

Roj: STSJ GAL 5811/2016 - **ECLI:**ES:TSJGAL:2016:5811
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 94/2016
Nº de Resolución: 472/2016
Fecha de Resolución: 06/07/2016
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: JULIO CESAR DIAZ CASALES
Tipo de Resolución: Sentencia

cf1**Resumen:**
parRESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.par

Encabezamiento

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00472/2016

PONENTE: D. JULIO CESAR DIAZ CASALES

RECURSO: RECURSO DE APELACION 94/2016

APELANTE: Otilia

APELADA: CONCELLO A CORUÑA; MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

JOSE RAMON CHAVES GARCIA

A CORUÑA , a seis de julio de dos mil dieciséis .

En el RECURSO DE APELACION 94/2016 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D^{ña}. Otilia, representada por la Procuradora D^{ña}. CARMEN MARIA MARTINEZ UZAL, dirigida por el Letrado D. IGNACIO MARTINEZ SANCHEZ DE NEYRA, contra la *SENTENCIA de fecha 07/12/2015 dictada en el procedimiento ordinario 262/2014 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. 2 de los de A CORUÑA* sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Es parte apelada el CONCELLO DE A CORUÑA, representada y dirigida por el LETRADO DEL CONCELLO DE A CORUÑA. Y como codemandada MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A, que no consta personada en esta instancia.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. **JULIO CESAR DIAZ CASALES** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Desestimando recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado D. Ignacio Martínez Sánchez de Nera en representación de Doña Otilia frente a resolución del Concello de A Coruña de en expediente NUM000resolución por la que se desestima reclamación a título de responsabilidad patrimonial, con expresa condena en costas a la demandante si bien las mismas se limitan hasta un máximo total y por todas las partes personadas de 700 euros por los conceptos de representación y defensa. "

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Por la recurrente, Otilia, se interpuso el presente recurso de apelación contra la *Sentencia 166/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de A Coruña en el Procedimiento Ordinario 261/2014*, por la que se desestimó el recurso interpuesto por la misma contra la Resolución del Ayuntamiento de 9 de septiembre de 2014, por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por las lesiones padecidas a consecuencia de la caída sufrida el día 30 de diciembre de 2011.

La recurrente fundamenta el recurso en los siguientes motivos: **a)** error en la apreciación de la prueba, afirmando que de la prueba obrante en el expediente y de la practicada en el recurso resulta que la recurrente cae tras pisar una loseta suelta o rota y que al pisarla basculó o bailó provocándole el tropiezo y la consiguiente caída,

que tan solo al pisarlas es cuando se sabía que basculaban, por lo que se trata de una "trampa" que produce un efecto sorpresivo, por lo que en ningún caso debe atribuirse la culpa a la peatón por falta de diligencia en la deambulacion sin que pueda pretenderse, como entiende que hace el Juez a quo, que el personal de la ambulancia o la Policía Local den razón de la causa de la caída cuando no estaban presentes, sin que tampoco pueda obviar las razones dadas por los agentes o los miembros de la Cruz Roja, de que era de noche y estaba oscuro; **b)** en cuanto a la valoración de los perjuicios advierte que si bien los 2 peritos (Dr. Eloy y Dr. Isidoro) coinciden en el diagnóstico y la fecha de estabilización de las lesiones (29/8/2012) discrepan en los días de curación con incapacidad (Don. Eloy 129 en tanto que Don. Isidoro 166) considerando más conforme éste último habida cuenta de que indicándosele en abril-mayo de 2012 la necesidad de usar una silla de ruedas durante 3-4 meses han de considerarse impeditivos, ya que difícilmente una mujer viuda y con 3 hijos a su cargo puede vestirse, ducharse, cocinar, limpiar, ir a la compra, pasear, estando en silla de ruedas. En cuanto a las secuelas señala que no puede achacarse los problemas de movilidad de la cadera a una artrosis, como hace Don. Eloy cuando ello contradice los informes del Servicio de Traumatología del CHUAC, reputando incorrecto que otorgue tan solo 3 puntos a la implantación de 3 enormes tornillos. Resulta más correcto considerar el perjuicio estético y la cojera como un perjuicio moderado, ya que Sr. Eloy solo la apreció en su despacho, pero la misma se acrecienta en las deambulaciones superiores a los 20 minutos en llano y menos en cuesta. Debe reconocérsele una incapacidad parcial porque sufrió una grave limitación de su autonomía personal para el desarrollo de actividades cotidianas de una mujer que contaba con 55 años al tiempo del siniestro; **c)** después de referir varias Sts. del T.S. como de este TSJ de Galicia, termina señalando que no puede exonerarse a la administración en el presente caso habida cuenta de que la caída se produjo por el mal estado de la acera peatonal, no estamos ante un simple desnivel sino ante un desplazamiento basculante de las losetas susceptible de desequilibrar la pierna de apoyo, sin que pueda imputarse la caída a su propia negligencia o descuido.

