

Dictamen Núm. 104/2021

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 10 de junio de 2021, 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 9 de abril de 2021 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Lena formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye al deficiente estado de una alcantarilla ubicada en la vía pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 24 de octubre de 2018, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Lena una reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas el día 3 de diciembre de 2016, sobre las 21:00 horas, cuando se “tuerce el tobillo al pisar sobre una superficie irregular” en “una alcantarilla hundida”.

Explica que, dada su profesión -agente de la Policía Local-, había acudido a la calle tras recibir un aviso del servicio de emergencias a fin de asistir a

una persona que se encontraba en un autobús allí estacionado, para lo que detuvo el vehículo delante del autobús.

Puntualiza que la torsión tuvo lugar cuando descendió desde la acera para dirigirse a la patrulla de la Guardia Civil -cuyo apoyo había solicitado-, precisando que los agentes de esta última evitaron su caída. Indica que fue atendido en dos centros sanitarios, siendo diagnosticado de "esguince grado II de tobillo derecho" que requirió el oportuno tratamiento médico.

Tras señalar que el percance tuvo la consideración de accidente laboral, manifiesta que estuvo de baja inicialmente hasta el día 22 de noviembre de 2017 y, con posterioridad debido a recaída, durante un segundo periodo que concluyó el 12 de junio de 2018.

En cuanto a la relación de causalidad, considera que resulta probada la existente "entre la caída y el estado deficiente de la alcantarilla, por donde se vio obligado a transitar" en cumplimiento "de sus obligaciones como agente de policía".

Solicita una indemnización de treinta y dos mil trescientos cuatro euros con treinta y tres céntimos (32.304,33 €).

Propone la práctica de prueba testifical mediante la declaración de los dos agentes de la Guardia Civil que presenciaron los hechos.

Aporta diversa documentación entre la que se encuentra, además de diversos informes médicos, un informe pericial, emitido el 13 de julio de 2018 por un especialista en Valoración del Daño Corporal, en el que se determinan las secuelas que padece, así como el periodo temporal invertido en su curación, y un informe pericial suscrito por un Ingeniero Técnico de Obras Públicas en el que se describe el estado de la alcantarilla. En este último se indica que "debido a la deformación" de la "alcantarilla existe una altura de 35 cm respecto a la rasante de la acera y la propia calzada", cifra que -según detalla- supone "un desnivel de unos 12 cm respecto de su estado inicial"; se explica además que el hundimiento se debe al tránsito de autobuses sobre la rejilla, localizada en una parada de autobús.

2. El día 26 de octubre de 2018, el Ingeniero de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Lena emite un informe en el que manifiesta que “se comprobó el sumidero” observando que “la reja está hundida, especialmente en su parte central, por lo que es necesaria la reparación o sustitución a la mayor brevedad”.

Añade que “el mantenimiento, conservación y renovación de las obras e instalaciones de las redes de agua y saneamiento del concejo está a cargo de la empresa” que especifica, “según lo indicado en el artículo 7.º del pliego de condiciones de la concesión./ Por tanto, las arquetas, pozos de registro, sumideros y demás elementos complementarios de las redes de agua y alcantarillado, entre los que se incluyen las rejillas de sumideros, son responsabilidad de la empresa concesionaria del servicio (...). Cabe destacar que personal de obras de este Ayuntamiento avisó en varias ocasiones del desperfecto citado, indicando a la empresa concesionaria que debía reforzar dicha reja o sustituirla por otra más fuerte”.

Figura a continuación la remisión de un escrito a la empresa concesionaria en el que se le transcribe parte del informe, indicándole que se adjunta también la solicitud formulada por el reclamante.

3. Con fecha 7 de noviembre de 2018, la Alcaldesa dicta Resolución por la que, a la vista del informe emitido por el Ingeniero municipal, acuerda “desestimar la reclamación (...) por considerar que los daños alegados son responsabilidad de la empresa concesionaria del servicio”, constando en el expediente su notificación al interesado, aunque no figura en el mismo el correspondiente acuse de recibo.

4. El día 9 de noviembre de 2018, la Secretaria General municipal emite informe relativo al procedimiento a seguir tras la presentación de la reclamación.

5. Con fecha 13 de noviembre de 2018, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Lena un escrito en el que solicita acceder al expediente.

6. El día 14 de diciembre de 2018, el perjudicado interpone recurso de reposición frente a la Resolución de 7 de noviembre de 2018 en el que argumenta que "el Ayuntamiento ha prescindido del procedimiento legalmente establecido".

