

Dictamen Núm. 147/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
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 23 de junio de 2022, 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 16 de febrero de 2022 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por las lesiones sufridas a causa de una caída en una vía pública en obras.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 8 de octubre de 2020, la interesada presenta en la Oficina de Registro Virtual de las Entidades Locales una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Ayuntamiento de Gijón- por las lesiones sufridas en una caída producida en una vía en obras.

Según refiere, “el día 27 de octubre de 2019, sobre las 16:00 horas”, caminaba por la vía pública “con parte de su familia” cuando, en la calle, n.º 31, “cae contra el suelo debido a la existencia de un socavón de grandes

dimensiones en la acera realizado con motivo de las obras que se estaban efectuando” por el Ayuntamiento de Gijón “en esa zona y que se encontraban sin señalizar”, produciéndole el accidente una “fractura de Colles derecha” que se trató con inmovilización hasta el 5 de diciembre de 2019 y posterior rehabilitación hasta el 12 de febrero de 2020, fecha en la que fue dada de alta con secuelas.

Afirma que la caída fue “producto del mal estado de conservación del pavimento”.

Cuantifica la indemnización que solicita con arreglo a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, en seis mil quinientos nueve euros con sesenta y cuatro céntimos (6.509,64 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 35 días de perjuicio personal básico, 74 días de perjuicio moderado y 2 puntos de secuelas por limitación de la muñeca.

Propone la práctica de prueba testifical de las personas que identifica.

Aporta copia de los siguientes documentos: a) Escritos que recogen los “testimonios” de los familiares que la acompañaban en el momento de la caída, así como de una vecina que afirma haber presenciado los hechos desde la ventana. b) Atestado instruido por la Policía Local personada en el lugar de los hechos tras el accidente en el que se recogen las manifestaciones de la accidentada, así como varias fotografías del pavimento. c) Informe de valoración del daño corporal. d) Diversos informes médicos relativos a la asistencia recibida en una clínica privada en relación con la lesión.

2. El día 23 de octubre de 2020 emite informe el Ingeniero Técnico de Obras Públicas del Ayuntamiento de Gijón. En él indica que la calle en cuestión “se encontraba en obras, siendo adjudicataria del contrato la empresa (que especifica), debiendo por tanto remitirle” a la misma “la presente reclamación”.

3. Con fecha 1 de marzo de 2021, la Administrativa del Servicio de Patrimonio solicita a la adjudicataria del contrato un informe sobre los hechos referidos en la

reclamación en el plazo de diez días, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. Pone a su disposición, además del escrito de reclamación, el parte de la Policía Local y el informe del Servicio de Obras Públicas.

La petición de informe se reitera el 6 de octubre de 2021, sin que conste respuesta alguna.

4. Mediante oficio de 6 de octubre de 2021, la Administrativa del Servicio de Patrimonio requiere a la interesada para que aporte los datos identificativos de los testigos a efectos de notificación junto con el pliego de preguntas.

5. El día 18 de octubre de 2021, la perjudicada presenta en el registro municipal la documentación requerida.

6. Mediante oficios de 3 y 4 de enero de 2022, la Administrativa del Servicio de Patrimonio cita a los testigos propuestos y a la interesada para la práctica de la prueba testifical.

7. El día 26 de enero de 2022 se celebra la prueba testifical. El primer testigo, marido de la reclamante, afirma que cuando se produjo el accidente iban a comer a casa de su suegra con sus dos hijas. Señala que “había unas obras para llegar al portal” y “una zona más terminada”, y que “donde los portales justo estaba en obra”. Indica que “cuando íbamos por la zona donde no había tanta obra” su mujer introduce el pie “sin darse cuenta” en un hueco del tamaño de “una alcantarilla grande” que “no estaba tapado ni señalizado”. A preguntas formuladas por el instructor del procedimiento, manifiesta que era un día soleado, que no había obstáculos que impidiesen ver el desperfecto y que “se veía que la zona estaba en obras”, reseñando en una fotografía el lugar del accidente. Las otras dos testigos son una de las hijas de la reclamante y una

vecina que presenci6 el accidente desde la ventana de un sexto piso, y responden a las preguntas en similares t6rminos a los del primer testigo.

8. Mediante oficio de 27 de enero de 2022, la Administrativa del Servicio de Patrimonio comunica a la interesada y a la contratista la apertura del tr6mite de audiencia por un plazo de diez d6as.