En atención a lo expuesto termina interesando la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y resolviendo conforme con las alegaciones presentadas.

TERCERO.- Por el Ayuntamiento demandado se opuso al recurso señalando que la sentencia hace una correcta valoración de la prueba y concluye, acertadamente, que la causa de la caída no puede imputarse a la administración demandada, porque no tiene por acreditado que la caída se produjera en la manera relatada por la recurrente ni que el deterioro de la acera fuera suficiente para causarla sin la falta de atención de la peatón.

Después de referir la declaración de la testigo, de los agentes, señala que la apelante reconoció en el expediente que vive cerca y es un lugar de tránsito habitual, por lo que concluye que las deficiencias de varias baldosas alrededor del alcorque del árbol eran insuficientes por sí solas para provocar la caída de la recurrente.

Subsidiariamente para el caso de que se estimare el recurso, señala que con arreglo al informe Dr. Eloy la valoración de los perjuicios es excesiva y ha de reajustarse. Así en relación con los días de incapacidad advierte que la utilización de la silla de ruedas durante 3-4 meses fue debido a su precario estado de salud previo al accidente (le reconoció que había tenido una patología de hombro previa al accidente y acudía a diálisis en días alternos) por lo que los días de incapacidad serían 129 en lugar de los 166 reclamados. No cabe repercutir como secuelas independientes la cadera dolorosa y la pérdida de movilidad. No procede la aplicación del 10% de factor de corrección porque la recurrente es perceptora de una pensión por minusvalía. Tampoco puede atenderse a la limitación de movilidad funcional, porque el propio Don. Isidoro advierte que solo afectan a determinados movimientos ocasionales, sin que pueda olvidarse que ya tenía unos padecimientos previos que determinaron la percepción de una pensión por discapacidad.

En atención a lo expuesto termina interesando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Por la Cia. Aseguradora MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS, S.A. se advierte que resulta significativo que cuando comparecieron los agentes en el lugar no se indicase nada de que la caída se produjera por un tropiezo o similar, esta manifestación no se realiza hasta el 2 de enero de 2011, fecha en la que la recurrente se encontraba hospitalizada, por lo que tuvo que ser hecha por un familiar o persona próxima a la misma. En todo caso el hecho de que la caída se produzca en una acera con deficiencias no determina sin más la responsabilidad de la administración municipal, entiende que la caída se produjo en un lugar de tránsito habitual para la recurrente, que la misma caminaba distraída en compañía de su hija y hablando con ella, además el lugar se encuentra suficientemente iluminado y el desnivel de las losetas, perfectamente visible, no es causa adecuada para considerar que estamos en presencia de un deficiente funcionamiento del servicio público.

Finalmente discute, con carácter subsidiario y para el caso de estimación del recurso, los conceptos indemnizatorios reclamados en base al informe elaborado por Sr. Eloy que considera más ajustado que el emitido por Don. Isidoro.

En atención a lo expuesto termina interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Del contenido del expediente resultan los siguientes antecedentes:

1.- El día 9 de agosto de 2013 por la recurrente se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas a consecuencia de la caída que dice padecida el 30 de diciembre de 2011.

En la misma se indica que tuvo lugar en un tramo con escasa iluminación, al tropezar con unas losetas del pavimento de la acera peatonal que se encontraban levantadas y rotas debido, probablemente, a la acción de las raíces de un árbol allí plantado.

Señala que sufrió traumatismo de cadera derecha subcapital de fémur derecho.

Que además del auxilio prestado por D^a. Milagrosa, acudió una ambulancia de la Cruz Roja y una patrulla de la Policía Local, emitiendo un escueto informe que ante sus deficiencias fue completado 2 días más tarde.