Con fecha 7 de febrero de 2019, y de acuerdo con el informe emitido por la Secretaria General, la Alcaldesa dicta Resolución por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto. En sus fundamentos jurídicos se razona, con transcripción del citado informe, que "de conformidad con el artículo 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el procedimiento previsto en la Ley 39/2015 se seguirá en aquellos casos en que la responsabilidad de los daños ocasionados durante la ejecución de un contrato pueda ser de la Administración por concurrir alguna de las dos siguientes circunstancias:/ a) Que los daños sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración./ b) Que los daños sean consecuencia de vicios existentes en el proyecto elaborado por la propia Administración./ No concurriendo ninguna de ellas en la reclamación presentada, y sin perjuicio del traslado que se cursa a la empresa concesionaria, como responsable del mantenimiento, conservación y renovación de las obras e instalaciones de las redes de agua y saneamiento del concejo, de conformidad con el pliego regulador de la concesión, no procede sino desestimar aquella".

7. Con fecha 13 de febrero de 2019, un representante de la empresa concesionaria del servicio presenta un escrito en el que solicita el traslado de la documentación obrante en el expediente.

8. El día 8 de enero de 2020, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo remite al Ayuntamiento de Lena la Sentencia de 3 de diciembre de 2019 por la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo

interpuesto por el reclamante frente a la Resolución del Ayuntamiento de Lena de 7 de febrero de 2019, declararla nula y ordenar la retroacción de “las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la emisión del informe de 26 de octubre de 2018 del Ingeniero municipal con el fin de que, con la audiencia de la concesionaria y las demás garantías del procedimiento, el Ayuntamiento se pronuncie sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada”. En los hechos probados de la sentencia consta que el sumidero coincide con la parada del autobús, que la alcantarilla “patentemente estaba en mal estado” y que se reclama su “reparación o la sustitución”.

9. Mediante Resolución de la Concejalía Delegada del Área de Urbanismo, Obras y Servicios de 13 de agosto de 2020, se acuerda retrotraer las actuaciones al momento indicado, nombrando instructora y secretario del procedimiento.

Consta la remisión de la notificación de la resolución al interesado.

10. Con fecha 18 de agosto de 2020, se acuerda conceder trámite de audiencia a la entidad concesionaria del servicio.

El día 1 de septiembre de 2020, un representante de esta última presenta un escrito de alegaciones en el que expresa, en primer lugar, que “la localización exacta de la alcantarilla” no se encuentra “en ningún paso de peatones ni en ninguna zona de tránsito para los viandantes, pues la parada del autobús está mucho más atrás”, y allí “es donde se realiza y efectúa la parada de los viajeros (...), descendiendo los usuarios directamente a la acera”. En este sentido, recuerda que “si se accede” a una zona no habilitada para el paso de peatones debe emplearse “más precaución a la hora de deambular, de caminar, de bajar un bordillo”, lo que es relevante puesto que -según expone- el informe pericial resulta impreciso al respecto -e incluso, según subraya, incluye fotografías que no pertenecen a la localidad de Pola de Lena-. Señala que “durante la tramitación del procedimiento judicial se practicaron todas las pruebas incorporadas en el expediente administrativo”, y “se aclaró la ubicación

exacta de la alcantarilla”, situada en la calzada y alejada de “la zona de la parada del autobús”. Añade también que “quedó demostrado que la alcantarilla en cuestión era de recogida de aguas pluviales y que debido a la zona de su ubicación tenía que tener una cierta altura con respecto al bordillo para evitar precisamente que la acera pudiera inundarse en un momento determinado; de hecho, y así lo confirmó el Técnico Municipal, tras la sustitución de la tapa del sumidero por parte” de la concesionaria “la altura con respecto a la acera se mantuvo prácticamente igual por los motivos expuestos”.

En segundo lugar, y en cuanto a la intervención de la empresa, alega que tanto “la situación del sumidero como su instalación no depende de la concesión”, sino del Ayuntamiento; asimismo, indica que una vez se requirió la sustitución de la rejilla esta se llevó a cabo, y constata que a pesar de la reparación efectuada “la cota de altura entre la acera y la calzada sigue siendo muy superior a 10 cm (20 cm)”.

11. El día 1 de marzo de 2021, el Ingeniero del Servicio de Obras municipal suscribe un informe en el que se ratifica en las consideraciones vertidas en el anteriormente emitido.

