

Dictamen Núm. 29/2024

**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 febrero de 2024, 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 6 de octubre de 2023 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por ....., por las lesiones sufridas tras caer en la vía pública al introducir un pie en un alcorque.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 20 de noviembre de 2022 una persona, en representación del interesado, presenta en el Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial firmada por aquel por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la vía pública.

Expone que en la madrugada del día 14 de julio de 2020, “sobre las 02 horas”, cruzaba por “el paso de peatones sito en el cruce calles `A´ con `B´”

cuando, "al finalizar" el mismo y acceder a la acera, cayó "al suelo al meter el pie en un socavón (...) que al parecer antaño albergaba un árbol, ya arrancado".

Refiere que el árbol había sido retirado hace "meses, según comentan los vecinos", porque "se había secado", y que se había dejado "sin tapar o rellenar" el hueco "con una profundidad de más de 30 cm", en el que "con el paso de los meses ha ido creciendo la hierba".

Señala que el percance le causó "lesiones en brazo izquierdo y pierna", por lo que su pareja -a la que identifica- que le acompañaba en el momento del accidente le asistió tras la caída, "pidió una ambulancia y, ante la tardanza", lo "llevó a Urgencias del cercano" Hospital ....., "teniendo que acudir de nuevo a Urgencias a los 2 días".

Tras reseñar que formuló "denuncia (...) a los 17 días de la caída", pone de relieve que "el socavón fue tapado por Parques y Jardines posteriormente (tras denuncia) con una arqueta", y que "antes de ser tapado" pudo tomar las fotografías que adjunta.

Considera que "es clara la responsabilidad y negligencia municipal en conservación y mantenimiento de las aceras, cuyo cuidado debe extremar, máxime si son continuación de paso de peatones", y precisa que el Ayuntamiento "arrancó el árbol que había antes dejando en su lugar al descubierto y sin señalización alguna el socavón de la raíz, en vez de proceder a taparlo inmediatamente o balizarlo. No procedió a taparlo sino hasta pasados 4 meses tras la denuncia por esta caída. Con ello generó durante meses una situación de inseguridad y peligro para los peatones, donde no debía haberla. Siendo ello la causa eficiente de la caída (...). Situación claramente antijurídica./ Al año de tapar" el Ayuntamiento "el socavón (...) ha vuelto a plantar otro árbol en dicho lugar".

En cuanto a la valoración de los daños sufridos, indica que el accidente le produjo una luxación de hombro izquierdo por la que causó baja laboral. Afirma que en el curso del seguimiento de la lesión se aprecia en RMN realizada el día 28 de diciembre de 2020 una "extensa lesión del labrum que afecta prácticamente (a) todos los cuadrantes con presencia de quistes parabrales

adyacente al margen postero-superior y cuerpo libre en receso subescapular que podría corresponder con un fragmento labral. Tendinopatía calcificante del supraespinoso con signos de tendinopatía insercional”, por lo que se propone para intervención quirúrgica, “entrando en lista de espera (...) en marzo de 2021”. Es operado el 7 de octubre de 2021, siendo dado de alta hospitalaria al día siguiente, recibiendo “del 21-10-21 al 16-05-2022” 75 sesiones de tratamiento rehabilitador privado “al tardar en llamarle el Servicio de Rehabilitación” del Hospital ..... Precisa que al alta presenta las siguientes secuelas: “dolor a la movilización en hombro izquierdo, un déficit global de su movilidad pasiva de un 20 %, al redondeo, y luxación anterior espontánea ante determinados movimientos” que “es inoperable al haber fracasado ya el intento quirúrgico de corregirla”, así como “un perjuicio estético ligero por las cicatrices del portal artroscópico” y “un perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, agravado por la lesión previa que tenía en su hombro derecho, lo cual hace que la (...) sufrida en su hombro izquierdo (el único plenamente funcional) merme muchísimo su calidad de vida (...), incapacitándole para el ejercicio de su profesión de comercial”.