Refiere la totalidad de los perjuicios y las secuelas, cuantifica el importe de la indemnización solicitada en la cantidad de 76.305,20 € y 8364,-.

Aporta documentación gráfica integrada por 7 fotografías, informe Cruz Roja, informes de la Policía Local uno fechado el 30/12/2011 en el que solo refieren que fueron requeridos por un ciudadano y que llamaron a la Cruz Roja, identifican a la lesionada y señalan que fue trasladada al CHUAC, en tanto que en el otro, fechado el 2/1/2011, señalan que la persona manifiesta que la caída se produjo al tropezar en la acera, por lo que se desplazó la dotación

y observan la existencia de algunas losetas levantadas, presumiblemente por las raíces del árbol y también alguna loseta rota, sobresaliendo la plancha de hierro que delimita el espacio del árbol del nivel de la acera (completando el informe con 3 fotografías).

También acompañó a su reclamación el informe médico de D. Isidoro, especialista en la valoración del daño corporal (folios 1 a 40).

2.- Iniciado el expediente se recabó la aclaración de los agentes de la Policía Local sobre el lugar en el que se produjo la caída. Indicando que es el metido a la derecha existente entre los números 426 y 426 de la Ronda de Outeiro (folio 51).

3.- Recabado un contra-informe médico es emitido por D. Eloy (folios 59 y 60).

4.- En el interrogatorio de la recurrente en el seno del procedimiento por la misma se manifestó lo siguiente de interés:

-Venía de su casa, iba con su hija a la parada del autobús, iban hablando tranquilamente.

-Es un lugar de tránsito habitual, aunque va más por la acera de enfrente.

-No llovía. Todavía era de noche.

- Pisó una baldosa o lo que fuera, "... *bailé en ella y me caí. Primero pise una baldosa que se movió y al seguir andando (trastabillé) tropecé con otra que estaba más levantada...* ". (folio 61)

La testigo de la caída D^a. Milagrosaseñaló:

-Iba detrás de ella andando.

-La vi tropezar y caer. Ella tropezó con la acera, había alguna baldosa levantada o algo.

-Era de noche aún. Todavía no había amanecido bien. (folio 62).

5.- Por Resolución de 9 de septiembre de 2014 se desestimó la reclamación básicamente por haberse producido la caída en un lugar conocido por la reclamante (folios 69 y ss.)

6.- Como consecuencia del traumatismo padecido la recurrente fue atendida en el CHUAC, siendo intervenida quirúrgicamente el 9/1/2012, y permaneció ingresada hasta el 16 de enero de 2012.

Obtuvo el alta clínica el 29 de agosto de 2012, por lo que invirtió en su curación un total de 244, de los que 18 fueron de hospitalización. Discutiéndose los que resultaron incapacitantes.

También se discuten las secuelas, aunque se admiten que presenta limitaciones de la movilidad en la cadera, que la recurrente tiene implantado material de osteosíntesis y cicatriz quirúrgica.

En el presente caso ha quedado plenamente acreditado que la realidad de la caída de la apelante el día 30 de diciembre de 2011, en una Calle innominada situada a la altura de los números 424-426 de la Ronda de Outeiro, a las 8 de la mañana, cuando caminaba en compañía de su hija para esperar el autobús. También ha quedado acreditado que era de noche, todavía no había amanecido, que el lugar en el que se produjo la caída estaba iluminada por 2 farolas (fotografía aportada por el Ayuntamiento demandado junto con su contestación) y que el lugar donde tuvo lugar presenta losetas levantadas, alguna rota, una rejilla que delimita el espacio destinado al árbol levantada y alguna loseta suelta que basculaba, lo que no era apreciable a simple vista, sino que solo se notaba al pisarlas (así resulta de las declaraciones testificales de los agentes NUM001y NUM002, que fueron los que elaboraron el informe ampliatorio en los dos días posteriores a la caída).

También ha resultado acreditado que la recurrente era vecina del lugar, transitaba con relativa frecuencia por la calle en la que se cayó, si bien de ordinario lo hacía por la acera de enfrente.

No se discute que en el momento de la caída la recurrente contaba con 55 años, era viuda, tenía 3 hijos, percibía una pensión de jubilación por incapacidad y se encontraba a tratamiento por unos problemas hepáticos que la obligaban a someterse a diálisis en días alternos.