9. Obra en el expediente una diligencia en la que se hace constar que el d6a 7 de febrero de 2022 la perjudicada se persona en las dependencias municipales y se le hace entrega de una copia del informe del Servicio de Obras P6blicas, as6 como de la prueba testifical practicada.

10. Con fecha 8 de febrero de 2022, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Gij6n un escrito de alegaciones en el que se ratifica en su pretensi6n.

11. El d6a 11 de febrero de 2022, la T6cnica de gesti6n, la Adjunta al Servicio de Patrimonio y gesti6n de Riesgos y el Director del 6rea de Patrimonio y Compra P6blica elaboran propuesta de resoluci6n en sentido desestimatorio. En ella parten de considerar como acreditada la ca6da en un hueco del pavimento en obras, y estiman probado asimismo que "las obras se encontraban valladas y encintadas (es un hecho acreditado por el reportaje fotogr6fico realizado por los agentes de polic6a), siendo p6blica y notoria su ejecuci6n, aparte de ser perfectamente visibles por los viandantes. Es clara la existencia de una obra en la calle, se6alizada, con suficiente anchura y visibilidad para que el peat6n solo deba prestar atenci6n a las circunstancias de su deambular. Los testigos que se personaron manifestaron que se trataba de un d6a soleado, sin ning6n obst6culo que impidiera a la accidentada ver la parte del pavimento que faltaba por colocar y que era notoria la existencia de las obras aunque no estuviera cerrado el paso para dar acceso a los edificios". Afirman que "de lo actuado en el procedimiento

no resulta probado que la caída sucediera por una mala ejecución de la obra que se estaba realizando, y aun entendiendo los inconvenientes y dificultades que entrañan para el viandante las necesarias obras sobre las calles es esta circunstancia precisamente la que hace más notorio el riesgo que asume el peatón cuando se adentra en estas zonas y, por tanto, aumenta la necesidad de adoptar la máxima precaución en la deambulaci3n, atemperando su caminar al entorno y a las características personales de cada uno”.

Finalmente, concluyen que “la participaci3n de la reclamante es de tal intensidad que rompe el nexo causal para que su reclamaci3n sea acogida”.

12. En este estado de tramitaci3n, mediante escrito de 16 de febrero de 2022, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamaci3n de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gij3n objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin el enlace correspondiente para el acceso electr3nico al mismo.

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 relaci3n con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organizaci3n y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gij3n, en los t3rminos 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 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 mercantil adjudicataria de las obras que se ejecutaban en la calle y que ostenta la cualidad de interesada.

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 8 de octubre de 2020, habiendo quedado determinado el alcance de las secuelas el día 12 de febrero de ese mismo año, según consta en el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la clínica privada que la trató, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Asimismo, se ha dado audiencia a la empresa contratista que estaba realizando las obras de pavimentación viaria en el lugar del accidente; trámite que resulta exigible a fin de atender la previsión establecida en el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Sin embargo, se observan diversas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, no consta en el expediente que se haya remitido en debida forma a la interesada la comunicación prevista en el artículo 21.4 *in fine* de la LPAC, a cuyo tenor, "En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en la comunicación que se dirigirá al efecto al interesado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente". Al respecto, este Consejo ha venido insistiendo sobre la importancia de la corrección en la ejecución de este trámite, no constituyendo un mero e insustancial formalismo (entre otros, Dictámenes Núm. 180/2014, 21/2019 y 46/2022).

En segundo lugar, reparamos en que la Administración solicita a la mercantil adjudicataria de las obras que emita un informe sobre los hechos al amparo de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la LPAC (precepto relativo al informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable). Sobre este extremo, venimos manifestando que, "si bien resulta procedente evacuar el trámite de audiencia con la empresa adjudicataria del contrato (...), hemos de advertir a la Administración consultante que, dado que

su intervención lo es a título de interesada en el procedimiento, no debió haberle solicitado la emisión de informe preceptivo como si de una unidad administrativa se tratara pues, de conformidad con lo señalado en el artículo 81.1 de la LPAC, dicho informe incumbe al titular de los servicios afectados” (por todos, Dictámenes Núm. 276/2021 y 43/2022).

