

Dictamen Núm. 45/2022

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2022, 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 3 de diciembre de 2021 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la vía pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de mayo de 2021 un abogado, en nombre y representación de la interesada, presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una caída en la vía pública.

Expone que el día 10 de junio de 2019, sobre las 21:30 horas, caminaba por la calle cuando, “al pasar por el paso de peatones existente en la

confluencia con la calle, de manera sorpresiva perdió el equilibrio y se retorció bruscamente el pie derecho cayendo al suelo”.

Señala que una vez “producida la caída y después de ser auxiliada por su esposo (...), que la acompañaba, y por otras personas que se encontraban allí, observando cuál podía haber sido la causa del accidente se percató” de que este “se había producido por el mal estado de una tapa de registro que no se encontraba en debidas condiciones, sumamente resbaladiza e incorrectamente ajustada, existiendo un desnivel que provocó la torsión brusca del tobillo y la caída”.

Indica que tras el percance “fueron avisados los servicios de emergencias, que prestaron la inicial asistencia y trasladaron a la lesionada al Hospital “X”, donde se diagnosticó: fractura luxación trimaleolar de tobillo derecho y se le inmovilizó la fractura./ Al día siguiente se trasladó en vehículo de alquiler a su domicilio en la Comunidad Autónoma de La Rioja, donde el día 13-6-2019 fue sometida a operación quirúrgica. Inició periodo de baja que se extendió hasta el día 20-9-2020”.

Sirviéndose del informe elaborado por un especialista en Valoración del Daño Corporal que acompaña, cuantifica las lesiones y secuelas producidas, con arreglo al baremo, en la cantidad total de 32.537,49 €.

Manifiesta que a consecuencia de la caída “no pudo desarrollar sus actividades (...) como empresaria autónoma del sector de alimentación, debiendo contratar los servicios de otro profesional (...) hasta que estuvo en condiciones de poder” llevarlas a cabo ella misma, ascendiendo el importe de esta prestación de servicios durante los años 2019 y 2020 a la cantidad de 33.154,25 €.

En consecuencia, solicita una indemnización por importe total de sesenta y cinco mil seiscientos noventa y un euros con setenta y cuatro céntimos (65.691,74 €).

Adjunta copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informes médicos del Hospital “X” y del Hospital “Y” (La Rioja). b) Alta en el Régimen Especial por Cuenta Propia o Autónomos de la interesada. c) Parte de

incapacidad temporal. d) Informe pericial del estado de la vía en el lugar en el que se produjo la caída. e) Factura de alquiler de un vehículo. f) Documentación acreditativa de pagos por prestación de servicios a un tercero durante los años 2019 y 2020. g) Informe emitido por un especialista en Valoración del Daño Corporal el 23 de octubre de 2020.

2. El día 14 de mayo de 2021, el Primer Teniente de Alcalde y Concejales de Gobierno de Urbanismo, Medio Ambiente, Infraestructuras y Distritos del Ayuntamiento de Oviedo dicta resolución por la que se acuerda iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial. En ella se deja constancia de la fecha de recepción de la reclamación, el plazo máximo de resolución del mismo y el sentido del silencio administrativo.

Figura incorporada al expediente documentación acreditativa de su notificación a la reclamante y a la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

3. Con fecha 14 de junio de 2021, el representante de la interesada presenta en el registro municipal un escrito en el que propone, como medios de prueba, además de los documentos periciales presentados con la reclamación, la testifical de una persona a la que identifica.

4. El día 18 de junio de 2021, el Asesor Jurídico del Jefe del Servicio de Infraestructuras solicita informe al Ingeniero Técnico de dicho Servicio en relación con los hechos objeto de reclamación.

Este es emitido el 24 de junio de 2021, y en él se refleja que girada visita de inspección el 22 de junio de 2021 al lugar donde la interesada sitúa la caída, se pudo comprobar “la existencia de un registro de las redes generales de agua y saneamiento, situado en el centro del paso de peatones, hundido unos 5 cm respecto a la rasante del pavimento./ Se adjunta foto del estado actual./ Con esta misma fecha se pasa aviso a la empresa concesionaria del servicio (...) para que procedan a su reparación”.

5. Mediante oficio de 7 de julio de 2021, el Asesor Jurídico del Jefe del Servicio de Infraestructuras comunica a la concesionaria del servicio de aguas y saneamiento la reclamación formulada, y le concede un plazo de 10 días para que formule alegaciones.