SEXTO.- La pretensión de la recurrente se sustenta sobre la base de reprochar a la administración municipal una inadecuada conservación de la acera, como espacios reservados a circulación peatonal, al entender que la existencia de las losetas sueltas, rotas y la plancha metálica en desnivel con la acera representan un peligro que determinó la caída y las graves consecuencias padecidas.

En relación con estas cuestiones la recurrente, en una labor meritoria, refiere diversos pronunciamientos jurisprudenciales incluso de esta Sala en supuestos similares. Pero olvida que en estos casos reina el más acusado casuismo y ha de estar a las concretas circunstancias en los que el percance se produjo, sin que resulte posible extraer pronunciamientos que puedan resultar generalmente aplicables.

No obstante podemos referir como antecedentes algunos recientes de esta Sala, como los siguientes:

St. 155/2016 de 9 de marzo de 2016 (Recurso de apelación 458/2015 Ponente: BENIG NO LOPEZ GONZALEZ) en la que en relación con una caída en la Plaza de Cervantes de Santiago de Compostela que se decía provocado por un leve desnivel del pavimento, dijimos:

"...Las fotografías aportadas con la demanda ninguna luz arrojan al respecto, más allá de revelar un mínimo y ligero desnivel al que el demandante trata de asirse para reputarlo causa directa e inmediata de la torcedura de tobillo que provocó su precipitación al suelo. Es de resaltar que a tal conclusión llegó el actor 24 días después del accidente, lo que impide determinar, por un lado, si el desnivel existía el día 1 de mayo de 2011 y, por otro, si fue en ese preciso punto donde tuvo lugar el tropezón que le impulsó al suelo. A ello cabe añadir que el propio demandante reconoce que iba desatento a la deambulación, sin mirar al suelo y que, al empezar a llover, apuró el paso para alcanzar la cabina telefónica ubicada en la Plaza de Cervantes. Ni siquiera es capaz el recurrente de

describir de forma clara y concreta la forma en que se produjo su caída y, en ese punto, tampoco aporta nada la prueba testifical practicada..."

La St. 691/2015 de 9 de diciembre (Recurso 246/2015 , Ponente: MARIA DOLORES RIVERA FRADE) en relación con la caída en una acera en el Ayuntamiento de Narón cuando por la de enfrente se podía caminar sin dificultad, dijimos:

Las versiones de los testigos que declararon en el procedimiento administrativo no coinciden en cuanto a la antigüedad de los desperfectos que presentaba la acera. Aunque la mayoría coincide en que llevaban poco tiempo, en que no estaban señalizados pero se veían perfectamente (era un día claro y con visibilidad, y el accidente se produjo a las 11:00 de la mañana), y que enfrente de la acera en la que tuvo lugar la caída, discurre otra por la que se podía caminar, a lo que podemos añadir, sin ningún peligro, o al menos no consta que lo hubiese.

El testimonio que debe de prevalecer sobre la antigüedad de los desperfectos es el de los dos vecinos residentes en la misma calle en la que se produjo la caída, manifestando uno de ellos que la acera no llevaba mucho tiempo en mal estado (como 15 días), y el otro, que llevaba poco tiempo en mal estado, añadiendo que la tapa de registro estaba movida pues anduvieron poniendo el gas, y que al pasar los camiones para aparcar en el solar anexo, dañaron la acera.

Lo que importa a efectos de apreciar la posible responsabilidad de la Administración, no es tanto el origen de los desperfectos sino su antigüedad, y si la Administración ha cumplido o no el estándar de rendimiento en la vigilancia de los bienes de uso público, como son en este caso las aceras.

Y, como queda dicho, no consta que los desperfectos que presentaba la acera por la que transitaba la lesionada tuviesen mucha antigüedad, ni que su existencia se hubiese comunicado al Concello con el fin de que adoptase las medidas oportunas, incluidas las de señalización, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

Sentencia 329/2015 de 27 de mayo (Recurso: 110/2015 Ponente: MARIA DOLORES GALINDO GIL)

