

Dictamen nº: **262/19**  
Consulta: **Alcalde de Madrid**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **20.06.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 20 de junio de 2019, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. .... y Dña. .... como consecuencia de la caída de un árbol en el Parque de El Retiro de Madrid y el fallecimiento por aplastamiento de su hijo menor .....

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 19 de junio de 2018 tuvo entrada en el canal electrónico del Ayuntamiento de Madrid una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por las personas citadas en el encabezamiento, representados por una letrada, por los daños y perjuicios sufridos el 24 de marzo de 2018 por la caída de un árbol en el Parque de El Retiro que causó el fallecimiento del hijo menor de los reclamantes y lesiones al padre del menor.

Indicaban en la reclamación que la caída de un árbol de dimensiones considerables se produce, sin previo aviso de peligro, ni

indicación de abandono o desalojo del parque, sobre las 13:18 horas, cuando el padre del menor se encontraba paseando por el Parque de El Retiro en compañía de su hijo, menor de edad, y se dirigían por el Paseo de Panamá hacia una de las puertas de salida en el lateral que da a la Avenida de Menéndez Pelayo, causando el fallecimiento del menor, que quedó atrapado bajo el árbol, y lesiones a su padre, en la pierna izquierda y en la cara.

Referían, que tras la caída del árbol, presenciada por varios testigos, se personó una patrulla policial, que certificó el fallecimiento del menor y fueron asistidos por bomberos, psicólogos y por los servicios del SAMUR Protección Civil que prestaron asistencia al padre, así como a la madre, a su hija recién nacida y a la abuela de esta que se habían personado en el lugar de los hechos, siendo trasladados a la sede del Ayuntamiento de Madrid, salvo el padre del menor que por las lesiones sufridas, tuvo que ser atendido y trasladado en ambulancia al Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

Señalaban, que la familia había sufrido y sufría a la fecha de presentación de la reclamación, daños y perjuicios físicos y psicológicos importantes y consideraban que el fallecimiento del menor era a consecuencia del funcionamiento anormal del Ayuntamiento de Madrid como propietario del Parque de El Retiro y por venir obligado a su mantenimiento, vigilancia y control, y al de todos y cada uno de los elementos públicos integrantes del parque.

Manifestaban, que el parque había permanecido cerrado los días 21 y 22 de marzo de 2018 por riesgo de caída de árboles y desconocían los motivos por los cuales fue abierto al público el fatídico día 24 de marzo y tras la caída del árbol, el fallecimiento del menor y las lesiones sufridas por el padre, se había procedido a su cierre.

Solicitaban una indemnización que no cuantificaban al encontrarse los padres del menor en tratamiento psicológico, la madre con baja maternal y el padre recuperándose de las lesiones producidas por la caída del árbol pero expresaban, que el importe sería superior a 15.000 euros e indicaban, que no habían sido indemnizados por compañía o mutualidad de seguros ni por ninguna otra entidad pública o privada por los hechos objeto de reclamación.

La reclamación se acompañaba de la siguiente documentación: un informe clínico de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de la asistencia sanitaria dispensada al padre el día 24 de marzo de 2018 donde fue diagnosticado de contusión de tibia izquierda y se pauto férula, elevación del miembro afectado y ejercicios de movilidad de dedos, un poder general para pleitos, los partes médicos de baja y alta de incapacidad temporal del padre, informes de asistencia psicológica del SAMUR, diversas fotografías del lugar del accidente, los certificados de asistencia a psicoterapia de la madre y el padre del menor, un pantallazo de la publicación en un periódico de la noticia del cierre de El Retiro por riesgo de caída de árboles, el informe médico forense, el informe de autopsia, el certificado de defunción, el Libro de Familia, diversa documentación médica del Servicio de Traumatología de una clínica privada, el justificante de asistencia a sesiones de fisioterapia del padre y el informe (ilegible) del SAMUR Protección Civil.

