

Dictamen Núm./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 5 de septiembre de 2024, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 5 de junio de 2024 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por las lesiones sufridas tras una caída en una calle en obras.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de enero de 2024 un abogado, que dice actuar en nombre y representación de la interesada, presenta a través del Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la vía pública.

Expone que el día 9 de enero de 2023, sobre las 8:30 horas, sale “del portal de su domicilio sito en la calle caminando y gira a la derecha por la acera, entre el vallado existente para la circulación de los peatones que deben acceder a esos portales instalado a tal efecto”, y a “la altura del portal número

31, debido al mal estado del pavimento (...), metió el pie en un socavón cayendo al suelo por el lateral derecho”.

Indica que a causa del accidente acudió al Hospital, donde “se le diagnostica una `fractura subcapital de húmero derecho y esguince en tobillo izquierdo”.

Denuncia que “las molestias ocasionadas por estas obras y el mal estado de la acera era conocido por esta Administración, tal y como demuestran las innumerables noticias presentes durante años en los periódicos (...). Las obras llegaron a estar paralizadas durante más de un año, y este Ayuntamiento, pese a las protestas vecinales no actuó con diligencia, provocando el deterioro del pavimento, y de forma irremediable, la caída”. Afirma que “esta vía conservaba un estado deficiente al menos desde octubre de 2022”.

Solicita una indemnización de veintidós mil doscientos veinticinco euros con cuarenta y tres céntimos (22.225,43 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 199 días de perjuicio por el tiempo empleado en la curación de las lesiones, de los cuales 50 serían en concepto de perjuicio moderado y 149 de perjuicio básico; 9 puntos de secuelas, y un perjuicio moral por pérdida de calidad de vida.

Por medio de otrosí, propone como medio de prueba la testifical de las personas presentes en el lugar de los hechos cuyos datos proporciona.

Adjunta fotografías del lugar del accidente, noticias de prensa, diversa documentación médica relativa al proceso de referencia, un informe médico de valoración del daño corporal y un escrito por medio del cual la perjudicada autoriza a un abogado para que la “represente y proceda a la presentación ante el Ayuntamiento de Gijón de reclamación previa de responsabilidad patrimonial”.

2. A continuación, obra en el expediente un informe de la Policía Local en el que se manifiesta que consultados los archivos se ha podido comprobar que no hay constancia alguna sobre los hechos a que se hace referencia en la reclamación.

3. El día 9 de enero de 2024, emite informe la Ingeniera Técnica de Caminos, Canales y Puertos del Servicio de Obras Públicas. En él señala que “la calle se encontraba recién entregada por la empresa adjudicataria (...), siendo responsable durante el período de garantía de aquellas incidencias causadas por las deficiencias realizadas por la misma, debiendo por tanto remitirle a la empresa la presente reclamación”.

4. Con fecha 11 de enero de 2024, se da traslado de la reclamación a la empresa adjudicataria de las obras, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

5. Mediante escritos de 1 de abril de 2024, se comunica a la interesada y a las testigos propuestas la celebración de la prueba testifical.

El día 6 de mayo de 2024, el abogado de la reclamante presenta un escrito en el que advierte que tras haber contactado con las testigos propuestas estas manifiestan que no han sido citadas.

6. Con fecha 8 de mayo de 2024, la Técnica de Gestión y el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos extienden diligencia en la que hacen constar que en la fecha referida comparecen en las dependencias administrativas las testigos acompañadas por la reclamante y su representante. En ella se recoge que, “iniciada la prueba testifical (...), el representante de la reclamante interrumpe de forma continua la prueba, siendo reiteradamente advertido de que puede estar presente durante la testifical pero no intervenir en la misma”, indicándole en varias ocasiones “que si no deponía su actitud era imposible realizar la prueba testifical y se procedería a su suspensión”, tal y como sucedió, pues se da “por finalizada (...) ante la imposibilidad de continuarla con todas las garantías”.

Asimismo, se advierte que “la testigo fue debidamente informada del procedimiento para la realización de la prueba testifical, indicándole claramente

que tras la realización de la misma se procedería, por su parte, a la lectura del escrito, pudiendo realizar las aclaraciones/modificaciones que consideraran oportunas antes de proceder a la firma de la testifical que estaba siendo recogida mecanográficamente”.