"...QUINTO .- En efecto, admitida la competencia de los municipios en materia de mantenimiento de la limpieza viaria y recogida de residuos (artículo 25.2, letra l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril) y su obligación de mantener las vías públicas en condiciones objetivas de seguridad para el tránsito de vehículos y personas, la exigencia de cumplimiento debe ajustarse a criterios razonables y no exorbitantes, con un nivel de mínimos y no de medios, habida cuenta que, de un lado, las Administraciones Públicas, aun siendo calificándose de objetiva la responsabilidad patrimonial que les incumbe, no se configuran como aseguradoras universales que deban asumir todo siniestro que tenga lugar en vías de su titularidad, sino tan solo cuando ha mediado una inobservancia de las obligaciones que les incumben. Y, de además y complementariamente a lo expuesto, es reiterada la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 17/06/2014; RC 4856/2011), que en los supuestos de responsabilidad derivados de una inactividad, lo que se exige es la prueba de una razonable utilización de los medios disponibles en orden a evitar hechos lesivos como el que ahora analizamos, lo que en términos de prevención se traduce en una prestación adecuada a las circunstancias de tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva, lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio..."

St. 318/2015 de 20 de mayo (dictada en el Recurso 112/2015 , Ponente: FERNANDO SEOANE PESQUEIRA) en relación con unos daños a consecuencia de una caída que se decía producida por el mal asentamiento de una alcantarilla en Lugo, en la que indicamos:

"...Para desvirtuar el mal estado de la alcantarilla, que carecía de estabilidad y se movía, hechos en los que se basa la sentencia apelada para imputar la responsabilidad al Concello, acude dicho demandado a los folios 16 a 25 del expediente administrativo, donde consta el atestado instruido por la Policía Local, en cuya inspección ocular, practicada a las 13'45 horas (recordemos que el percance tuvo lugar a las 8'50 horas, es decir, casi cinco horas antes) se reseña que no se ve ninguna anomalía en la tapa de registro, que estaba debidamente asentada en el cerquillo metálico, "no presentando holgura y soportando el peso de los actuantes sin levantarse ni bascular hacia ningún lado". Según el apelante, incide asimismo en el buen estado de la tapa la prueba testifical, pues todos los testigos manifiestan que pasaban todos los días por dicho lugar, y nunca presenciaron ni tuvieron conocimiento de ningún tipo de incidente.

Por otra parte, alega el apelante que las testigos se contradicen en sus testimonios, ya que cada una cuenta un incidente diferente, pues unas indican que metió la pierna en la alcantarilla, introduciéndose dentro del agujero, y otras indican que cayó, sin haberse metido dentro del agujero que tapaba la alcantarilla.

Hay que hacer hincapié en que, tal como consta en el atestado levantado al efecto, que figura a los folios 17 y siguientes del expediente, la Policía Local de Lugo practicó la inspección ocular en el lugar del accidente alrededor de las 13'45 horas, es decir, casi cinco horas después de que tuviese lugar, habiendo declarado las testigos que, tras la caída, alguien colocó en su lugar la tapa de registro, por lo que cuando los agentes llegaron al lugar se había alterado esencialmente la situación de la alcantarilla. Por tanto, dicha inspección ocular no puede constituir prueba válida desvirtuadora de la mala colocación de la tapa de registro en el momento de los hechos..."

Acreditada con las anteriores transcripciones que las resoluciones son extremadamente casuísticas aunque lo cierto es que en los casos en los que la imputación de la responsabilidad a la administración se base en la omisión por ésta de la debida conservación de los bienes de dominio público -en el presente caso vendría determinada por no reposición de las losetas levantadas y/o rotas de la acera- es necesario acreditar el deber jurídico de actuación o la inexistencia de alternativas menos peligrosas para los usuarios, y es que el T.S. en la St. de 17 de junio de 2014 (dictada en el Recurso de casación 2574/2014 siendo ponente WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY) en un caso de un accidente de circulación en la que se achacaba a la administración la inexistencia de elementos de contención de vehículos en los márgenes de la calzada, declaró lo siguiente:

"...Lo que interesa destacar, como recuerda la sentencia de 14 de febrero de 2011 (recuso de casación 3964/2006) es la necesidad de la relación causal entre el funcionamiento de los servicios y la lesión sufrida por los ciudadanos, y que fuera de dicha relación de causa-efecto, no puede decretarse la responsabilidad de las Administración o, en palabras de la mencionada sentencia, "sin que se pueda generalizar dicha responsabilidad más allá de este principio de causalidad"; porque en otro caso, desvinculada la responsabilidad de la exigencia causal, se convertiría a la Administración en un a modo de aseguradora general de riesgos imprevisibles que ni el legislador ha querido ni parece comportar una exigencia de las Administraciones en su actividad prestacional de servicios públicos,

porque si así fuera se encarecerían de manera desorbitada con quebranto de su financiación. Como se declara en la sentencia de 27 de noviembre de 2012 (recurso de casación 4237/2010) "es requisito necesario que entre la lesión y en funcionamiento de los servicios públicos exista una relación de causa y efecto que ha de ser directa, inmediata y exclusiva, o indirecta, sobrevenida o concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima" (en el mismo sentido 14 de junio de 2011, recurso de casación 2371/2007). Ello hace posible, como se ha dicho, la concurrencia de concausas en la producción del daño, junto al funcionamiento de los servicios públicos que, caso de proceder del mismo perjudicado, tiene reflejo en el importe del resarcimiento, debiendo correr el lesionado con parte del mismo.

Pero es necesario que nos detengamos en una peculiaridad que la jurisprudencia ha venido admitiendo en orden a la configuración del nexo causal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. En efecto, vincular el daño al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sobre el fundamento de que los daños ocasionados con esa prestación a determinados ciudadanos comporta una discriminación en relación con la generalidad de los ciudadanos, que se ven beneficiados con el servicio prestado; no ofrece grandes complicaciones cuando ciertamente el daño surge en una acción positiva en dicha prestación. Cuando así sucede, como se razona en nuestra sentencia de 1 de junio de 2012 (recurso de casación 2419/2010), para que proceda determinar la responsabilidad basta con que la lesión sea lógica consecuencia de aquel funcionamiento; no ofrecen esos supuestos de una acción positiva grandes problemas de configuración del nexo causal, incluso no es difícil la determinación de la existencia de una concausa de un tercero, o del mismo lesionado, que pudiera moderar la indemnización por su cooperación al resultado lesivo, porque la relación aparece vinculada a ese actuar administrativo.

Sin embargo, cuando la imputación de la lesión al funcionamiento del servicio público se vincula a una omisión de la Administración en dicha prestación, y de eso se trata en el presente supuesto, la determinación del nexo causal se complica, porque, como se declara en la sentencia mencionada, que sigue lo ya declarado en la de 21 de febrero de 2012 (recurso de casación 3036/2010), no es ya suficiente con que la lesión sea consecuencia lógica de la actividad prestacional pública, porque siempre se dará dicha conexión, es decir, siempre existirá una vinculación entre la prestación del servicio, en su modalidad omisiva, y la lesión.

Lo razonado se demuestra en supuestos como el que ahora nos ocupa, porque si se vincula un accidente de circulación ocasionado en una carretera y el reproche que a la Administración se hace, como en el caso presente, es a una omisión, deberá concluirse que siempre existirá vinculación entre el resultado y el servicio. Por ello, o se exige algún otro presupuesto del nexo causal o la responsabilidad adquiere una extensión que no es la que se corresponde con esta institución indemnizatoria; porque siempre será la prestación del servicio de carretera el generador de la lesión.

Sin embargo, en tales supuestos de omisión, para evitar esa extensión desmesurada de la institución que el Legislador no ha querido, la relación de causalidad se integra de un elemento añadido al de esa conexión lógica; es decir, la necesidad de un deber -no solo una obligación- de la Administración de actuar en un determinado sentido; en palabras de las sentencias mencionadas "es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar...

...Porque si bien es cierto que la Administración está obligada a garantizar que las condiciones de la prestación de los servicios sean acordes a la evitación de daños a los usuarios o minimizar sus efectos cuando fueran previsibles, es lo cierto que también los usuarios deben utilizar los servicios con la diligencia necesaria para evitar esos daños, sin que pueda imponerse a las Administraciones una responsabilidad ajena a aquella diligencia..."

En relación con la exigencia de responsabilidad patrimonial a las administraciones locales, sus requisitos, elementos configuradores y la posibilidad de apreciar concurrencia de culpas, resulta ejemplar el resumen contenido en la reciente St. del TSJ de Murcia de 10 de marzo de 2016 (dictada en el recurso 255/2015, siendo Ponente: ABEL ANGEL SAEZ DOMENECH) que por ello merece ser transcrita parcialmente:

"...El régimen jurídico de la reclamación deducida por el actor está contenido en el art. 54 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece la responsabilidad directa de las Entidades Locales por los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, el cual se remite a lo dispuesto en la legislación general sobre responsabilidad administrativa, que viene constituida por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92.

