Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **235/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Cartagena, mediante oficio registrado el día 6 de junio de 2022 (Reg. 202200192955 06-06-2022), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, por daños sufridos por caída en vía pública (exp. 2022_185), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2020, D.ª X presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Cartagena, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la mala ubicación de un contenedor para la recogida de vidrio.

Relata la reclamante que el 9 de septiembre de 2020 y como consecuencia de la mala colocación del contenedor de vidrio en Avenida La Loma de El Algar (Cartagena), sufrió una caída precisando de la asistencia de Policía Local y de una ambulancia. A consecuencia de la caída hubo de permanecer hospitalizada durante 35 días, sufrió tres operaciones y su hija perdió su trabajo al tener que cuidarla. Manifiesta disponer de testigos.

Adjunta a la reclamación una fotografía del lugar de los hechos, copia de los DNI de la actora y de una persona a la que designa como representante en el escrito de reclamación y diversa documentación clínica, de la que se deriva que como consecuencia de la caída que dice haber sufrido se habría producido fractura pertrocantérea de fémur izquierdo y fractura de cúbito y radio distal ipsilateral. En la fecha del percance la actora contaba con 76 años.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Decreto de 3 de noviembre de 2020, se nombra instructora, que comunica a la interesada la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al tiempo que se requiere a la actora para que aporte cuantas alegaciones y pruebas estime convenientes a su derecho. En particular se le requiere para que una al expediente un plano de situación del lugar del accidente y para que efectúe la valoración económica del daño padecido.

TERCERO.- El 10 de diciembre de 2020, la interesada designa abogada a la que faculta para su representación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- El 17 de diciembre y manifestando que no ha podido obtener vista del expediente por las limitaciones asociadas a la pandemia, la actora presenta escrito de alegaciones en el que detalla el proceso clínico de la lesionada. En relación con la causa del accidente, manifiesta que se debió "*a la mala localización del contenedor de vidrio, el cual no se encuentra sobre una superficie plana, sino situado parcialmente sobre la acera, la cual también presenta un mal estado de conservación*", como muestran las fotografías que acompañan a las alegaciones.

Afirma, asimismo, que todavía no puede realizarse la evaluación económica del daño por no haberse estabilizado las lesiones y que efectuará la valoración una vez obtenga el alta médica.

Propone como prueba documental la adjunta al escrito de alegaciones, que se solicite a la Policía Local copia de las diligencias que se realizaron con ocasión de la asistencia prestada *in situ* a la actora, que se pida informe a los servicios técnicos del Ayuntamiento acerca de la falta de mantenimiento de la acera y la mala ubicación del contenedor, y que se cite a tres testigos a quienes identifica por su nombre y apellidos y se facilita la dirección postal de dos de ellos. Solicita, asimismo, que se le dé traslado del expediente administrativo.

En este mismo trámite aporta plano de localización del punto donde tuvo lugar el percance.

QUINTO.- El 24 de febrero de 2021 se dirige la actora al Ayuntamiento en solicitud del dictado de una resolución expresa.

SEXTO.- El 1 de marzo de 2021 la instrucción acepta la prueba testifical propuesta por la interesada, si bien sólo respecto de los dos testigos cuyas direcciones han sido facilitadas, rechazando la testifical de un tercer testigo cuyos datos de contacto no constan en el expediente.

No consta que este acuerdo instructor fuera notificado a la interesada.

SÉPTIMO.- El 12 de marzo se acuerda la suspensión del procedimiento a la espera de que la actora obtenga el alta médica y efectúe la valoración económica del daño.

OCTAVO.- En atención a las especiales condiciones impuestas por la pandemia de Covid-19, la prueba testifical no se realiza presencialmente, sino mediante la remisión de un cuestionario a los testigos, que devuelven cumplimentado.

De las declaraciones de las testigos se desprende que ninguno de ellas presenció la caída, sino a la reclamante ya en el suelo. Preguntados por el estado del lugar donde se produjo el percance, responden como sigue: "*malo (el bordillo demasiado alto)*" y "*el contenedor está mal ubicado encima de la acera y la acera está rota*".

En cuanto al elemento causante de la caída lo identifican como la mala ubicación del contenedor, que el bordillo es demasiado alto y que la acera está rota.

