

Dictamen Núm. 138/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de julio de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 18 de mayo de 2021 -registrada de entrada el día 25 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Avilés formulada por, por las lesiones sufridas al tropezar en el hueco formado por la ausencia de una loseta del pavimento.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de octubre de 2017, el representante de la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Avilés una reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas a consecuencia de una caída ocurrida en el “Parque” el día 31 de octubre de 2016, “al introducir su zapato en el hueco existente en el suelo a consecuencia de la falta de colocación de una de las baldosas del pavimento”, lo que considera evidencia la “grave negligencia y deficiente mantenimiento” municipal del viario.

Expone que debido al accidente su representada sufre una “fractura en 4 fragmentos de Neer de húmero proximal derecho desplazada e inestable” que se trata inicialmente mediante inmovilización con sling, y que con fecha 15 de noviembre de 2016 ingresa en un centro hospitalario en el que se le practica “artroplastia total inversa de hombro”, recibiendo posteriormente tratamiento rehabilitador en un centro privado.

Cuantifica la indemnización en cuarenta y nueve mil seiscientos dieciocho euros con sesenta y ocho céntimos (49.618,68 €), comprensiva de los siguientes conceptos: 1 día de perjuicio personal particular grave, 90 días de perjuicio personal particular moderado, 125 días de perjuicio personal básico, 22 puntos de secuelas de carácter funcional, 6 puntos de perjuicio estético, perjuicio moral por pérdida de calidad de vida en grado leve, perjuicio personal causado por intervención quirúrgica, lucro cesante y gastos sanitarios.

Adjunta poder notarial para pleitos otorgado por la perjudicada a su favor, diversas fotografías del lugar donde se produjo el siniestro, un cuestionario que recoge la “declaración” de un testigo de los hechos, diversos informes y documentación clínica, facturas de gastos de fisioterapia y un informe pericial de valoración del daño corporal.

2. Mediante Decreto del Concejal Responsable del Área de Urbanismo y Planificación de 19 de febrero de 2018, se acuerda nombrar instructora del procedimiento y recibir el mismo a prueba, precisando que se admite la totalidad de la prueba documental y la práctica de la prueba testifical propuesta, “si bien como documental”, a cuyo efecto se propone la incorporación al expediente de una declaración jurada firmada por el testigo en la que se expresen las circunstancias que se indican. Todo ello se le notifica a la reclamante y a la entidad aseguradora.

3. Con fecha 12 de marzo de 2018, el representante de la interesada presenta en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Avilés una declaración firmada por el testigo en la que expresa que caminaba a “escasos metros por detrás de

la reclamante” y que presenció el accidente, producido al introducir el pie en un hueco del pavimento donde faltaba una baldosa. Manifiesta que el percance se produjo aproximadamente a las 11:30 horas, y que en ese momento había “luz natural” y “muchas personas caminando por el recinto”. Afirma desconocer si la interesada pasaba habitualmente por la zona y si intervino la Policía Local u otro servicio público sanitario, pues él ayudó “a levantarla del suelo junto con un familiar” y se fue.

4. El día 20 de marzo de 2018, la Instructora del procedimiento solicita a la Sección de Mantenimiento y Conservación la emisión del preceptivo informe en el plazo de diez días.

5. Con fecha 16 de octubre de 2018, el representante de la perjudicada presenta en el registro del Ayuntamiento de Avilés un escrito en el que requiere a la Administración para que continúe con la tramitación del procedimiento y dicte resolución expresa.

6. Mediante Decreto del Concejal Responsable del Área de Urbanismo y Planificación de 25 de febrero de 2019, se designa nuevo instructor en los procedimientos que se relacionan, entre ellos, el que es objeto de consulta.

7. Con fecha 27 de enero de 2021, el Instructor del procedimiento reitera la solicitud de informe al Servicio responsable, y el día 29 del mismo mes la Jefa de la Sección de Mantenimiento y Conservación del Ayuntamiento de Avilés informa que “la losa marcada en las fotografías que aporta” la reclamante “fue reparada por la Brigada Municipal de Obras con fecha 14 de febrero de 2017, según consta en nuestra base de datos (...), tras recibir un aviso telefónico”.

8. Mediante oficio notificado a la interesada y a la compañía aseguradora, el Instructor del procedimiento les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

Con fecha 19 de febrero de 2021, el representante de la perjudicada presenta un escrito en el registro municipal en el que se ratifica en su pretensión inicial. En él afirma que “se podría haber evitado el riesgo” con la colocación de una baldosa en el hueco, “siendo a destacar que se trata de una zona muy transitada lo que (...) puede dificultar la visión del pavimento, y que en ocasiones, como se aprecia en alguna de las fotografías aportadas, el hueco de la baldosa se encuentra cubierto totalmente de agua o de hojas caídas de los árboles de la zona, siendo difícilmente visible, no existiendo en el lugar señalización alguna de advertencia de peligro, por lo que no se puede imputar responsabilidad alguna a la denunciante, que camina con normalidad por una plaza sin conocimiento alguno de la deficiencia existente”.