**SEGUNDO.-** Consta en los folios 2 a 19 que el 27 de marzo de 2018 el secretario general técnico del Ayuntamiento de Madrid, al objeto de iniciar de oficio el correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial recabó, el informe de la Dirección General de Gestión del Agua y Zonas Verdes que fue firmado el 27 de marzo de 2018 por la subdirectora general de Parques y Viveros, y también se recabó el informe de la Dirección General de Emergencias y Protección

Civil, emitido el 26 de marzo de 2018, acompañado de los partes de intervención.

El citado informe de 27 de marzo de 2018 concluye:

*“El árbol tenía supervisión y trabajos de poda, y no presentaba problemas fitosanitarios. El Ayuntamiento ha puesto en marcha, desde hace años, varias herramientas de trabajo para minimizar el riesgo en el Retiro y en el resto de la ciudad por caídas de árboles y ramas, no obstante, en este mes de marzo, se ha producido una situación meteorológica anómala, de fuertes rachas de viento que junto a una importante pluviometría acumulada y un reblandecimiento del suelo, después de un periodo prolongado de sequía, ha provocado la caída y vuelco de varios cientos de árboles completos en los 21 distritos en toda la ciudad.*

*Se considera que no hubo actuación inadecuada ni del perjudicado ni de terceros.*

*Desde el Área de Medio Ambiente se tomó la decisión de cerrar el parque (señalizado en alerta naranja mediante cartelería en los paneles informativos de acceso al Parque, desde el momento de su apertura al público) aun estando la velocidad del viento por debajo de los umbrales establecidos para el cierre, según el Protocolo de Situaciones Climatológicas Adversas del Parque del Retiro.*

*Cabe destacar que el trágico suceso se produjo durante el periodo de evacuación del parque próximo a una de las puertas habilitadas para la salida de usuarios”.*

Asimismo figura en el expediente el atestado policial de 24 de marzo de 2018.

El 24 de mayo de 2018 el Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid en Diligencias Previas 664/29018 solicitó al Ayuntamiento de Madrid la identificación del jefe de Emergencias y del jefe de Intervención que prestaron servicios el día 24 de marzo en el Parque de El Retiro, así como la identificación de los técnicos que habían realizado la inspección del arbolado, lo que fue cumplimentado por el Ayuntamiento de Madrid.

Tras el requerimiento anterior, el 8 de junio de 2018 el director general de Organización, Régimen Jurídico y Formación acuerda en diligencia de idéntica fecha, la improcedencia del iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial al haber tenido conocimiento de la apertura por el Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid de las Diligencias Previas 664/2018 por considerar que la determinación de los hechos en el citado orden jurisdiccional sería necesaria para la fijación de la posible responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

**TERCERO.-** A causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los interesados se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Se incorporó al procedimiento el informe de 25 de abril de 2018 de la directora general de Gestión del Agua y Zonas Verdes del Ayuntamiento de Madrid en el que se describen las actuaciones llevadas a cabo en el Parque del Retiro ante la previsión de situaciones meteorológicas adversas como la que dio origen a la caída del árbol el fatídico día 24 de marzo de 2018, el protocolo de gestión de incidencias y actuación ante la previsión de situaciones meteorológicas excepcionalmente adversas sobre el arbolado de los Jardines del Buen Retiro en los diferentes niveles de alerta por viento, las medidas preventivas en función del nivel de alerta. Además, se

detallan los antecedentes referidos al martes 20, miércoles 21, jueves 22 y viernes 23 de marzo de 2018 y los hechos acaecidos el 24 de marzo de 2018. También indica, el procedimiento de evacuación necesario para el cierre del Parque y los medios humanos y vehículos que participaron en su desalojo y posterior cierre. Respecto al árbol caído tras la descripción del ejemplar, refleja las actuaciones en él realizadas desde el año 2012, la incidencia de la climatología del mes de marzo de 2018 y el estudio técnico del cepellón del ejemplar con los datos recogidos en el fallo radicular acompañado de fotografías. El informe recoge las siguientes conclusiones finales:

*“Tras la exploración del sistema radicular, una conclusión inmediata, que corrobora los primeros indicios que se tuvieron de lo acaecido, es que la caída del ejemplar se debe a la desestructuración del suelo, pérdida de cohesión del suelo-raíz debido a la gran acumulación de agua en el terreno por las intensas lluvias en poco espacio de tiempo, y a las rachas de viento que sucedieron ese día, no habiendo mostrado en las inspecciones anteriores signos evidentes de esa situación.*

*Un ejemplo similar para la mejor comprensión del fenómeno, sería llenar un cubo de arena y comenzar a rellenar con agua hasta que las partículas de la tierra se separasen. Si entre esas partículas de la tierra se escondiera la raíz, llega un momento en que se pierde la unión y no existe el anclaje y este fallo se agrava por diferentes motivos: estructura del suelo, cantidad y disposición de raíces. etc.*

*El ejemplar se ha ido desarrollando y creciendo con el sistema radical de que disponía, principalmente con una función fisiológica (exploración y absorción), y en menor medida mecánica, pero suficiente para su tamaño y disposición respecto al entorno, creando éste las estructuras de madera adecuadas para su sujeción.*

*Los trabajos sobre la parte aérea del árbol supusieron el reequilibrio del momento de fuerzas entre la copa y el anclaje formado por el conjunto raíces/suelo.*

*La detección de la existencia del escayolado, de la época en la que se hizo el traslado a su ubicación de plantación, puede explicar también una de las causas principales del abandono del sistema radicular primario de anclaje y la conformación del tipo de cepellón observado tras la caída. Un ejemplar que no ha consolidado su sistema radicular original o ha regenerado sus raíces maestras -aquellas que acompañan al crecimiento en volumen de la parte aérea- presenta un riesgo de vuelco mayor.*

*Las apreciaciones que se derivan de este análisis del cepellón una vez caído el árbol, eran imposibles de diagnosticar con el ejemplar en pie.*

*Las circunstancias climatológicas adversas de empuje del viento junto con el cambio de las condiciones del terreno, provocaron que un sistema (tipo arquitectural del ejemplar- entorno) que había demostrado en el tiempo ser estable colapsara, provocando el vuelco o caída del árbol sobre el niño que en ese momento se encontraba con su padre en las inmediaciones y que resultó triste y trágicamente fallecido”.*

También se incorporó al procedimiento: el protocolo de gestión de incidencias y actuación ante la previsión de situaciones meteorológicas excepcionalmente adversas del arbolado en los Jardines del Buen Retiro de Madrid, la previsiones de viento según la Agencia Estatal de Meteorología para el día 24 de marzo de 2018, los datos reales de viento según la Agencia Estatal de Meteorología para el día 24 de marzo de 2018 y para el periodo del 26 de febrero de 2018 al 3 de abril de 2018, el acta de la novena y última reunión del Grupo de

Expertos del Arbolado celebrada el 8 de marzo de 2016, el plano de evacuación del parque y el índice de documentos enviados al Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid en las Diligencias Previas 664/2018 (folios 188 a 272).

El 19 de julio de 2018 los reclamantes incorporaron al procedimiento “*conforme a lo interesado en reunión mantenida el pasado 16 de julio de 2018*” determinada documentación: el informe de alta médica del padre en el que figura de baja por incapacidad temporal el 24 de marzo de 2018 y de alta, el 25 de mayo de 2018; una factura de la funeraria por un importe de 3.738,98 euros; tres facturas de tratamiento de psicoterapia por importes de, 270 euros, 270 euros y 360 euros; un contrato de arrendamiento de vivienda suscrito el 11 de abril de 2018; las aportaciones realizadas a la Asociación de Ayuda a Enfermos Graves y Personas en Duelo ALAIA por importe de 250 euros; un contrato de cobertura de fianza; los honorarios por el alquiler del inmueble; las transferencias realizadas por el alquiler de una vivienda por importes de: 820 euros, 1.015,43 euros, 820 euros, y 820 euros; las minutas de la abogada en concepto de provisión de fondos por importes de 1.072,64 y 2.016,66 euros; la provisión de fondos al procurador: 300 euros y los gastos de notaría: 78,16 euros.