NOVENO.- Con fecha 21 de septiembre de 2021 la actora presenta nuevo escrito de alegaciones al que acompaña informe médico de valoración del daño corporal. Insiste en que el Ayuntamiento sigue sin darle traslado del expediente administrativo como ha solicitado en sucesivas ocasiones, no obstante lo cual reitera lo indicado en los escritos anteriores, acerca del elemento causante de la caída, que identifica con una mala ubicación del contenedor de vidrio, "*el cual no se encuentra sobre una superficie plana, sino situado parcialmente sobre la acera, la cual también presenta un mal estado de conservación*", como se aprecia en el reportaje fotográfico que adjunta. La reparación de la acera, se afirma que ha sido solicitada de forma repetida por la actora y sus vecinos ante el propio Ayuntamiento, sin que éste haya enmendado los defectos que presenta dicho elemento viario. A efectos de acreditación de este extremo se solicita que se levante atest ado por la Policía Local respecto a la localización del contenedor y estado en que se encuentra la acera en el momento de presentar el escrito.

Con fundamento en el informe médico de valoración, se evalúa el daño padecido por la reclamante en un total de 168.978,70 euros, cantidad que pasa a constituir la pretensión indemnizatoria actora, en concepto de lesiones temporales, secuelas (13 puntos), perjuicio estético (2 puntos), perjuicios morales y gastos de adecuación de vivienda.

Se adjuntan nuevamente planos de localización, informes clínicos, y copia de facturas y recibos correspondientes a elementos ortopédicos y a los gastos de adecuación de la vivienda de la actora.

DÉCIMO.- Tras requerimiento de la instructora a la Policía Local para que informe sobre antecedentes relativos a los hechos que motivan la reclamación, se remite un parte de actuación de "auxilio a personas enfermas" el 9 de septiembre de 2020 a las 10:30 horas, según el cual los agentes son requeridos al haber una persona en el suelo que no puede levantarse. Al llegar al lugar de los hechos, la accidentada estaba siendo auxiliada por los servicios sanitarios y fue retirada en ambulancia. Refieren los agentes que "*al parecer mientras tiraba la basura a un contenedor ha perdido el equilibrio cayendo desde la acera a la calzada de la vía*".

UNDÉCIMO.- Por la empresa contratista del servicio municipal de limpieza viaria y recogida de residuos (LHICARSA) y en respuesta a la solicitud instructora de informe acerca de los hechos, la mercantil no reconoce responsabilidad alguna toda vez que el contenedor de vidrio no es de su titularidad, sino que pertenece a otra empresa (Ecovidrio), que es la que realiza la recogida selectiva del vidrio.

En cualquier caso, señala la empresa que de las fotografías aportadas por la interesada al expediente se deduce que difícilmente el contenedor puede ser el responsable de la caída, pues si bien invade unos pocos centímetros la acera, deja espacio suficiente para el paso de personas sobre la misma. Además, por sus dimensiones, resulta imposible que alguien pueda tropezar con él y sufrir una caída.

Apunta la empresa más bien al estado de conservación de la acera como eventual causa del percance, si bien considera que "*del relato que se contiene en el escrito de no se desprende que exista responsabilidad alguna de nadie, salvo de la propia reclamante, probablemente debida a sus propias limitaciones funcionales*" y ello sobre la base de la documentación clínica obrante en el expediente que señala cómo la actora habría sufrido tres caídas en los últimos 9 meses por factores externos: subirse a una escalera, tropezar con un escalón, etc.

DUODÉCIMO.- Con fecha 29 de noviembre de 2021 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados, y procede a conceder trámite de audiencia a la aseguradora del Ayuntamiento, que con fecha 27 de diciembre de 2021, comunica su postura acerca de la reclamación en los siguientes términos: "*En base a la documentación aportada se indica que el contenedor estaba debidamente colocado por lo que entendemos que podría no quedar acreditada la responsabilidad*…".

