideración sexta, no estimamos necesaria la retroacción de las actuaciones a fin de subsanar las deficiencias detectadas, resultando conveniente, además, no prolongar el tiempo de resolución del procedimiento, dado que en la instrucción del mismo se aprecia una injustificada paralización en varios momentos (la más prolongada se da entre la solicitud de informe a la empresa a cuyo servicio corresponde la tapa el

día 17 de diciembre de 2018 y la citación de los testigos, que se efectúa con fecha 5 de noviembre de 2019).

En efecto, la mencionada dilación en la instrucción del procedimiento conlleva que a la fecha de entrada del expediente en este Consejo se haya rebasado ampliamente el plazo de resolución establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP establece 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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 34 de la ley citada dispone 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 LRRL), 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.- La reclamante solicita una indemnización por los daños derivados de la caída sufrida en una vía pública de la localidad de Gijón ocasionada por un registro hundido sin señalizar.

Los informes médicos que obran en el expediente acreditan la efectividad de las lesiones alegadas, y la Administración no cuestiona la realidad del percance que las ocasiona, que debe estimarse probado a la luz de la declaración de dos testigos.

Ahora bien, debemos recordar que la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si en el referido accidente se dan las circunstancias que permitan reconocer a la reclamante el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En

particular, hemos de analizar si el daño ha sido o no consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

El artículo 25.2 de la LRBRL señala que el "Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias (...) en las siguientes materias: (...) d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad", y el artículo 26.1 establece que los Municipios deberán prestar, en todo caso y entre otros, el servicio "de pavimentación de las vías públicas". Al respecto, este Consejo entiende, y así lo ha manifestado en anteriores dictámenes, que en ausencia de estándares objetivos legalmente impuestos el ámbito del servicio público ha de ser definido en términos de razonabilidad, debiendo demandarse de la Administración la adecuada diligencia para que un riesgo mínimo no se transforme, por su acción u omisión, en un peligro cierto, pero no que elimine o, en su defecto, cubra todo tipo de riesgos, porque se convertiría en un seguro universal que trasladaría a la sociedad en su conjunto la responsabilidad de cualquier manifestación dañosa de sucesos o accidentes que, aunque ocurran en un espacio público o con ocasión del uso de un servicio público, debe soportar el particular como riesgos generales de la vida individual y colectiva.

En el supuesto sometido a nuestra consideración, la interesada atribuye la caída sufrida al tropiezo provocado por la existencia de un desnivel en la acera, al hallarse hundida una tapa de registro y su respectiva arqueta, que afirma encontrarse mal instalada. Una de las fotografías que aporta muestra una cinta métrica que fija el desnivel en dos centímetros, medida aceptada por los servicios municipales, que lo entienden provocado por el hundimiento de la arqueta, justificando la ausencia de actuaciones sobre las baldosas que pudieran provocar su elevación. Sobre su ubicación, el Servicio de Obras Públicas subraya que "la acera tiene un ancho en ese punto de 2,80 metros, estando la arqueta pegada al bordillo, teniendo libre todo el itinerario peatonal accesible (hay 1,60 libre pegado a fachada)", y destaca la falta de obstáculos en la zona que pudieran afectar a la visibilidad de desniveles o desperfectos.

Este Consejo viene reiterando que quien camine por una vía pública ha de ser consciente de los riesgos inherentes al hecho de pasear por un espacio en el que hay obstáculos ordinarios diversos, y que el servicio público no comprende el mantenimiento del viario de manera tal que no puedan existir

mínimos desniveles en el pavimento. En este sentido, las irregularidades de escasa entidad -ponderándose su profundidad, la anchura del paso y la visibilidad existente- no constituyen un riesgo objetivo ni pueden racionalmente considerarse factor determinante de una caída, al erigirse en obstáculos sorteables por la mayoría de los peatones a los que no cabe anudar un riesgo superior al asumido de ordinario por quien transita por las vías públicas (por todos, Dictamen Núm. 173/2020).

Además, ya hemos tenido ocasión de señalar, en relación con las diferencias de cota entre una tapa de registro y la acera, que un desnivel de dos centímetros carece de entidad suficiente como para constituir una anomalía relevante a efectos de entender que se incumple el estándar exigible al servicio público de conservación del pavimento, no pudiendo obviarse la ubicación de la tapa de registro pues, estando esta en una acera de amplia visibilidad, diáfana y sin obstáculos, el riesgo que constituye la deficiencia no entraña un peligro apto para causar caídas al común de los viandantes, puesto que se trata de un deterioro menor y visible (entre otros, Dictámenes Núm. 190/2015, 167/2019 y 173/2020).

Aplicado lo anterior al caso sometido a nuestra consideración, y a la vista de la moderada entidad del desperfecto -que no supera los 2 centímetros-, radicado en una acera con un ancho de paso suficiente y fácilmente perceptible cuando se transita a la luz del día y sin obstáculos que dificulten su percepción -lo que confirman ambos testigos en su declaración-, concluimos que no puede considerarse un incumplimiento del estándar de mantenimiento del viario público ni elevarse a causa determinante del siniestro, por lo que no cabe imputar a la Administración el resultado dañoso.

A juicio de este Consejo Consultivo, las consecuencias del accidente sufrido no resultan imputables a la Administración municipal, ya que nos encontramos ante la concreción del riesgo general que asume cualquier persona cuando transita por la vía pública. Lo que ha de demandarse del servicio público es que no transforme, por su acción u omisión, un mínimo riesgo en peligro, o sea, un daño altamente improbable en un daño eventual, aunque no sea inminente, pero no que elimine o, en su defecto, cubra todo tipo de riesgos, porque se convertiría en un seguro universal que trasladaría a la

sociedad en su conjunto la responsabilidad de cualquier manifestación dañosa de sucesos o accidentes que, aunque ocurran en un espacio público o con ocasión del uso de un servicio público, debe soportar el particular como riesgos generales de la vida individual y colectiva.

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 presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,