Atendiendo a este requerimiento, el día 21 de julio de 2021 la concesionaria del servicio de aguas y saneamiento presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que señala que, "girada visita de inspección por personal técnico (...) al lugar indicado (...) por la reclamante, se ha podido constatar que el registro de nuestra competencia se encuentra en correctas condiciones de funcionamiento; en cualquier caso, como (...) se aprecia en las fotos que aporta" la interesada, el mismo presentaba un levísimo hundimiento sobre el pavimento circundante, lo cual no impedía ni obstaculizaba el tránsito peatonal, sino que resultaba perfectamente practicable por el común de los usuarios y por ello insuficiente para provocar la caída a una persona que transite por el lugar presentando la debida atención y diligencia (...). En definitiva, un mínimo de atención, que también es exigible a cualquier usuario de la vía pública (incluidos los peatones), habría permitido apreciarse de ese ligero desnivel de la tapa del registro, que no estaba cubierto u oculto, y superarlo sin ningún problema, puesto que, dadas sus dimensiones, objetivamente no impedía ni obstaculizaba el tránsito peatonal./ Decir asimismo que la tapa se sitúa en una zona de amplia visibilidad, diáfana y sin obstáculos, de manera que el riesgo que constituye la deficiencia, por la diferencia de nivel respecto del pavimento, no entraña peligro de entidad suficiente como para causar caídas al común de los viandantes, puesto que se trata de un deterioro menor, visible y evitable, dada su ubicación, ya que no impide el tránsito por dicho lugar./ Por tanto, no puede entenderse presente el requisito-presupuesto exigido por la doctrina jurisprudencial, referida a que el daño o lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pues estos se han desarrollado dentro de los estándares normalmente aceptables. Y en cualquier caso, la propia conducta del interesado, es determinante de una exclusión de la relación de causalidad entre el acto y el daño./ Por todo lo anterior, y dado que

no existe una relación clara de causalidad entre la actuación de este Servicio Municipal de Aguas y el resultado dañoso que reclama” la interesada, “declinamos cualquier tipo de responsabilidad en los mismos”.

6. El día 17 de agosto de 2021, el Asesor Jurídico del Jefe del Servicio de Infraestructuras comunica a la interesada y a la correduría de seguros la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, si bien no existe constancia en el expediente remitido de la recepción por parte de estas de la misma.

7. Con fecha 5 de noviembre de 2021, el Asesor Jurídico del Jefe del Servicio de Infraestructuras elabora un informe-propuesta de resolución en sentido desestimatorio al entender, a la vista de lo actuado, que “no corresponde a este Ayuntamiento tramitar indemnización alguna por supuestos daños derivados del funcionamiento del servicio de saneamiento de agua, sino que ha de ser” la “empresa concesionaria quien asuma en su caso tal obligación, que se deriva de las que contrajo por el contrato para la gestión del servicio”.

Tras reconocer la competencia municipal en materia de suministro de agua y saneamiento, razona que “en el caso del Ayuntamiento de Oviedo los servicios de suministro de agua y saneamiento se prestan mediante concesión administrativa, tal y como autoriza el art. 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, siendo la empresa concesionaria” la que “deberá cumplir las obligaciones generales del concesionario recogidas en el art. 128, que entre otras impone la de `indemnizar a terceros los daños que les ocasione el funcionamiento del servicio´, lo que además también se recoge expresamente en el art. 15 del pliego de condiciones del contrato”, en el que se señala que “` el concesionario será directamente responsable, en relación con terceros, de los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio encomendado´./ Lo mismo que establece el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de diciembre 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 Oviedo 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 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, 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 debidamente acreditado 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).

Respecto a la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Oviedo, nos encontramos con que al atribuir la perjudicada la caída sufrida a las deficiencias en una tapa de registro correspondiente al servicio de aguas y saneamiento localizada en el paso de peatones por el que transitaba, y dándose la circunstancia de que en la ciudad de Oviedo el servicio municipal de suministro

de aguas y saneamiento se presta a través de un concesionario o contratista interpuesto, la propuesta de resolución desestimatoria sometida a nuestra consideración se fundamenta, como único argumento, en lo que su autor parece considerar una falta de legitimación pasiva de la entidad local, al concluir en su informe-propuesta de resolución que “no corresponde a este Ayuntamiento tramitar indemnización alguna por supuestos daños derivados del funcionamiento del servicio de saneamiento de agua, sino que ha de ser” la “empresa concesionaria quien asuma en su caso tal obligación, que se deriva de las que contrajo por el contrato para la gestión del servicio”.