DECIMOTERCERO.- El 16 de febrero de 2022 la instructora da traslado de la indicada propuesta de resolución a la actora en trámite de audiencia, quien tras obtener copia de diversa documentación obrante en el expediente, presenta el 1 de marzo de 2022 escrito de alegaciones en el que reitera que "*la caída sufrida por D.ª X, fue debida a la mala conservación de la zona en la que se ubica el contenedor de vidrio, que como se puede apreciar en la fotografía que adjuntamos nuevamente a este escrito como documento nº l. está situado sobre una superficie inestable, terreno arenoso y parcialmente sobre la acera en mal estado de conservación. La mala ubicación del contenedor dificulta el acceso de los usuarios para depositar los vidrios en su interior, ya que estos cuentan con un escaso espacio de acera en el que colocarse para usar este servicio público, a lo que se suma el estado de deterioro de la acera en esa zona, que cuenta con grietas, fisuras y hen diduras en las que cualquier persona puede tropezar, resbalar y caer*" y que no pueden considerarse acordes con el estándar de prestación del servicio que sería exigible a un Ayuntamiento como el de Cartagena.

En un escrito anterior, la actora había manifestado el error aritmético en que había incurrido al hacer el cálculo de la indemnización, indicando que el cómputo adecuado de los daños personales más los gastos padecidos ascendían a 76.441,77 euros, que es el montante que solicita como indemnización en lugar de los 168. 978,70 euros que, por error, había solicitado con anterioridad. No obstante, propone ahora llegar a un acuerdo de terminación convencional por importe de 68.797,67 euros.

Del mismo modo, solicita que se practique la tercera testifical que en su día propuso y que no llegó a efectuarse. También manifiesta que en el momento y lugar de los hechos "*estaban presentes trabajadores del servicio de limpieza y jardinería del Ayuntamiento-FCC (Fomento de Construcciones y Contratas), solicitándose que se proceda a la identificación de los mismos y consiguiente citación como testigos de los hechos*".

DECIMOCUARTO.- El 14 de marzo de 2022 la instructora solicita a la empresa "Ecovidrio" que evacue informe acerca de la reclamación, al amparo de lo establecido en el artículo 82.5 LPACAP, que prevé la audiencia del contratista en los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que se pretenda la indemnización de daños y perjuicios a terceros derivados de la ejecución de contratos.

DECIMOQUINTO.- El 19 de mayo la instructora acuerda la suspensión del procedimiento hasta que se emita el presente Dictamen y se ordena su notificación a los interesados, si bien únicamente consta que se notificara a la actora.

DECIMOSEXTO.- El 23 de mayo de 2022 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar la instructora que no ha quedado acreditada la realidad de los hechos en los que se basa la reclamación ni, en consecuencia, la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos municipales implicados y el daño reclamado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen formulada por la Alcaldesa el 25 de mayo de 2022 y recibida en este Órgano Consultivo el pasado 6 de junio.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El dictamen se solicita con carácter preceptivo a la luz de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en concordancia con el artículo 81.2 LPACAP, toda vez que la cuantía de la reclamación dirigida frente al Ayuntamiento es superior a 50.000 euros.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

I. Cuando de daños físicos o psíquicos a las personas se trata, la legitimación para reclamar por ellos corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que determina que la legitimada en el supuesto sometido a consulta sea la propia víctima del accidente.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración municipal, en su condición de titular de los servicios públicos de mantenimiento de las vías públicas y de recogida de residuos urbanos, con ocasión de cuya prestación se produjo el daño reclamado.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPACAP, toda vez que se ha ejercitado el 22 de octubre de 2020, antes del transcurso de un año desde la caída a la que la interesada pretende imputar los daños padecidos, que tuvo lugar el 9 de

septiembre de ese mismo año, y ello sin necesidad de entrar a considerar la fecha, muy posterior, de estabilización o curación de las lesiones alegadas, a la que el indicado precepto legal vincula el *dies a quo* del plazo prescriptivo.

TERCERA.- De la necesidad de retrotraer el procedimiento para completar la instrucción.

Si bien con carácter general se ha seguido el procedimiento previsto en la LPACAP para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se aprecian carencias en la instrucción del procedimiento, algunas de las cuales revisten carácter esencial, lo que obliga a retrotraer el procedimiento para completar la instrucción.

a) Sobre el trámite de audiencia y la propuesta de resolución. Por parte de la instructora se formula propuesta de resolución antes de conferir el trámite de audiencia, lo que al margen de las especialidades de algunos procedimientos como el sancionador (art. 89.2 LPACAP), no se acomoda al *iter* procedimental clásico u ordinario que inspira los trámites de los expedientes de responsabilidad patrimonial.

En efecto, de conformidad con el artículo 82.1 LPACAP, el trámite de audiencia precede a la propuesta de resolución, respondiendo al principio contradictorio en el procedimiento, de modo que la propuesta de resolución primero y la resolución después podrán tomar en consideración, para aceptarlas o rechazarlas, las alegaciones de los interesados en la decisión del procedimiento.