9. Con fecha 2 de marzo de 2021, un funcionario del Negociado de Responsabilidad Patrimonial elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio por ausencia de nexo causal entre el daño causado y el funcionamiento de los servicios públicos. A tal efecto razona que, “dado que no puede exigirse una total uniformidad en la vía pública” o la “reparación perfecta y al instante de cualquier defecto”, la reclamación no se estimará cuando el estado de la vía sea lo suficientemente aceptable como para resultar fácilmente superable con un nivel de atención normal por parte del peatón. Alude a jurisprudencia reiterada, según la cual “la simple existencia de pequeñas irregularidades, desniveles, defectos, agujeros o huecos en el pavimento que resulten perfectamente visibles no originan deber de indemnizar cuando dicha irregularidad no impide el paso de los peatones por la acera que es suficientemente amplia y está en buen estado”; circunstancias que considera se dan en el caso concreto objeto de análisis, en el que además el defecto denunciado no obligaba a “superar lo que es el normal límite de atención exigible” al deambular.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de mayo 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 Avilés objeto del expediente núm., 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 Avilés, 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Ayuntamiento de Avilés 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 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 26 de octubre de 2017, habiéndose producido el hecho lesivo del que trae causa -la caída- el día 31 de octubre de 2016, por lo que, aun sin considerar el tiempo de curación de las lesiones, 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 ha recabado el informe de la Sección de Mantenimiento y Conservación, con lo que se ha cumplido, al menos formalmente y sin perjuicio de lo que se dirá en la consideración sexta, con el trámite de informe del servicio afectado, y se han practicado asimismo los esenciales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos ciertas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas se produce al no haber practicado, en el plazo de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud, la comunicación que el artículo 21.4, segundo párrafo, de la LPAC impone “en todo caso”, relativa a la fecha de recepción de la solicitud, plazos para resolver y efectos del silencio administrativo.

En segundo lugar, observamos que el informe del servicio responsable es deficiente, pues se limita a referir que el defecto causante de la caída se reparó después del accidente, sin analizar las implicaciones que el desperfecto pudiera tener, en su caso, para la seguridad de los viandantes. En relación con el informe emitido por el servicio afectado es doctrina reiterada de este Consejo que ha de abordar explícitamente las imputaciones vertidas en la reclamación y, en particular, el nexo causal con el funcionamiento del servicio público al que se

imputa el daño (por todos, Dictámenes Núm. 25/2014 y 184/2020). Pese a ello, no estimamos pertinente la retroacción de las actuaciones, toda vez que el resto de la documentación incorporada al expediente permite un pronunciamiento de fondo sobre la controversia que se suscita.

En tercer lugar, reparamos en que se ha admitido la declaración del testigo aportada por la reclamante como prueba documental, lo que no resulta correcto. Este Consejo viene manifestando desde el Dictamen Núm. 157/2010 que “la propia naturaleza de la prueba testifical requiere, para tener la fuerza probatoria que le es propia, inmediación con el órgano instructor que permita formar su convicción sobre lo sucedido en el caso concreto y asegurar el principio fundamental de contradicción, como reiteradamente viene señalando el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 15 de octubre de 2001)” o, dicho en otras palabras, que “el interrogatorio de testigos constituye un medio de prueba legalmente diferenciado de la documental, concebido precisamente para incorporar al proceso -con las garantías de la inmediación y el examen contradictorio- las manifestaciones de quienes se afirma presenciaron los hechos” (Dictamen Núm. 109/2012). En este caso, la Administración podría haber tenido por pliego de preguntas el cuestionario aportado por la reclamante junto con su solicitud de indemnización, pero debería haber citado al testigo y a la interesada para la práctica del interrogatorio según las reglas establecidas en los artículos 360 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio de acuerdo con lo señalado en el artículo 77 de la LPAC.

Finalmente, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo han transcurrido más de tres años y medio desde la presentación de la reclamación, rebasando injustificadamente el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. Tal demora contradice el deber de la Administración de actuar conforme a los principios de celeridad e impulso de oficio reconocidos expresamente en el artículo 71 de la LPAC e incumple el derecho a una buena

administración que incluye la resolución de los expedientes en un plazo razonable (artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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 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 caída sufrida tras tropezar en el desnivel ocasionado por la ausencia de una loseta de las que conforman el pavimento de una plaza pública.

Asumidas por la Administración consultante la realidad de la caída en la vía pública y las circunstancias en las que la misma se produjo, no ofrecen duda los daños acreditados con la documentación clínica aportada.

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 determinar si la lesión ha sido o no consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

Por tanto, debemos analizar si el incidente es consecuencia del funcionamiento de un servicio público municipal, como alega la reclamante.