Reclama una indemnización de ciento veintiún mil novecientos ochenta y siete euros con setenta y seis céntimos (121.987,76 €) comprensiva de los siguientes conceptos: 652 días de incapacidad temporal (2 de ellos graves y los 650 restantes moderados, más el perjuicio personal por intervención quirúrgica), 18 puntos de secuelas funcionales y 2 puntos de perjuicio estético, así como un perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionado por las secuelas en grado moderado y los “gastos asistenciales médicos (consultas Traumatología, pruebas, fisioterapia)” por importe de 2.677,76 €.

Adjunta diversos informes médicos correspondientes a la asistencia recibida tras el accidente tanto en la sanidad pública como en la privada, facturas de gastos médicos, varias imágenes del alcorque -dos de las cuales incorporan un elemento de medición (cinta métrica) en el que se observa que la profundidad del mismo es de 30 centímetros- y un informe librado por el Departamento de Parques y Jardines del Ayuntamiento de Oviedo con fecha 4 de

noviembre de 2020, del que resulta que “el árbol en cuestión estaba pendiente de ser repuesto al haberse secado el que había plantado”, y que “según la documentación existente en el Servicio el 29 de septiembre se detecta que en el alcorque había proliferado la vegetación, por lo que a fin de mantener la acera con una estética adecuada se procede a taparlo con hormigón hasta la reposición del árbol prevista para este invierno”. Asimismo, aporta copia de un escrito presentado el 1 de agosto de 2020 en el que, tras referir los pormenores de la caída sufrida el 14 de julio de 2020, solicita al Ayuntamiento que proceda “a reparar y tapar el socavón en la acera cuanto antes” pues “es una zona residencial muy concurrida y puede caer una persona mayor o un niño sufriendo lesiones más graves” que las suyas.

**2.** Mediante Resolución de 31 de enero de 2023, el Concejal de Gobierno de Contratación y Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo acuerda incoar procedimiento de responsabilidad patrimonial, nombrar instructora/secretaria del mismo y notificar el acuerdo a las partes interesadas.

**3.** Con fecha 1 de febrero de 2023 la instructora del procedimiento requiere al interesado para que, en el plazo de diez días, “proceda a la subsanación de defectos o acompañamiento de documentos preceptivos; mejora de la misma, debiendo para ello aportar: “Acreditación de la representación./ Copia del historial clínico traumatológico que conste en el Centro de Salud de Atención Primaria del Área II (.....)/ Copia del historial clínico traumatológico del interesado que conste en (...) Atención Primaria del Área IV./ Copia del historial clínico del Hospital ..... relativo al accidente objeto de reclamación./ Copia del historial clínico traumatológico del (centro privado)” en el que recibió atención por el mismo proceso. Se le advierte que “transcurrido dicho plazo sin ser atendido el (...) requerimiento se le tendrá por desistido de su solicitud, previa resolución”.

Se adjunta el acuerdo de inicio del procedimiento.

**4.** El día 15 de febrero de 2023 una persona, en representación del interesado, presenta en el Registro Electrónico un escrito firmado por el perjudicado en el que éste afirma representarse a sí mismo, y que la intervención del representante se reduce a la mera presentación telemática de la reclamación.

Acompaña el historial clínico del Hospital ..... y del centro privado relativo a la asistencia prestada por las lesiones objeto de reclamación. En cuanto al resto de historias requeridas, acredita haberlas solicitado aunque "no (...) han llegado aún", comprometiéndose a aportarlos en cuanto las reciba.

El día 8 de marzo de 2023, el reclamante presenta un escrito al que adjunta el historial clínico traumatológico obrante en Atención Primaria del Área Sanitaria II.

**5.** Mediante sendos oficios de 3 de abril de 2023, la Instructora del procedimiento traslada la reclamación a la compañía aseguradora y a la concesionaria del servicio de mantenimiento de parques y jardines.