Esta regulación configura la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 54 de la Ley de Bases de Régimen Local y 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre), como una responsabilidad directa y objetiva, que obliga a aquélla a indemnizar toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; teniendo en cuenta que no todo daño que produzca la Administración es indemnizable, sino tan sólo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo (art. 141.1 de la Ley 30/92), por no existir causas de justificación que lo legitimen.

Para que el daño sea indemnizable además ha de ser real y efectivo, evaluable económicamente y individualizado en relación con una persona o grupo de personas, debe incidir sobre bienes o derechos, no sobre meras expectativas, debe ser imputable a la Administración y por último debe derivarse, en una relación de causa a efecto, de la actividad de aquélla, correspondiendo la prueba de la concurrencia de todos estos requisitos al que reclama. Así lo ha venido señalando la jurisprudencia que tradicionalmente ha exigido que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo (SSTS de 20-1-84, 24-3-84, 30-12-85, 20-1-86 etc.), con un criterio que significaba desestimar sistemáticamente todas las pretensiones de indemnización cuando interfiere en aquel, de alguna manera, la culpa de la víctima (SSTS de 20-6-84 y 2-4-86, entre otras) o de un tercero. Sin embargo frente a esta línea tradicional de la jurisprudencia, aparece otra, más razonable, que no exige la exclusividad del nexo causal (S.T.S. de 12-2-80, 30-3-82, 12-5-82 y 11-10-84, entre otras), y que por tanto no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima (S.T.S. de 31-1-84, 7-7-84, 11-10-84, 18-12-85 y 28-1-86), o un tercero (S.T.S. de 23-3-79), salvo que la conducta de uno y de otro sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas (S.T.S. 4-7-80 y 16-5-84). Supuestos en los que procede hacer un reparto proporcional del importe de la indemnización entre los agentes que participaron en la producción del daño, bien moderando ese importe (S.T.S. 31-1-84 y 11-10-84), o acogiendo la teoría de la compensación de culpas para efectuar un reparto equitativo del montante de aquélla (SSTS de 17-3-82, 12-5-82 y 7-7-84, entre otras)..."

Pues bien, en el presente caso

acreditado que la acera presentaba un estado mejorable, evidenciando con ello que la administración omitió las labores de conservación de la misma, lo que sin duda provocó la caída de la recurrente con las graves consecuencias padecidas, tampoco podemos dejar de considerar que, en primer lugar, la recurrente era conocedora del estado de la acera, aunque ordinariamente transitara por la de enfrente -cuyo estado no consta-, en segundo lugar que si atendemos a la propia mecánica de la caída que describió en el curso del procedimiento la peligrosidad de la acera no debió pasarle inadvertida porque la misma manifestó que primero pisó sobre una baldosa o loseta que debía estar suelta, porque "bailó" sobre ella, pero al seguir caminando trastabilló y fue cuando se cayó (folio 61 del expediente) lo que nos lleva a concluir que en el presente caso existe una concurrencia de culpas que merece ser apreciada a la hora de rebajar la indemnización reclamada por la apelante, en razón de atribuir a la propia perjudicada un 60% en la incidencia causal de sus propios perjuicios, lo que determina, por una parte, que el recurso haya de ser estimado y la sentencia revocada y, por otra, que la indemnización que resulte ha de ser reducida en dicho porcentaje.

SÉPTIMO.- Para la determinación de la indemnización procedente hemos de partir de los datos que quedaron referidos y resolver los extremos sobre los que existe discrepancia entre los 2 peritos que informaron en el curso del recurso.

No se discute que la recurrente fue hospitalizada en el CHUAC, que fue intervenida quirúrgicamente el 9 de enero de 2012 y dada de alta hospitalaria el 16, por lo que el tiempo de hospitalización fue de 18 días. También admiten los peritos Don. IsidoroDon. Eloyque el alta definitiva de las lesiones se produjo el 29 de agosto de 2012, por lo que ha de concluirse que la recurrente invirtió en su curación 244 días, de los que 18 fueron de hospitalización. Si se discute, en cambio, los días que merecen la consideración de no improductivos de los restantes, pues mientras Don. Isidoro los cifra en 166 días Don. Eloy los reduce a 129, con un argumento que no resulta convincente, por entender que la utilización de la silla de ruedas fue provocada por el estado de debilidad de la recurrente y no como consecuencia de la caída, cuando la indemnización debe reparar el quebranto sufrido y éste dependerá de la situación preexistente del lesionado, por ello entendemos más ajustado entender como incapacitantes los días en los que se admite que la recurrente utilizó silla de ruedas.