A tales efectos, hay que tener presente que 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 el artículo 26.1, apartado a), del mismo cuerpo legal precisa que los municipios deberán prestar, en todo caso, entre otros servicios, el de pavimentación de las vías públicas. Es evidente, por tanto, que la Administración municipal está obligada a mantener en estado adecuado el pavimento de la vía pública en aras de garantizar la seguridad de cuantos transitan por la misma, 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 o la omisión de esa actividad.

Al respecto, venimos señalando (por todos, Dictamen Núm. 267/2019) que en ausencia de estándares objetivos legalmente impuestos el ámbito del servicio público ha de ser definido en términos de razonabilidad, y que no cabe entender que los deberes de conservación y mantenimiento de las vías públicas urbanas se extiendan a que se elimine, de manera perentoria, toda imperfección o defecto, por mínimo que sea, lo que resultaría inasumible o inabordable. 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. Tal como recoge la doctrina reiterada del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (por todas, Sentencia de 31 de marzo de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:898- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), “en relación a las irregularidades del viario (...) no existe relación de causalidad idónea cuando se trata de pequeños agujeros, separación entre baldosas, resaltes mínimos por instalación de tapas de alcantarilla o bases de los marmolillos, los cuales o son inocuos o son sorteables con la mínima diligencia y atención que es exigible para deambular por la vía pública a los peatones (...) pues, en otro caso, se llegaría a

la exigencia de un estándar de eficacia que excedería de los que comúnmente se reputan obligatorios en la actualidad para las Administraciones públicas”.

Este Consejo entiende, y así lo viene manifestando desde el inicio de su función consultiva (entre otros, Dictámenes Núm. 100/2006 y 177/2020), 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, como árboles, alcorques, mobiliario urbano y rebajes y desniveles que facilitan la transición entre diferentes planos, así como pequeñas irregularidades y rebabas. Singularmente, el viandante debe adoptar precauciones proporcionadas a sus circunstancias personales, a las circunstancias visibles o conocidas del entorno y a los riesgos adicionales que asume al transitar por una zona pudiendo hacerlo por otra.

En el asunto sometido a nuestra consideración, las fotografías relativas al defecto aportadas por la interesada permiten observar una plaza en buen estado general de conservación, en cuyo suelo, no obstante, se aprecia el hueco ocasionado por la falta de una baldosa. Aunque no se conoce la magnitud exacta de la oquedad -la perjudicada no aporta su medición, sobre la que tampoco se pronuncia el servicio responsable, y las fotografías no son un medio idóneo para calibrarla-, resulta razonable asumir que su profundidad equivaldría al grosor de las losetas comúnmente empleadas en la pavimentación viaria como las que se ubican en el entorno donde se produce el percance, que es de unos tres centímetros aproximadamente.

Las imágenes aportadas evidencian que el desnivel de la baldosa respecto a la rasante es fácilmente apreciable, pero no de tal entidad o profundidad como para concluir indefectiblemente la anomalía del servicio público, tratándose de un defecto que no puede considerarse excepcional en las aceras y plazas de cualquier ciudad. La prueba gráfica, por tanto, no muestra un defecto que en circunstancias normales pueda considerarse relevante o que constituya objetivamente un peligro que deba ser señalizado. En el escrito de alegaciones presentado durante la sustanciación del trámite de audiencia el representante de la perjudicada plantea que tanto el elevado tránsito por la plaza, como la lluvia o

la caída de las hojas de los árboles de la zona, cuando concurren, dificultan la apreciación del desperfecto, pero lo cierto es que no ha acreditado la imposibilidad de percatarse del mismo en el caso concreto por ninguna de las circunstancias aludidas.

De lo anterior se concluye que la caída no puede imputarse causalmente al estado de la vía, pues los viandantes han de ajustar su cautela a las circunstancias manifiestas del entorno por el que transitan, constando aquí que la irregularidad era visible y sorteable, dada la amplitud de la zona en la que se encontraba, y su entidad no rebasaba los tres centímetros con que se corresponde, aproximadamente, el grosor de las piezas empleadas.

Tanto el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, a cuya doctrina hemos aludido antes, como este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 213/2018) vienen considerando que los desniveles de escasa entidad no pueden erigirse en factor determinante de una caída, pues no generan un riesgo distinto al que de ordinario asume el viandante cuando se desplaza por la vía pública, y no puede imponerse a la Administración un estándar de mantenimiento que resultaría inasumible sin desatender los servicios cuya cobertura merece un esfuerzo de medios.

En definitiva, estimamos que la causa de la caída no puede imputarse al servicio público, que se ofrecía en el marco de los estándares admitidos, sin que la posterior reparación del desperfecto signifique necesariamente un reconocimiento de la falta de conservación, como también venimos poniendo de manifiesto reiteradamente (entre otros, Dictámenes Núm. 31/2014, 190/2015 y 13/2017).

A nuestro juicio, las consecuencias del desafortunado accidente no resultan imputables a la Administración municipal, ya que nos encontramos ante la concreción del riesgo que toda persona asume cuando camina por espacios de la vía pública. Lo que ha de demandarse del servicio público es 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, 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. 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 AVILÉS.