**6.** El día 13 de abril de 2023, el representante de la concesionaria del servicio de mantenimiento de parques y jardines presenta un escrito en el registro municipal en el que refiere que "a la fecha del siniestro, 14 de julio de 2020, el alcorque se encontraba vacío, al haberse secado el árbol y, en consecuencia, haber sido retirado./ Tras la retirada del árbol, el Ayuntamiento realiza trabajos de ampliación de la acera y colocación de un nuevo paso de peatones con semáforo que se instala delante del alcorque. En las fotografías se aprecia el nuevo paso de cebrá y los restos del antiguo./ Con fecha 29 de septiembre, por orden verbal del Ayuntamiento, se limpia de malas hierbas y se rellena de tierra hasta el nivel de la acera./ El 5 de octubre se realiza el tapado del alcorque con cemento por indicación del Servicio de Parques y Jardines./ Finalmente (...), se retiró el hormigón y se plantó un nuevo árbol./ En relación con todo lo (...) expuesto, señalar que tanto las labores de tapado provisional del alcorque con hormigón como la reposición de arbolado de alineación son labores que deben ser ordenadas por la Dirección Facultativa (Ayuntamiento), al quedar englobadas

dentro de los trabajos de `conservación por valoración de obra, servicio y suministro realizado`.

Adjunta varias fotografías y un parte de tareas de su personal.

**7.** Con fecha 18 de abril de 2023, el representante de la entidad aseguradora presenta un escrito en el Registro Electrónico en el que señala que “no existe prueba alguna en el expediente que acredite el modo de ocurrir los hechos ni el punto exacto de la caída. No tenemos constancia de intervención de la Policía Local, ni de ambulancia, sólo (se) declara la existencia de la pareja del reclamante, sin que nos conste prueba testifical alguna. La carga de la prueba es del reclamante y, sin embargo, no acredita el hecho de la caída y la relación causal”.

Afirma que, “aun cuando considerásemos que la caída ocurrió como se indica en la reclamación, llama la atención el hecho de que en las inmediaciones existe una farola de cuatro brazos que hace suponer que la zona estaba perfectamente iluminada, siendo por ello perfectamente visible el alcorque, por tener unas dimensiones fácilmente perceptibles, distinta coloración a las baldosas de la acera y tener al parecer vegetación evidente (`maleza´ según reconoce el reclamante en su denuncia), por lo que introducir un pie en dicho alcorque resulta claramente una imprudencia de la propia víctima. Son significativas las fotos efectuadas por el reclamante unos días después del supuesto accidente, en donde se puede apreciar la altura de la maleza, por lo que resulta poco creíble que un peatón cabalmente llegase a meter un pie en tal espacio”.

En cuanto a la valoración de las lesiones, significa que “no se acompaña informe médico valorador del daño que acredite los días de perjuicio, sus características, así como la catalogación y puntuación de las secuelas, al igual que el perjuicio moderado por pérdida de calidad de vida. El reclamante se ha sometido voluntariamente a la Ley 35/2015 de valoración de lesiones causadas en accidente de tráfico, pero se olvida de que dicha Ley, en su art. 37, indica

que ha de aportarse informe médico ajustado a las tablas del baremo, lo que no hace”.

Propone la práctica de una pericial médica por parte de la compañía aseguradora y adjunta diversas imágenes del lugar de los hechos y copia de la póliza y de la escritura de poder otorgada en favor de diversos procuradores, entre ellos, el que suscribe el escrito.

**8.** Mediante oficio de 8 de mayo de 2023, la Instructora del procedimiento comunica a los interesados la apertura del período de prueba por un plazo de 30 días a fin de que pueda practicarse la pericial propuesta por la compañía aseguradora, informándoles de que en el mismo trámite procedimental podrá presentarse cualquier otro elemento probatorio conforme a derecho que consideren.

**9.** Mediante escrito de 18 de mayo de 2023, el reclamante solicita una copia de las alegaciones formuladas por la entidad aseguradora, constando en el expediente que se le da traslado de las mismas el día 23 de ese mes.

**10.** Con fecha 30 de mayo de 2023, el representante de la compañía aseguradora presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un informe pericial de valoración del daño corporal librado el día 15 del mismo mes tras el reconocimiento médico efectuado al interesado. Resulta del citado informe que las lesiones sufridas corresponden a 2 días de perjuicio personal particular grave, 455 días de perjuicio personal particular moderado, 11 puntos de secuelas funcionales y 2 puntos de secuelas estéticas, así como a un perjuicio moral leve por pérdida de calidad de vida.