Si se antepone la propuesta de resolución al trámite de audiencia, cuando con ocasión de éste se formulen nuevas alegaciones o se propongan nuevas pruebas por los interesados, será necesario volver a formular propuesta de resolución con el resultado que se produce en el supuesto sometido a consulta en el que se cuentan hasta tres propuestas de resolución diferentes.

b) Sobre la prueba testifical. Sin perjuicio de las peculiaridades que en la práctica de esta prueba pudo conllevar la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia y las limitaciones que para la presencialidad e inmediatez de las declaraciones de los testigos supuso, lo cierto es que no consta que en su práctica se diera intervención alguna a la actora, a quien ni siquiera se le ofreció la elaboración del interrogatorio a que habrían de contestar los testigos. Dicho interrogatorio fue elaborado por la instrucción del procedimiento y, tras ser contestado, no fue remitido de forma inmediata a la actora, lo que habría permitido formular las oportunas repreguntas para la mejor concreción de los hechos. A este respecto, cabe recordar las prescripciones que sobre la práctica de la prueba de interrogatorio de testigos establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 364 cuando haya de procederse a la declaración domiciliaria del testigo y que hubo de servi r de pauta de actuación, con las necesarias adaptaciones, ante el silencio de la LPACAP acerca de la forma de efectuar el interrogatorio de testigos en el procedimiento administrativo.

En cualquier caso, no hubo protesta por parte de la actora más allá de señalar que no se le habían trasladado las declaraciones de los testigos, lo que fue subsanado por la instrucción con ocasión del trámite de audiencia.

Mayor relevancia tiene que de los tres testigos inicialmente propuestos por la actora únicamente se tomó declaración a dos de ellos. Respecto de la tercera, sólo se facilitó a la Administración el nombre y apellidos, pero

no una dirección postal ni cualquier otra forma de contacto. De dicha circunstancia se advirtió a la actora en el acuerdo instructor de 1 de marzo de 2021 por el que se decidía sobre la aceptación o rechazo de las pruebas propuestas. Si bien ha de señalarse que, aun cuando en dicha resolución se ordena su notificación al interesado, no consta en el expediente que llegara a notificarse.

Posteriormente, con ocasión del trámite de audiencia, que es cuando por primera vez la interesada conoce que sólo se han practicado dos de las tres testificales propuestas, insiste en la realización de la tercera de ellas, si bien sigue sin facilitar los datos de localización y contacto de la testigo. Entiende el Consejo Jurídico que, dado el principio antiformalista que, a diferencia del procedimiento contencioso-administrativo, rige el procedimiento administrativo y en atención a la obligación que pesa sobre la Administración de facilitar en lo posible el ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos (art. 13, letra d, LPACAP), lo procedente habría sido informar a la actora de esta circunstancia para permitirle la subsanación y poder practicar la prueba.

Del mismo modo, de las dos declaraciones testificales practicadas se desprende que pudo haber otros testigos de lo sucedido, los empleados municipales de jardinería o limpieza viaria. En la primera ocasión en que la actora conoce esta circunstancia solicita el auxilio del Ayuntamiento para identificar a los posibles testigos y tomarles declaración, pidiendo que se proceda "*a remitir oficio a la empresa FCC de limpieza y jardinería, para que se identifique a trabajadores que realizaban labores de limpieza en Avenida de la Loma de El Algar el pasado 9 de Septiembre de 2020 sobre las 11 horas y presenciaron la caída de mi representada y sean citados para prestar declaración*".

Esta petición es rechazada en la propuesta de resolución al considerar la instructora que la empresa contratista del servicio de limpieza (LHICARSA) ya había informado en el curso del procedimiento, sin mencionar la presencia de empleados de limpieza viaria en el lugar y momento del accidente. Asimismo rechaza esta prueba al considerarla "*ampliamente ambigua y casi impracticable*". No comparte esta apreciación instructora el Consejo Jurídico. En primer lugar, porque si bien la intervención de LHICARSA en el procedimiento podría permitir inferir que no había operarios de limpieza que presenciaran el percance, ello no puede hacerse extensivo a los empleados de jardinería. Y, de hecho, a ellos parece apuntar la propuesta actora al señalar a otra empresa diferente de LHICARSA (Fomento de Construcciones y Contratas, FCC). Desconoce el Consejo Jurídico si en el momento del accidente dicha empresa era contratista del servicio de jardinería del Ayuntamiento; p ero, si así fuera, no resulta en absoluto desproporcionado o de imposible práctica que el Ayuntamiento solicite a la empresa señalada que identifique a los trabajadores que pudieran encontrarse en la zona en el momento del accidente y que efectúe una primera averiguación acerca de si alguno de ellos lo presenció, trasladando esta información al procedimiento.