Por lo que en definitiva, por la incapacidad temporal y a razón de las siguientes cantidades, los días de curación quedan como sigue:

18 de hospitalización a razón de 69,61 €;

166 de curación con incapacidad a 58,24 €;

60 de curación sin incapacidad 31,34 €;

Por lo que por los 244 días de curación la cantidad que habría de corresponder, de no mediar la concurrencia ya referida, ascendería a 12.459,58 €.

Por lo que respecta a las secuelas, mientras el perito Don. Isidoro le otorga 25 puntos por las funcionales y 12 por las estéticas, en el informe pericial aportado por la Cía. Aseguradora y realizado por el Dr. Eloy parece más fiable por las siguientes razones: **1º)** aporta un informe radiográfico, **2º)** examinó a la lesionada más recientemente, **3º)** la peritada se negó a ser examinada por el perito durante la tramitación del expediente, así resultan de los correos obrantes en el folio 55 del expediente, por lo que han de pararle las consecuencias de que el perito informante achaca algunas de las limitaciones a una dolencia (artritis) no provocada por el accidente. En atención a él tenemos las siguientes secuelas:

- Desestructuración anatómica de la cadera compatible con artrosis, otorgándole 7 puntos.

- Material de osteosíntesis al que correspondería una valoración de 1-10. Pese a que el perito propone 3, la Sala considera que había cuenta del tamaño y el número de "tornillos o clavos" resulta más ajustado otorgarle 5.

- La limitación funcional le corresponderían 10 puntos.

- Perjuicio estético ligero, al consistir en una cicatriz quirúrgica, por la que el perito le otorga 5 puntos.

Por lo que aplicando la fórmula de las secuelas concurrentes con arreglo al baremo aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004 -pese a que en este ámbito tiene carácter orientativo y no vinculante- se obtendría una puntuación de 26 puntos que a razón de 1.150,70 €, comportarían un total de 29.904,42 €.

A la vista de la edad de la lesionada de conformidad con el baremo, pese a que la misma no realizara actividad laboral por cuenta ajena, sino que era acreedora de una pensión, las cantidades anteriores han de ser objeto de una actualización del 10%, por lo que en total le corresponderían a la recurrente la cantidad de 46.600 € (resultado de 29.904,42 + 12.459,58 x 10%).

No se discute que a raíz de la caída, como consecuencia de las lesiones padecidas y durante el período de curación la interesada hubo de adquirir unos bastones y utilizar taxis por importe de 126,75 €.

En resumen y a modo de conclusión de conformidad con la concurrencia apreciada, vista la cuantía total de la indemnización que resultaría procedente de 46.726,75 €; de las que solo ha de responder el Concello en un 40% la cantidad objeto de condena ha de limitarse a la cantidad de 28.036 €.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso.

En el presente caso, al estimarse en parte, no procede hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. CARMEN MARÍA MARTÍNEZ UZAL en nombre y representación de Otilia contra la *Sentencia 166/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de A Coruña en el Procedimiento Ordinario 262/2014*, por la que se desestimó el recurso interpuesto por la misma contra la Resolución del Ayuntamiento de 9 de septiembre de 2014, por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por las lesiones padecidas a consecuencia de la caída sufrida el día 30 de diciembre de 2011, **REVOCANDO LA MISMA**, en el sentido de estimar la demanda y **ANULAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA** en el sentido de declarar que la recurrente ha de ser indemnizada por el Ayuntamiento de A Coruña por las lesiones padecidas en la cantidad de 28.036 €; que devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la reclamación en vía administrativa, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

La presente resolución es definitiva al no caber contra ella recurso ordinario alguno.

Notifíquese la presente resolución a las partes, remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia y archívese el presente rollo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La presente sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado D. JULIO CESAR DIAZ CASALES, al estar celebrando audiencia pública la Sección 1ª del TSJ de Galicia en el día de su fecha, lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.