**11.** Mediante oficio de 21 de julio de 2023, la Instructora del procedimiento solicita al Servicio de Parques y Jardines un informe sobre el suceso que da origen a la reclamación y su relación con la prestación del servicio público municipal en el plazo de diez días.

**12.** El día 17 de agosto de 2023, el Jefe de la Sección de Apoyo Técnico del Servicio de Parques y Jardines señala que “en Oviedo hay unos 14.000 árboles (...) en las aceras” que para que puedan sobrevivir se plantan en alcorques o “cuadrados de 60 x 60 cm de superficie y una profundidad de entre 60 y 80 cm que se llenan con tierra vegetal (...). Estos alcorques tienen la consideración de zonas verdes y no forman parte de la vía. Por lo tanto, aunque se procura que su superficie esté al nivel de la calle, no son zonas de paso, al igual que sucede con las zonas verdes, ya que no es posible garantizar, en un material flexible como es la tierra vegetal, una superficie totalmente uniforme”.

Explica que “cuando un árbol desaparece de un alcorque, por la razón que sea, se mantiene la vegetación en el mismo hasta que es repuesto a fin de que los usuarios de la acera puedan identificar la presencia del mismo y circulen por el vial sin invadir la zona no pavimentada. En zonas donde hay un tráfico de personas muy intenso se tapa con un hormigón provisional hasta que se planta el árbol de nuevo. Con un mínimo de atención los peatones advierten la presencia de los alcorques y a pesar del elevado número de ellos son infrecuentes las caídas por invadirlos”.

Afirma que “la acera de la calle donde se encuentra el alcorque mide 6 metros de ancho y el alcorque es un cuadrado de 60 x 60 cm, por lo que hay una amplia zona de paso de 5,40 metros en la zona más estrecha./ El mantenimiento de los alcorques está incluido en el contrato de mantenimiento de zonas verdes, en el que se especifica que la empresa adjudicataria se hará cargo del mantenimiento del arbolado de alineación de la calle, que es el caso de la reclamación que nos ocupa./ La ausencia de un árbol en un alcorque no puede considerarse una situación anómala ya que los árboles, especialmente en zona urbana, sufren constantes agresiones y tienen que sobrevivir en un medio hostil, por lo que es frecuente que se mueran, cuando esto ocurre lo habitual es que no puedan reponerse inmediatamente ya que la época de plantación es el invierno, por lo que en ocasiones el alcorque puede permanecer varios meses sin árbol”.

Adjunta dos fotografías.

**13.** Mediante oficio de 24 de agosto de 2023, la Instructora del procedimiento comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

**14.** Con fecha 25 de agosto de 2023, la concesionaria del servicio de mantenimiento de parques y jardines presenta un escrito en el registro municipal en el que se ratifica en sus alegaciones.

El día 30 del mismo mes, la compañía aseguradora presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que insiste en la falta de prueba sobre la forma en que se desarrollaron los hechos, en la ausencia de relación de causalidad dado que “era perfectamente visible el alcorque por su diferente color al del pavimento, por su tamaño y por tener vegetación”, y entiende que concurre “una falta de atención del peatón que interrumpiría el nexo de causalidad”, por lo que cabe apreciar una “conurrencia de culpas de modo subsidiario” con un “75 % de responsabilidad del viandante”.

No consta en el expediente que se hayan formulado alegaciones por parte del perjudicado.