12. Con fecha 9 de abril de 2021, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en la que se declara “la responsabilidad de la (...) concesionaria del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada”, y que se deja “expedita la vía ordinaria del proceso civil a efectos de determinación, en este orden jurisdiccional, de los exactos términos en que haya de concretarse la responsabilidad de la concesionaria”. Cita al efecto diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de abril de 2021, 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 Lena objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada 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 Lena, 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 el interesado activamente legitimado 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 Lena está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación, estando también interesada en el procedimiento la empresa concesionaria del servicio de aguas, en cuanto responsable de los daños provocados por la infraestructura cuyo mantenimiento asume.

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 24 de octubre de 2018, pudiendo considerarse como fecha de estabilización de las secuelas la correspondiente al alta de la primera baja laboral originada por la lesión sufrida, que tuvo lugar el día 22 de noviembre de 2017, 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.

El presente expediente se remite a este Consejo tras la retroacción de actuaciones ordenada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 3 de diciembre de 2019, en la que se resuelve el recurso presentado por el interesado frente a la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Lena de 7 de febrero de 2019, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por aquel en relación con los hechos que originaron la apertura del procedimiento sometido a nuestra consideración. En sus fundamentos de derecho se recoge que “en este caso la parte actora ha dirigido su actuación únicamente contra el Ayuntamiento que, sin embargo, se ha exonerado de cualquier responsabilidad sin seguir el procedimiento legalmente establecido”, al no haberse respetado “el trámite de audiencia de la concesionaria”, dado que se le “da traslado el 7 de noviembre de 2018” y ese mismo día la entidad local “declina (...) cualquier responsabilidad y determina que sea esta concesionaria quien podría, eventualmente, ser la responsable”, ni haber recabado el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

Retrotraída la tramitación al “momento inmediatamente posterior a la emisión del informe de 26 de octubre de 2018 del Ingeniero municipal” -tal como se indica en la sentencia-, el Ayuntamiento ha concedido el oportuno trámite de audiencia a la concesionaria y ha emitido propuesta de resolución, pero no ha conferido trámite de audiencia al interesado, reiterando la omisión en la que incurrió con carácter previo a la Resolución desestimatoria de 7 de noviembre de 2018. No obstante, dado que el reclamante accedió por su propia iniciativa al informe emitido por el Servicio afectado, tomó parte en el proceso judicial en el que se relacionan una serie de hechos probados y ninguna de las actuaciones posteriores aporta elementos de juicio novedosos, no se estima menoscabado su derecho a la defensa.

Por otro lado, se advierte la falta de denegación motivada de la prueba testifical propuesta por el interesado, de acuerdo con la exigencia del artículo 77.3 de la LPAC; en relación con esta última, y dado lo innecesario de su realización una vez ha sido llevada a cabo ante el órgano jurisdiccional competente durante el proceso sustanciado (folio 112), debe el Ayuntamiento dar cumplimiento a lo establecido en aquel precepto motivando adecuadamente tal rechazo en la resolución que ponga fin al procedimiento. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Dadas las incidencias acontecidas durante la tramitación del procedimiento, a la fecha de registro de la solicitud del dictamen se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3 de dicho cuerpo legal.

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 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una torsión de tobillo, originada por el brusco movimiento sufrido al pisar sobre una alfombrilla hundida.

A la hora de analizar la viabilidad de la reclamación planteada debemos examinar, en primer lugar, la posibilidad de que un empleado público acuda al procedimiento de responsabilidad patrimonial para obtener el resarcimiento de daños sufridos con ocasión o como consecuencia del ejercicio de las funciones prestadas al servicio de la Administración. En efecto, ya hemos señalado que tanto la Constitución, en el artículo 106.2, como la LRJSP, en su artículo 32.1, reconocen el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Aunque estas normas hacen referencia a “los particulares”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye que los empleados públicos reclamen ante la Administración por los perjuicios padecidos con ocasión o como consecuencia del ejercicio de sus funciones. Este Consejo ya ha manifestado en ocasiones anteriores (entre otros, Dictámenes Núm. 12/2013 y 93/2015) que, “con carácter general, el procedimiento de responsabilidad