Al respecto, el punto de partida para analizar la legitimación pasiva hay que buscarlo en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a cuyo tenor el municipio “ejercerá en todo caso como competencias propias (...) en las siguientes materias: (...) c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales./ d) Infraestructura viaria”, puesto en relación con el artículo 26.1, apartado a), del mismo cuerpo legal, que precisa que los municipios deberán prestar, en todo caso, y entre otros servicios, los de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y pavimentación de las vías públicas.

Fijadas las competencias municipales concurrentes y, en consecuencia, los servicios públicos implicados, hemos de recordar, como hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Dictamen Núm. 276/2021), que 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 consideran 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.

Acerca de dicha cuestión, 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 de la empresa contratista o, en su caso, concesionaria, deberá ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente a la mercantil implicada en la causación del daño por el que se reclama.

Con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -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 o concesionario, 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 o concesionario, no en la Administración contratante en su condición de titular del servicio.

Ahora bien, reconociendo la disparidad de criterios, este Consejo entiende (por todos, Dictamen Núm. 23/2022) que, instada la acción de responsabilidad patrimonial, aunque materialmente alcance o pese sobre el contratista interpuesto, 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 entidad interpuesta, 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 la modalidad de gestión del servicio, dirija su reclamación frente a la Administración titular del mismo 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 no procede inutilizar esta tramitación remitiendo al reclamante a reemprender su pretensión por otros cauces, pues ese peregrinaje no solo pugna con los criterios de eficiencia y buena administración sino también con 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 o un concesionario, sería 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 la naturaleza de la pretensión ejercitada.

En definitiva, estando por lo razonado el Ayuntamiento de Oviedo pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación -sin perjuicio de la posibilidad de repetir, en caso de estimarse la responsabilidad patrimonial, contra la concesionaria del servicio de aguas y saneamiento que ostenta la cualidad de interesada-, no podrá ponerse fin en vía administrativa al procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa con base en una pretendida falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Oviedo frente al que se reclama.

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 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 4 de mayo de 2021 y, si bien la caída sufrida por la reclamante se remonta al 10 de junio de 2019, consta acreditado en el expediente que a consecuencia de la misma la lesionada fue sometida a una primera intervención quirúrgica, seguida de rehabilitación y complementada con una segunda operación el 20 de julio de 2020 en la que se procedió a la retirada del material de osteosíntesis que se le había implantado. En consecuencia, atendiendo a esta última fecha, 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, y si bien se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución, la instrucción llevada a cabo obliga a una retroacción del procedimiento, toda vez que la misma no incorpora los elementos de juicio imprescindibles para que este Consejo emita su parecer sobre el fondo de la cuestión planteada.

A la vista del informe-propuesta de resolución desestimatorio sometido a nuestra consideración todo apunta a que el Ayuntamiento de Oviedo, convencido de su falta de legitimación pasiva en la reclamación que nos ocupa, parece haber renunciado a analizar las circunstancias en las que se habría producido la caída sufrida por la reclamante. Ello provoca que con respecto a esta capital cuestión el único relato del que se dispone a tenor de la documentación remitida es el facilitado por la propia interesada y, según doctrina reiterada de este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 82/2015), tal único testimonio de parte no resulta, en principio, suficiente para tenerlo por cierto. Ahora bien, tampoco podemos ignorar que a estos mismos efectos el representante de la interesada solicitó la testifical de una persona a la que identifica.

Ciertamente la concesionaria del servicio presenta un escrito de alegaciones, pero este parece librado solamente a la vista de la reclamación, sin que se le hubiera dado el oportuno traslado del informe técnico que tasaba el hundimiento en 5 cm, extremo singularmente relevante.

En estas condiciones, teniendo en cuenta que la finalidad de la instrucción del procedimiento no es otra que la de proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada, resulta evidente que la naturaleza del mismo hace necesario que, de conformidad con lo establecido en el artículo 77.2 de la LPAC, se practique la prueba testifical propuesta por la reclamante, tras la cual deberá otorgarse un nuevo trámite de audiencia a todas las partes interesadas -reclamante, compañía

aseguradora del Ayuntamiento y concesionaria del servicio de aguas y saneamiento- y, tras elaborar una nueva propuesta de resolución, recabar de este Consejo el preceptivo dictamen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible, en el estado actual del procedimiento, un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada y que, por ello, debe retrotraerse el procedimiento a fin de cumplimentar cuanto queda expuesto en el cuerpo de este dictamen.”

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.