**15.** El día 6 de octubre de 2023, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que “en el presente caso no se acredita el lugar de la caída ni su mecánica, lo que por sí solo es suficiente para desestimar la reclamación. Además, debe tomarse en consideración que, de haberse producido el accidente en los términos narrados, dada la plena visibilidad del alcorque y amplitud de la acera, no puede racionalmente considerarse factor determinante del accidente por tratarse de un elemento salvable o sorteable por el común de los peatones que no entraña un riesgo superior al ordinario que asume quien transita por la vía pública. Si el reclamante, en esas condiciones expuestas, por inadvertencia pisa precisamente (...) donde está ubicado el hueco destinado a la plantación del árbol, no

haciéndolo por la zona de la acera destinada a la circulación peatonal, adecuadamente pavimentada, no puede después pretender responsabilizar de su comportamiento a la Administración municipal. Se trata del supuesto de daño atribuible a la conducta exclusiva de la víctima, no entrañando más peligro la existencia del alcorque que cualquier elemento de mobiliario urbano situado sobre una acera y contra el cual también puede tropezar el peatón como consecuencia de una distracción o despiste”.

Añade que, “sin perjuicio de lo anterior (...), este Ayuntamiento, con fecha 25-07-2018, formalizó el contrato (...) relativo al servicio de mantenimiento, conservación y mejora de los espacios verdes y arbolado urbano, con (...) plazo de ejecución 4 años, prorrogable por dos anualidades, por lo que en la fecha en la que se produjeron los presuntos daños cuya indemnización se reclama la responsable del mantenimiento, conservación y mejora de los espacios verdes y arbolado urbano” era la concesionaria del servicio.

Tras señalar que la Ley de Contratos del Sector Público impone al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, afirma que “dada la intervención de un tercero, ajeno a la Administración, que rompería el carácter directo entre el actuar administrativo y el perjuicio causado, podemos concluir que no existe relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el daño sufrido por el reclamante, pues la intervención del contratista rompe dicha relación. Será, en su caso, el contratista quien deba responder de los daños y perjuicios sufridos por el reclamante, pero no la Administración, a quien no se puede imputar el daño cuya reparación se reclama, pues precisamente la existencia de un contratista del servicio de mantenimiento, conservación y mejora de los espacios verdes y arbolado urbano excusa su responsabilidad, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o a la actividad administrativa, no siendo el daño consecuencia de una orden directa del Ayuntamiento en la ejecución del contrato o de vicios del proyecto (pliegos)

elaborado por la propia Administración, lo cual excluiría la eventual responsabilidad del contratista en virtud de la citada normativa contractual. La exigencia de la eventual responsabilidad del contratista deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional, siendo ese el cauce procedimental en el que se deberá determinar la existencia o no de dicha responsabilidad”.

**16.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de octubre de 2023, 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 (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.

Respecto a la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Oviedo, advertimos que el perjudicado atribuye la caída sufrida al deficiente mantenimiento del alcorque, dándose la circunstancia de que en la ciudad de Oviedo el servicio de mantenimiento de las zonas ajardinadas del municipio se presta a través de contratista interpuesto, y que la propuesta de resolución desestimatoria sometida a nuestra consideración se fundamenta principalmente en lo que su autora parece considerar una falta de legitimación pasiva de la entidad local, al concluir que la existencia del contratista implica la quiebra de la relación de casualidad y que “la exigencia de la eventual responsabilidad del (mismo) deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional, siendo ese el cauce procedimental en el que se deberá determinar la existencia o no de dicha responsabilidad”.

Al respecto, el punto de partida para analizar la legitimación pasiva radica en el artículo 25, apartado 2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRRL), conforme al cual el municipio “ejercerá en todo caso como competencias propias (...) en las siguientes materias: (...) b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos (...). d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad”. Fijadas las competencias municipales concurrentes y, en consecuencia, los servicios públicos implicados, debemos recordar, como hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Dictámenes Núm. 276/2021, 45/2022 -dirigido a esa misma autoridad consultante- y 185/2022), que la declaración de responsabilidad del contratista interpuesto -atendiendo a la interrupción del nexo causal que origina su intervención, y con base en que la ley reguladora de la contratación del sector público impone al adjudicatario, con carácter general, 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 de este, 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 (por todos, 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, establece -tal como se recogía ya en la normativa anterior- 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 sólo 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 (entre otros, 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 éste 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).

Por otra parte, y a propósito de la específica referencia efectuada en la propuesta de resolución a que “la exigencia de la eventual responsabilidad del contratista deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional”, debemos reiterar además 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 sólo 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” (por todos, Dictamen Núm. 36/2023).