7. Ese mismo día, el abogado de la interesada presenta un escrito en el que denuncia que durante el desarrollo de la prueba testifical los funcionarios “no transcriben lo que literalmente está contestando la testigo, sino que cogen partes de sus frases y transcriben lo que más les interesa”.

8. Con fecha 9 de mayo de 2024, se comunica a la reclamante y a la empresa adjudicataria de las obras que “la prueba testifical propuesta tuvo que ser suspendida, no pudiendo ser practicada por causas ajenas a esta Administración”, y que “dicha prueba, aunque procedente, en el expediente instruido constan elementos suficientes para la elaboración de una propuesta de resolución con lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, no se considera necesaria su práctica”.

Asimismo, les indica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

9. El día 22 de mayo de 2024, el administrador de la empresa adjudicataria presenta un escrito de alegaciones en el que señala que “el supuesto incidente (...) tuvo lugar en un punto muy visible de la calle, la cual se aprecia claramente que se encuentra en obras./ Por tanto, (el) origen del daño estaría localizado en la esfera de responsabilidad de la víctima, al no cumplir con la diligencia exigible en el control de la propia deambulación, máxime considerando que el accidente se produjo en una zona de obra, lo que obligaba a la reclamante a extremar la precaución a su paso por un elemento dispuesto para salvar una obra y determina la ruptura del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido”.

Sin perjuicio de lo anterior, advierte que esta empresa “no era responsable de las obras en el momento de la supuesta caída (...), ya que con fecha 29 de diciembre de 2022 se emitió un informe de la Junta de Gobierno que acuerda “resolver de mutuo acuerdo (...) el contrato de las obras de remodelación de la calle con criterios medioambientales”. Por ello, si la caída tuvo lugar el día 9 de enero de 2023, “en ese momento la responsabilidad ya pertenecía al Ayuntamiento de Gijón”.

10. Con fecha 23 de mayo de 2024, el abogado de la interesada presenta un escrito por medio del cual “eleva a definitivas las pretensiones deducidas en el escrito iniciador de este procedimiento”.

Por otra parte, destaca el “nefasto intento de prueba testifical que los funcionarios trataron de realizar sin ninguna garantía, (de) la cual queda constancia en escrito presentado de esta parte de fecha 8-05-2024”.

11. El día 31 de mayo de 2024, la Técnica de Gestión y la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos suscriben propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, aunque dan por acreditada la realidad de la caída, consideran que “no existe prueba alguna de la existencia del elemento ‘socavón’ que permita verificar su existencia y medir sus dimensiones, prueba fácilmente aportable mediante una fotografía y cualquier elemento que permitiera conocer sus dimensiones (por ejemplo, un metro o cualquier otro objeto de contraste que pudiera indicar su profundidad y anchura) (...). El relato de los pormenores del percance únicamente encuentra respaldo en la versión que de los mismos hace la interesada, lo que no es suficiente para tenerlos por ciertos a los efectos de imputar el daño alegado a este Ayuntamiento”.

Por otra parte, pone de manifiesto que la reclamante, “cuyo domicilio se ubica en esa misma calle”, era conocedora del estado del pavimento, y razona que cuando se transita por una zona en obras “se hace necesario extremar la diligencia en la deambulación atemperando y adecuando el caminar a las

circunstancias del pavimento, que son claramente visibles a la vista de toda la prueba fotográfica aportada”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de junio de 2024, 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 Gijón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin el enlace correspondiente para acceder electrónicamente 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 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 Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