patrimonial es un cauce reparador que tiene carácter subsidiario respecto de otras vías específicas de resarcimiento del daño sufrido, a las que habrá de acudir con carácter preferente para sustanciar en su seno la percepción de las indemnizaciones que procedan”. Ahora bien, también hemos señalado que esta doctrina, en consonancia en un primer momento con la del Tribunal Supremo, que entendía que nada impide que el funcionario acuda también a la vía de la responsabilidad patrimonial, que tendrá así carácter subsidiario y complementario cuando las vías de resarcimiento específicas sean insuficientes para la entera indemnización del daño, debe ser hoy actualizada con los nuevos pronunciamientos judiciales, que reconocen a los empleados públicos la posibilidad de acudir a esta vía no con carácter subsidiario, sino como una alternativa de primer grado a otros cauces que permiten satisfacer su pretensión -la vía penal, civil o social- (por todos, Dictamen Núm. 158/2016).

En estos casos, el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial se sujeta también, en cuanto a sus requisitos y a los presupuestos para valorar su procedencia, a los que la ley enuncia con carácter general, con el matiz, a la hora de apreciar el nexo causal y la antijuridicidad del daño, de que solo cabrá indemnizar la lesión que se produzca por un anormal funcionamiento del servicio público (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2003 -ECLI:ES:TS:2003:602-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), excluyéndose así los daños sufridos por los empleados en el caso del funcionamiento normal de los servicios.

Entrando ya en el análisis del fondo de la presente reclamación, queda acreditado en el expediente tanto el hecho del percance como sus consecuencias lesivas -apreciables en la documentación clínica aportada-, sin descender en este momento a la valoración económica que puedan merecer.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, siendo preciso examinar si se dan en el caso concreto las circunstancias que permitan reconocer a la interesada el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos

legalmente exigidos. En particular, hemos de analizar si la lesión ha sido o no consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LRBRL, corresponde a la Administración municipal prestar el servicio público de pavimentación y conservación de las vías públicas urbanas en condiciones tales que garanticen la seguridad de quienes las usan y frecuentan. Por tanto, la Administración municipal está obligada a mantener las mismas en un estado adecuado para garantizar la seguridad de quienes transitan por ellas, 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, siendo responsable, en principio, de las consecuencias dañosas derivadas del funcionamiento de ese servicio, del ejercicio u omisión de tal actividad.

Al respecto, este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 108/2020) 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. De ahí que no quepa extender los deberes de conservación y mantenimiento de las vías públicas urbanas al extremo de que se elimine, de manera perentoria, toda imperfección o defecto, por mínimo que sea, lo que resultaría inasumible o inabordable. Los estándares de mantenimiento exigibles en distintos espacios públicos son diferentes, en atención a su finalidad, habiendo apreciado este Consejo que cuando el desperfecto se encuentra en la calzada y no en la acera el viandante debe adoptar una singular precaución al deambular por esa zona, pues “aunque ese espacio puede ser utilizado por los peatones excepcionalmente” no está específicamente concebido para el tránsito peatonal, que cuenta con espacios reservados a tal fin (por todos, Dictamen Núm. 36/2012). En cualquier caso, la determinación de qué supuestos son susceptibles de ocasionar la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una tarea que ha de abordarse casuísticamente, en función de las

circunstancias concurrentes, debiendo considerarse que no existe relación de causalidad idónea cuando el desperfecto existente en la vía pública es sorteable con la mínima diligencia y atención exigible a quienes transitan por ella (entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 13 de septiembre de 2018 -ECLI:ES:TSJAS:2018:2739- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En el supuesto planteado, la prueba practicada en el seno del proceso judicial acredita -según recoge la sentencia que ordena la retroacción de las actuaciones- que el perjudicado sufrió una torsión de tobillo en la forma que describe; esto es, al descender desde la acera a la calzada y apoyar el pie sobre una rejilla hundida.

El desperfecto consiste en una arqueta de alcantarillado ostensiblemente vencida, ovalada, pues la plancha metálica que la recubre -marcadamente deficitaria- no ha sido capaz de soportar el peso del tránsito rodado. El servicio municipal de mantenimiento aprecia que "la reja está hundida, especialmente en su parte central", siendo "necesaria" su "reparación o sustitución a la mayor brevedad", y la pericial aportada por el reclamante precisa, sin elemento alguno que lo contradiga, que la depresión se extiende a "un desnivel de unos 12 cm respecto de su estado inicial" (cuando la plancha no estaba doblada), que se añade al desnivel de 35 cm que presenta la calzada respecto de la acera, toda vez que la arqueta se ubica en las inmediaciones del encintado, en un espacio reservado a la parada del autobús.