c) De los informes. Consta en el expediente que se solicitó a la "Jefa de la U.A. (sic) de Infraestructuras" el preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento habría ocasionado (en la tesis actora) el presunto daño indemnizable, si bien no ha llegado a evacuarse.

Alegado por la reclamante que el deficiente estado de conservación de la acera junto a la mala colocación del contenedor es la causa de la caída sufrida resulta evidente no sólo la preceptividad del informe sino también su trascendencia y relevancia para la decisión del procedimiento, como de forma adecuada se expresa en el propio oficio de solicitud del informe, de modo que su no emisión priva de sustanciales elementos de juicio acerca del fondo del asunto.

Del mismo modo y atendidas las alegaciones actoras acerca de los elementos que intervinieron en el mecanismo

causal del percance, resulta preceptivo el informe del Servicio municipal competente en materia de recogida selectiva de vidrio. Según se desprende del expediente, la prestación de este servicio es objeto de un contrato entre el Ayuntamiento y la empresa “Ecovidrio”, a la que se solicita “informe” sobre los hechos alegados por el interesado, en virtud de lo establecido en el artículo 82.5 LPACAP, que prescribe la necesaria audiencia al contratista en este tipo de procedimientos.

Como se deduce del artículo 82.5 LPACAP, la posición procedimental del contratista en este procedimiento es la de interesado, en la medida en que de la resolución de aquél podrían derivarse efectos que incidieran en su esfera jurídica si se estableciera que la obligación del pago de una eventual indemnización hubiera de recaer en dicha mercantil (ex 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, en concordancia con el artículo 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP). De ahí que no sea correcto requerirle al contratista que evacue informe -cuya emisión, como se ha dicho, corresponde y habrá de solicitarse de forma preceptiva al Servicio municipal competente sin que pueda ser sustituido por el de la contratista-, sino que ex ponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba considere necesarios, es decir, que se le confiera trámite de audiencia.

En cualquier caso y con independencia de la calidad en la que se pretende dar intervención al contratista en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo cierto es que ni siquiera consta en el expediente que la solicitud instructora de informe dirigida a la contratista le fuera notificada, por lo que no puede llegar a considerarse cumplimentado el preceptivo trámite de audiencia.

Procede, en consecuencia, retrotraer el procedimiento al momento en que debió solicitarse el preceptivo informe (ex artículo 81.1 LPACAP) al servicio competente en materia de recogida selectiva de vidrio, para una vez evacuado dicho informe concederse trámite de audiencia al contratista.

Del mismo modo, y en la medida en que han de realizarse nuevas actuaciones instructoras, antes de la indicada audiencia del contratista procedería que por el Ayuntamiento se requiriera a la actora para que suministrara los datos de contacto de la testigo inicialmente propuesta para poder practicar dicha testifical, y que se solicitara a la empresa FCC la información pedida por la actora. También procedería reiterar la solicitud del informe preceptivo del Servicio competente en materia de mantenimiento y conservación de la vía pública, dada su trascendencia para la resolución del procedimiento.

Una vez realizadas dichas actuaciones instructoras habrá de concederse nueva audiencia a los interesados, incluido el contratista, y formularse nueva propuesta de resolución, sobre la que se efectuará de nuevo consulta a este Consejo Jurídico para la evacuación de Dictamen sobre el fondo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

<u>ÚNICA</u>.- Se dictamina en sentido desfavorable la propuesta de resolución desestimatoria de la resolución, pues advierte el Consejo Jurídico que procede retrotraer el procedimiento para la cumplimentación de trámites preceptivos que han sido omitidos.

Una vez completada la instrucción con las actuaciones indicadas en la Consideración tercera de este Dictamen, habrá de formularse nueva consulta para que este Órgano Consultivo se pronuncie sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.