En el supuesto que nos ocupa, y previa justificación de que el deber municipal de mantenimiento de los alcorques incumbe a la contratista, asunto este que no consta de forma indubitada por no haberse incorporado al expediente los pliegos rectores de la contratación de referencia, según lo razonado se estima que el Ayuntamiento de Oviedo se encuentra 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 empresa contratista del servicio de mantenimiento de parques y jardines, 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 20 de noviembre de 2022, y habiéndose determinado el alcance de las secuelas con la finalización del tratamiento rehabilitador el día 16 de mayo 2022 es claro que ha sido formulada dentro de 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 incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había 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”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la 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 en la vía pública que se atribuye a la materialización de un riesgo generado por la Administración al no haber señalado ni rellenado un alcorque vacío, de 30 centímetros de profundidad, ubicado en las proximidades de un paso de peatones y cubierto de maleza.

La realidad de los perjuicios físicos y materiales cuyo resarcimiento se solicita se encuentra acreditada por la numerosa documentación incorporada al expediente, sin perjuicio de cuál haya de ser su concreta valoración económica; cuestión esta que sólo abordaremos de concurrir el resto de los requisitos generadores de la responsabilidad que se demanda.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si en el referido accidente se dan las circunstancias que permitan reconocer al interesado el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, debe analizarse si los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del servicio público, y para ello resulta ineludible partir del conocimiento del modo y

circunstancias en que aquellos se produjeron; es decir, determinar los hechos por los que se reclama.

Como viene señalando este Consejo desde el inicio de su función consultiva, aun constando la realidad y certeza del daño, la falta de prueba sobre la causa determinante de este es razón suficiente para desestimar la reclamación, toda vez que la carga de la prueba de los hechos en los que se basa la pretensión pesa sobre la parte reclamante e impide, por sí sola, apreciar la relación de causalidad del perjuicio alegado con el servicio público y su antijuridicidad, cuya existencia es inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

En el caso que nos ocupa, está probada la realidad de los daños alegados y cabe presumir que los mismos se debieron a un accidente, aunque no existe constancia ni prueba indiciaria alguna del lugar ni del modo y circunstancias en que aquel se produjo; condiciones que resultan determinantes para valorar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el funcionamiento del servicio público.

El reclamante refiere que sufrió una luxación de hombro en la caída producida al introducir el pie en un hueco existente en la acera, de 30 centímetros de profundidad, generado por la presencia de un alcorque vacío. La Administración municipal asume la presencia de la oquedad y no discute la entidad de la profundidad señalada que muestran las fotografías tomadas por el interesado; ahora bien, de la incidencia de tal situación de hecho en el accidente sufrido por el perjudicado no se cuenta con más prueba que sus solas manifestaciones, lo que no es bastante para tener por cierto su relato en cuanto a la forma en que se produjeron los acontecimientos. En particular, no existe intervención de la Policía Local, ni consta en el informe del Servicio de Urgencias que le prestó la primera asistencia ni en ninguno de los que integran la documentación clínica aportada que la caída que refiere como origen de la luxación del hombro, autorreducida antes de llegar al hospital, se hubiera producido en la vía pública. Por otra parte, el reclamante señala en su escrito inicial que se encontraba acompañado por su pareja cuando se accidentó, quien

“pidió una ambulancia”; sin embargo, y pese a ser consciente de que la compañía aseguradora cuestionaba la prueba de los hechos durante la instrucción del procedimiento, no propuso la práctica del interrogatorio de la testigo ni acreditó haber solicitado el traslado en ambulancia desde el lugar del accidente al centro sanitario, a cuyo efecto le habría bastado con requerir al servicio de emergencias que informase sobre el registro en sus archivos de tal petición. Coincidimos, por tanto, con la propuesta de resolución en que la falta de prueba de la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos que se alegan -carencia que no corresponde a la Administración suplir- impide el análisis del nexo causal que guarda el daño padecido con el funcionamiento del servicio público y es motivo suficiente para desestimar la pretensión indemnizatoria.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por .....

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.