Sin embargo, debemos advertir sobre el hecho de que la interesada “autoriza” al letrado que se indica para que la “represente y proceda a la presentación ante el Ayuntamiento Gijón de reclamación previa de responsabilidad patrimonial” mediante un escrito privado. Al respecto, como hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 233/2021), la representación otorgada mediante un escrito de carácter privado no puede reputarse acreditada a los efectos de lo dispuesto en el artículo 5 de la LPAC. En el caso examinado, este documento no se suscribe *apud acta* a través de una comparecencia presencial o electrónica de la poderdante, tal como permite el artículo 6 de la LPAC. Tampoco se aporta al expediente la certificación de la condición de abogado colegiado que permitiría, en virtud del convenio aprobado en aplicación del artículo 5.7 de la LPAC, presumir aquella representación. En definitiva, no puede estimarse acreditada la representación con la que actúa el letrado firmante de la reclamación, pese a lo cual la Administración ha tramitado el expediente. En virtud de los principios de eficacia y economía que rigen el procedimiento, no procede en este momento la retroacción de las actuaciones, pero debe reseñarse que no cabe una resolución estimatoria sin que, previa o simultáneamente, se acredite la referida representación.

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 adjudicataria de las obras que se ejecutaban en la zona y que ostenta la condición de interesada en el procedimiento. Al respecto, dado que la Administración atribuye la eventual responsabilidad a la empresa que habría provocado los daños por los que aquí se reclama, procede recordar nuestra doctrina sobre la responsabilidad de la Administración titular del servicio y su deber de repetir frente al responsable de la ejecución de los trabajos. Como viene señalando este Consejo (por todos, Dictámenes Núm. 93/2021 y 15/2023), el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la

Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del contratista, concesionario o mercantil interpuesta, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente a la encargada de la prestación del mismo e implicada en la causación del daño por el que se reclama.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de enero de 2024, y la caída de la que trae causa se produjo el día 9 de enero de 2023, 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 incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos que 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 5/2022).

Por otra parte se advierte, respecto a las circunstancias en las que supuestamente se habría producido la caída, que el único relato del que se dispone es el facilitado por la propia interesada, sin elemento alguno que lo avale. Y a tenor de la doctrina mantenida por este Consejo de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 19/2024), este único testimonio de parte no resulta, en principio, suficiente para tenerlo por cierto. Ahora bien, no podemos ignorar que, si bien la reclamante ha propuesto como medio de prueba el testimonio de dos personas, la testifical no pudo ser practicada debido a las “continuas interrupciones y actitud” del abogado de la interesada, pese a que fue “reiteradamente advertido de que puede estar presente durante la testifical pero no intervenir en la misma”, según se indica en el informe de la Sección de Gestión de Riesgos.

En este contexto, debemos recordar que el artículo 78 de la LPAC establece, en su apartado 1, que la “Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas”, y en su apartado 2 que en la “notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan”. Pues bien, al respecto es doctrina reiterada de este Consejo que los interesados tienen el derecho no sólo de

estar presentes durante el desarrollo de la prueba testifical, sino que también disponen de la facultad de formular preguntas a los testigos (por todos, Dictamen Núm. 203/2020), en lógica coherencia con el principio de contradicción. Cabe señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2023 -ECLI:ES:TS:2023:5147- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) advierte que “del artículo 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados los datos referidos a la práctica de la prueba testifical a los efectos de que puedan estar presentes en su práctica e intervenir en ella”. Y recuerda que el artículo 77.1 de la LPAC remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la práctica de la prueba, cuyo “artículo 372.1 prevé que en la testifical se formulen preguntas dirigidas a cuestionar el testimonio prestado. Es decir, quiere que se produzca la imprescindible contradicción, no *a posteriori*, sino en el preciso momento en que se testifica. De ahí que en este punto, el apartado 2 del artículo 78 de la Ley 39/2015 enlace con el citado precepto de la ley procesal”.

En el caso examinado, si bien se permitió la presencia de la parte reclamante durante la comparecencia de los testigos, lo cierto es que por distintas circunstancias no se consumó la práctica de la prueba ya que se puso fin a la misma sin recabar ningún testimonio. Lo anterior menoscaba el derecho a la defensa de la reclamante, máxime cuando el instructor del procedimiento no tiene por ciertos los hechos alegados (artículo 77.2 de la LPAC), de modo que la incertidumbre sobre la existencia del socavón y el modo en que se produjo la caída debió despejarse de oficio, dada su trascendencia para la decisión de fondo.