Esa deformación de la alcantarilla es inusual y potencialmente lesiva. Basta observar que la sentencia judicial que ordena la retroacción del procedimiento recoge, entre los hechos probados, que la arqueta "patentemente estaba en mal estado", tal que reclamaba su "reparación o la sustitución", y en el informe del servicio municipal de mantenimiento no solo se objetiva esa perentoria necesidad, sino también que ya antes del percance el "personal de Obras de este Ayuntamiento avisó en varias ocasiones del desperfecto citado, indicando a la empresa concesionaria que debía reforzar dicha reja o sustituirla por otra más fuerte".

En definitiva, la deficiencia y su potencialidad lesiva eran conocidas por el servicio público, que omitió las oportunas labores de reposición, generando así un riesgo que no pertenece a la esfera de los ordinarios que asumen quienes transitan por la vía pública. Tampoco se aprecia que pueda aquí entrar en juego el mecanismo de la concausa, pues al situarse al pie de un encintado de acera sobreelevado la alcantarilla no es perceptible con facilidad por el viandante y, en este caso, al tratarse de un policía local en el desempeño de sus funciones -que es requerido de emergencia- no cabe exigirle una singular precaución en su desplazamiento por la calzada. En suma, el riesgo que se materializa es el generado por una arqueta cuya patente deficiencia era conocida por el servicio público y no el derivado de la omisión de un cuidado o diligencia debidos.

Las alegaciones de la empresa concesionaria del servicio no pugnan con esta conclusión, pues entre otros extremos confusos inciden en la mayor "precaución" exigible a los peatones al descender a la calzada -ignorando que aquí se trata de un agente de policía asistiendo a una emergencia- y en la necesidad de que la alcantarilla tenga "cierta altura con respecto al bordillo para evitar precisamente que la acera pudiera inundarse", lo que puede justificar su configuración pero no la demora en la reposición de la rejilla manifiestamente hundida.

Por su parte, la propuesta de resolución prescinde de cualquier análisis de la entidad del desperfecto y procede a declarar la responsabilidad de la empresa concesionaria basándose en la jurisprudencia que cita, de la que extrae la "regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración".

Sin embargo, tal y como hemos señalado en el Dictamen Núm. 93/2021, la declaración de responsabilidad del contratista interpuesto -atendiendo a la interrupción del nexo causal que origina su intervención, y con base en que los pliegos que rigen la contratación imponen al adjudicatario el mantenimiento en

buen estado de conservación de las obras e instalaciones afectas al servicio y la indemnización de los daños a terceros- constituye un tema controvertido respecto del cual no existe una posición pacífica. El Consejo Consultivo no desconoce que la jurisprudencia no ha sido uniforme en el tratamiento de estos supuestos y que recientemente algunas sentencias de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo vienen acogiendo la posición de la propuesta de resolución, considerando que no procede someter al contratista al procedimiento administrativo ni determinar o cuantificar su responsabilidad a través del mismo, limitándose la obligación de la Administración a determinar si procede y a quién se imputa la responsabilidad por los daños causados. Al respecto, este Consejo viene defendiendo desde el inicio de su función consultiva (entre otros, Dictámenes Núm. 210/2016, 208/2019 y 300/2019) que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del contratista, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama. Con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la LCSP -tal como se recogía ya en la normativa anterior- establece que la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, quien ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. La nueva previsión contenida en el artículo 190 de la LCSP apunta en esta dirección cuando, entre las prerrogativas de la Administración pública, menciona expresamente la de "declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato". Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en este caso, esta debe no solo dar audiencia al contratista, sino también declarar su eventual responsabilidad y acudir a la acción de regreso

cuando la indemnización se abone por la Administración, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante.