En tercer lugar, advertimos sobre la falta de incorporación al expediente del contrato y los pliegos que, como hemos señalado en el Dictamen Núm. 43/2022, son un instrumento adecuado para explicitar tanto el ámbito de las obligaciones y responsabilidades del adjudicatario de las obras por los daños y perjuicios ocasionados a terceros durante la ejecución del contrato, como el sometimiento de la empresa 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. El hecho de que no figuren en el expediente los señalados documentos contractuales no impide, sin embargo, nuestro pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, pues instada la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, el pago por su parte 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 cuarto lugar, vemos que el informe de los servicios técnicos que obra en el expediente se ciñe a indicar que la reclamación debería ser remitida a la adjudicataria de las obras, sin descender a las cuestiones que constituirían su objeto propio. A pesar de ello, dado que nos enfrentamos a una reclamación formulada en octubre 2020 y que ha sido elevada a este Consejo en febrero de 2022, entendemos que no procede la retroacción de las actuaciones pues, atendidos los elementos de juicio que resultan del expediente, no se considera susceptible de alterar la resolución que haya de dictarse.

Por último, se aprecian ciertas dilaciones sin justificación aparente en la instrucción del procedimiento, siendo especialmente destacables las existentes entre la fecha en que libra informe el servicio responsable (23 de octubre de 2020) y el traslado de la reclamación a la contratista (1 de marzo de 2021), y también entre esta actuación y el requerimiento efectuado a la reclamante para que identifique a los testigos y aporte el pliego de preguntas (6 de octubre de 2021), así como entre la recepción del pliego de preguntas (18 de octubre de 2021) y la citación para la práctica de la prueba testifical (3 y 4 de enero de 2022). Esta 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). Ello provoca que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se haya rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la 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, 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”.

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 la consideración de este Consejo un procedimiento de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por la interesada a consecuencia de una caída en una calle en obras.

No existe duda sobre la producción del percance, cuya realidad asume la propia Administración reclamada. Asimismo, resulta acreditado que la

reclamante sufrió una fractura de Colles de la que se recuperó con ciertas secuelas, según consta en el informe de alta del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de un centro privado, que obra en el expediente.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar *per se* 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, debe analizarse si los perjuicios alegados son consecuencia del funcionamiento de un servicio público del Ayuntamiento de Gijón, en cuanto titular de la vía en la que se produjo el suceso.

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 y 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 quienes transitan por ella, lo cual requiere del Ayuntamiento una diligencia suficiente que evite a las personas 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.

El accidente se produjo, según asume la propia Administración reclamada, al introducir la perjudicada el pie en el hueco existente en una zona en obras. Las fotografías tomadas por la Policía Local instantes después del percance muestran una amplia zona en obras en la que la franja de la acera más próxima a la línea de fachadas está encintada y vallada -salvo en los puntos que sirven de acceso a los locales comerciales y portales-, que carece de enlosado y que presenta un pavimento irregular de hormigón. Anexa a la franja anterior se

aprecia un espacio ancho recientemente adoquinado, en el que se advierten claramente dos huecos descubiertos sobre sendos registros y cuya profundidad equivale a la altura de los adoquines más el mortero de agarre.

De las fotografías tomadas por la Policía Local se desprende que al peligro inherente a la profundidad del hueco, que por sí misma ya constituye una irregularidad notable, han de añadirse los relativos a su ubicación -en una zona por la que deben circular los peatones ante las dificultades de tránsito que presenta la acera contigua, carente de embaldosado y vallada salvo en los puntos de acceso a los portales y locales comerciales- y al hecho de que el obstáculo no esté cubierto o señalizado para evitar accidentes como el materializado en este caso. Por ello, consideramos que el hueco causante de la caída, dada su ubicación y entidad, constituye un peligro cierto para los peatones que incumple claramente el estándar de funcionamiento del servicio público de mantenimiento viario. No obstante, en este caso existe una circunstancia que aboca a una modulación en la declaración de responsabilidad, pues el accidente se produce -según señala el marido de la interesada- debido a una falta de atención de esta, que introduce el pie en el hueco "sin darse cuenta". Como venimos señalando reiteradamente desde el inicio de nuestra función consultiva (por todos, Dictamen Núm. 25/2021), toda persona que transite por la vía pública ha de ser consciente de los riesgos consustanciales y notorios inherentes a esa acción; singularmente, el peatón debe adoptar precauciones proporcionadas a sus circunstancias personales, a las visibles del pavimento y a los riesgos adicionales que asume al deambular por una zona pudiendo hacerlo por otra. En similar sentido viene pronunciándose el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (entre otras, Sentencia de 16 de septiembre de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:3105-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) cuando señala que "todo usuario de las vías públicas, sean carreteras o aceras, tiene la carga y deber de prestar atención a su uso. La relación jurídico-administrativa entre Administración y usuario se centra en el deber de aquélla de mantener las aceras en condiciones de uso y la