En estas condiciones se advierte que, interesada esa testifical por la reclamante, difícilmente cabe su rechazo, que la ley solamente reserva a los supuestos en los que las pruebas propuestas se revelen “manifiestamente improcedentes o innecesarias” (artículo 77.3 de la LPAC), lo que no acontece en el supuesto examinado, pues no cabe privar a la reclamante de un elemento de prueba acaso determinante y al mismo tiempo desechar la veracidad de su

relato fáctico. En suma, la práctica de la prueba resulta preceptiva, lo que implica la necesidad de subsanar dicho defecto acordando su realización en los términos de lo dispuesto en el artículo 78 de la LPAC.

Por otra parte, este Consejo considera, con base en la documentación obrante en el expediente, que no se ha dado tratamiento adecuado a la exigencia de incorporación de informe del servicio afectado, de conformidad con lo establecido a tal efecto en el artículo 81 de la LPAC, que señala en su apartado 1 que “En el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”.

La perjudicada sostiene que la caída tuvo lugar en una zona en obras, al introducir “el pie en un socavón cayendo al suelo por el lateral derecho”. Ante este planteamiento, nos encontramos con que la Ingeniera Técnica de Caminos, Canales y Puertos del Servicio de Obras Públicas rehúsa formular cualquier consideración sobre el estado del pavimento, al considerar que la adjudicataria de las obras es la “responsable durante el período de garantía de aquellas incidencias causadas por las deficiencias realizadas por la misma”. Pues bien, remitida la reclamación a la contratista, esta traslada la culpa a la víctima por una falta de atención en la deambulación y, sin perjuicio de lo anterior, comunica que “no era responsable de las obras en el momento de la supuesta caída”, ya que con fecha 29 de diciembre de 2022 se había resuelto el contrato con el Ayuntamiento de Gijón.

Así las cosas, el instructor del procedimiento no ha procedido a recabar nuevos informes sobre el estado del pavimento en el momento del percance, por lo que desconocemos si el Servicio de Obras Públicas tenía conocimiento del citado socavón, o si en la zona se habían producido otras caídas en esas fechas. También se ignoran las medidas que se habían adoptado en aras de asegurar la zona una vez finalizado el contrato, como por ejemplo señalizar la existencia de las obras o bien retirar los posibles elementos que aun permaneciesen allí tras la finalización de las mismas para evitar riesgos a los transeúntes.

Al respecto, en la Memoria correspondiente al año 2022 este Consejo ha señalado que “sería deseable que los partes instruidos por la fuerza pública o, en su defecto, los informes del servicio municipal de conservación viaria describan de forma más precisa la entidad del desperfecto, aportando al efecto algún elemento objetivo de medición o contraste”, y aun en los supuestos en que el desperfecto ya hubiere sido subsanado persisten ciertos elementos que sirven a su valoración objetiva, de modo que “el informe del servicio debería incorporar una valoración del defecto viario, pues en su poder obran datos referentes al material, tamaño, etc. de las piezas colocadas en cada zona de la ciudad, lo que permite en muchos casos, aun tiempo después de reparado un desperfecto, concretar el alcance del deterioro”. En definitiva, si bien es doctrina reiterada de este Consejo que la carga de la prueba corresponde a la parte reclamante, también estimamos que las características de la vía, así como la ubicación y medición o, cuando menos, la descripción del desperfecto, constituyen un dato técnico relevante que la Administración ha de acompañar a este tipo de procedimientos -estando a su disposición-, y cuando los agentes de la autoridad no se personan en el lugar al tiempo del siniestro aún subsisten medios alternativos (tales como recabar de la contratista o concesionaria encargada de las obras, de su propio personal técnico o de la Policía Local, si comparece en el lugar del percance, una descripción más exacta del estado del pavimento) que permiten concretar la entidad de la deficiencia denunciada incluso después de su reparación.

En estas condiciones, consideramos que debe retrotraerse el procedimiento a los efectos de que se practique la prueba testifical omitida y se elabore -acudiendo, si fuere preciso, a la entidad adjudicataria de las obras- un nuevo informe en orden a la determinación de los datos relevantes para resolver sobre lo solicitado. Tras dar audiencia a la interesada y una vez formulada una nueva propuesta de resolución, habrá de recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos expresados.”

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.