Ahora bien, reconociendo la disparidad de criterios, instada la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, aunque materialmente alcance o pese sobre el contratista interpuesto, hemos de reafirmarnos en que el pago por la Administración asumiendo la obligación de repetir frente al contratista -obligado a responder por la normativa general contractual y la específica de los pliegos que disciplinan su vínculo con la Administración- es la postura más garante de la igualdad de la posición de los ciudadanos, en tanto que equipara la vía de resarcimiento cuando el servicio es prestado por la propia Administración y cuando es prestado por un contratista o concesionario, y evita con ello que se inutilice todo el procedimiento administrativo sustanciado a su instancia cuando el servicio es objeto de prestación indirecta. Se razona en la doctrina consultiva más reciente que "la Administración, como titular del servicio público, es responsable hacia los ciudadanos de los daños causados en la prestación de servicios públicos, sin perjuicio de su derecho a repetir frente a sus contratistas", y el perjudicado "ostenta el derecho, constitucional y legislativamente reconocido", a reclamar por esos daños, pesando sobre la Administración el deber de asegurar la "completa reparación", recordándose que también el artículo 1908 del Código Civil residencia la responsabilidad en "los propietarios" del elemento o instalación en diversos supuestos, por lo que se concluye que "ha de abonarse a la reclamante la cantidad por el Ayuntamiento, sin perjuicio de que este pueda repetirla frente al contratista" (por todos, Dictámenes 173/20 y 86/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). En la misma línea se manifiestan otros Consejos Consultivos (entre otros, Dictámenes 44/2019 y 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias y Dictamen 511/2019 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana). Tal como se puntualiza en el Dictamen 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, cabe "la posibilidad de que la propuesta de

resolución estime la reclamación, declare la responsabilidad del contratista y le exija a este el pago de la indemnización”, pero dado que se ha sustanciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial y pesa el deber de asegurar la plena indemnidad, la Administración “también tiene la posibilidad legal de pagar la indemnización a la entidad reclamante, y seguidamente ejercer el derecho de repetición sobre la empresa concesionaria”. Al efecto, interesa señalar que la Administración dispone de potestades y prerrogativas para exigir el pago al contratista, habiendo declarado el Tribunal Supremo, respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad imputando la misma a una empresa contratista, que “esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:4019-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Hemos de reparar además en que es común que el ciudadano, desconociendo quiénes son los concesionarios y contratistas de la Administración, dirija su reclamación frente a la Administración titular del servicio a través de un procedimiento administrativo que no requiere de asistencia técnica, de modo que una vez ventilada en ese procedimiento la causalidad del daño cuyo resarcimiento se impetra resultaría contrario al deber de buena administración inutilizar aquella tramitación que usualmente se demora en el tiempo remitiendo al reclamante a reemprender su pretensión por otros cauces más gravosos, pues ese peregrinaje no solo atenta contra el criterio de eficiencia y el deber de buena administración sino también frente a la igualdad de los administrados, quienes disponen en los supuestos de gestión directa de la garantía de un procedimiento administrativo informado por el principio de gratuidad.

En cualquier caso, cuestionándose desde hace tiempo el alcance de la resolución administrativa cuando en este procedimiento se estima que la responsabilidad atañe a un contratista, sería ahora conveniente despejar esas dudas -que el legislador no ha solventado- a través de los medios en manos de

la Administración, advirtiéndose que los pliegos rectores de la contratación son también un instrumento adecuado para explicitar no solo el deber de responder de los daños derivados del funcionamiento del servicio, sino del sometimiento del contratista al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial y sus resultas, sin perjuicio del derecho que le asiste a recurrir frente a su resolución, que quedaría así sujeta a revisión en sede contencioso-administrativa, como corresponde a su naturaleza.

En definitiva, este Consejo estima que debe el Ayuntamiento, como titular del servicio público, asumir el pago de la indemnización al perjudicado para seguidamente repetir por la totalidad de su importe frente a la concesionaria del servicio de aguas, responsable de la alcantarilla deficiente. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

SÉPTIMA.- Dado el carácter desestimatorio de la propuesta de resolución, no se ha llevado a cabo una valoración contradictoria de los daños invocados. A tal fin, es preciso que por el Ayuntamiento se practique la instrucción oportuna, con traslado al reclamante y a la empresa concesionaria del servicio, para proceder a la cuantificación de las lesiones.

En esa valoración se estima adecuado acudir, a falta de otros referentes objetivos, al baremo indemnizatorio establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, habitualmente empleado en supuestos análogos. Ahora bien, no cabe asumir de plano la pericial de valoración aportada por el reclamante, procediendo el examen contradictorio tanto de las secuelas como de los días de perjuicio personal, toda vez que de la documentación clínica obrante en el expediente resulta que la baja derivada del

accidente se agota el 22 de noviembre de 2017, y el posterior periodo de inactividad responde a una "enfermedad común".

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por frente al Ayuntamiento de Lena con obligación de repetir contra la concesionaria del servicio de aguas por el importe abonado."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE LENA.