carga de éste de utilizarlas con mínima atención. En esas condiciones, el peatón es muy libre de ir mirando el móvil, leyendo el periódico u observando el cielo pero ello encierra una conducta de riesgo que asume, ante la notoria eventualidad de que el pavimento de forma sobrevenida (con culpa o no municipal) ofrezca sustancias o desperfectos anómalos". En estos casos -según recoge la misma sentencia-, "como regla general, ciertamente el peso de responsabilidad de la Administración ha de ser superior al del particular, salvo que existan poderosas circunstancias probadas que basculen el criterio a favor de uno u otro. Y ello porque ciertamente la Administración tiene la obligación y competencia irrenunciable de mantener el viario en buen estado, mientras que el particular tiene el derecho a transitar con seguridad bajo la mera carga de prestar atención y actuar en la sana expectativa de que las vías públicas merecen tal nombre". Considerando en el caso que nos ocupa que, de haberse conducido la reclamante con una atención ajustada al entorno no se habría producido el accidente, por ser el hueco perfectamente visible y fácilmente evitable al estar ubicado en una zona suficientemente amplia, estimamos que procede atribuir a la Administración el 30 % de la responsabilidad, correspondiendo el 70 % restante a la propia perjudicada.

Finalmente, y puesto que a la causación del daño pudo haber contribuido la actividad de la empresa encargada de la realización de las obras de pavimentación, hemos de apuntar que este Consejo viene defendiendo (entre otros, Dictámenes Núm. 210/2016, 300/2019 y 276/2021) 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 adjudicataria de las obras, 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, no desconoce este Consejo, como ya hemos señalado *in extenso* en el Dictamen Núm. 276/2021, que la declaración de responsabilidad del contratista interpuesto constituye un tema controvertido respecto del cual no existe una posición pacífica, hasta el punto de que recientemente algunas sentencias de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han señalado 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. En esta situación, hemos de reiterar lo señalado en ocasiones anteriores (entre otros, Dictámenes Núm. 104/2021 y 61/2022), en las que afirmábamos 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 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.

También hemos señalado en el Dictamen Núm. 276/2021 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).

En definitiva, este Consejo estima que debe el Ayuntamiento, como titular del servicio público, asumir el pago de la indemnización a la perjudicada para seguidamente repetir por la totalidad de su importe frente a la contratista encargada de la ejecución de las obras de pavimentación en cuyo ámbito se produjo el accidente.

SÉPTIMA.- Procede analizar a continuación la cuantía de la indemnización solicitada sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente acreditados.

Como hemos manifestado en ocasiones precedentes, para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles parece apropiado servirse del sistema establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, que si bien no es de aplicación obligatoria

viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos.

La reclamante solicita una indemnización de 6.509,64 €, comprensiva de los siguientes conceptos: 35 días de perjuicio personal básico, 74 días de perjuicio moderado y 2 puntos de secuelas.

En cuanto a la indemnización por lesiones temporales, hemos de señalar que los informes obrantes en el expediente -en particular el informe de alta del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del hospital privado en el que recibió asistencia- acreditan que la perjudicada sufrió un fractura que se trató mediante inmovilización con yeso antebraquiopalmar hasta el 5 de diciembre de 2019; es decir, un total de 40 días que deben considerarse de perjuicio personal particular moderado. Al retirar el yeso las molestias persistían, por lo que se le pautó tratamiento rehabilitador, recibiendo el alta el día 12 de febrero de 2020; es decir, tras 69 días que deben considerarse de perjuicio personal básico. A ello han de añadirse 2 puntos de secuelas correspondientes a la limitación en los últimos grados de extensión de la muñeca, según consta en el informe pericial privado que adjunta. Estos daños, calculados con referencia al baremo antes citado en las cuantías correspondientes al año 2020, por ser este el momento en que se produce la determinación del alcance de las secuelas, arrojan un monto total de cinco mil setecientos ochenta y siete euros (5.787 €). De dicha cuantía ha de deducirse el porcentaje correspondiente a la responsabilidad de la propia víctima que, como hemos señalado en la consideración anterior, estimamos en el 70 % del total, con lo que la indemnización a satisfacer por la Administración -que habrá de repetir contra la contratista de considerar que la misma es responsable del accidente sufrido- asciende a mil setecientos treinta y seis euros con diez céntimos (1.736,10 €); cantidad que deberá ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por frente al Ayuntamiento de Gijón e indemnizar en los términos expresados con obligación de repetir contra la mercantil responsable.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.