El 26 de julio de 2018 se presentó un escrito al que adjuntaban los informes elaborados por la psicóloga de los reclamantes y dos facturas por tratamiento de psicoterapia correspondiente al mes de julio por importe de 360 euros cada una.

El 13 de noviembre de 2018 el director general de Organización, Régimen Jurídico y Formación, acordó la suspensión del procedimiento al haber tenido conocimiento de la apertura por el Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid de las Diligencias Previas

664/2018, lo que se comunicó a la abogada de los reclamantes mediante correo electrónico el 14 de noviembre de 2018.

El 6 de noviembre de 2018 los reclamantes presentaron un escrito en el que pusieron de manifiesto la dilación del procedimiento, a pesar del interés de las partes en alcanzar una solución y de las conversaciones telefónicas y reuniones mantenidas el 16 de julio de 2018 y el 17 y 24 de octubre de 2018 con representantes del Ayuntamiento de Madrid para alcanzar un acuerdo en cuanto a la cuantía indemnizatoria, que ascendía a 2.468.000 euros por los daños morales y patrimoniales, y solicitaban, el impulso y la celeridad del procedimiento.

La cuantía indemnizatoria se desglosaba en los siguientes conceptos, sin tener en cuenta otros gastos que pudieran surgir:

*“A) DAÑO MORAL: 2.450.000,00 €*

*Irreversibles y continuados;*

*I.- Fallecimiento de su hijo y hermano:*

*Padre: 800.000 €*

*Madre: 800.000 €*

*Hermana: 450.000 €*

*-Lesiones Psíquicas*

*-Lesiones físicas en cada miembro de la unidad familiar*

*-Secuelas psíquicas*

*-Secuelas físicas*

2.- Lesiones, secuelas y daño moral al padre, 400.000 €, por los siguientes conceptos:

-Presencia caída del árbol

-Lesiones producidas, físicas y psíquicas

-Secuelas imágenes testigo presencial

B} DAÑO PATRIMONIAL: aproximadamente 18.000,00 €

\*Baja-Alta voluntaria laboral del padre, 24-3-2018 a 25-5-2018, 2 meses (60 días)

\*Baja laboral madre: en el momento de los hechos, se encontraba de baja maternal, y con posterioridad pasa a baja laboral por incapacidad temporal, haciéndose constar por el facultativo que el proceso se estima de larga duración.

\*Tratamiento psicológico, imprevisible la duración

\*Gastos hacen frente:

-Arrendamiento: 820 €/mes (6 meses) 4.920,00 +honorarios inmobiliaria 496, 10€+fianza 1015,43 €+penalización 1.200,00 € = 7.631,53 €

-Sepelio: 3.738,98 €

-Psicólogos en tomo a 2.600 €

-Asociación Ayuda a enfermos graves y personas en duelo: 400,00 €”.

El 7 de diciembre de 2018 los reclamantes, recurrieron en reposición la suspensión del procedimiento comunicada por el director

general de Organización, Régimen Jurídico y Formación, solicitaron la suspensión de la ejecución del acto recurrido, y una indemnización de 2.468.000,00 euros incrementada con los intereses contabilizados desde el 24 de marzo de 2018 al 6 de noviembre de 2018 y que ascendían a 46.249,64 euros, por lo que la cantidad total solicitada, con intereses incluidos, alcanzaba a 2.514.249,64 euros.

Previa propuesta de resolución, el 20 de diciembre de 2018 el director general de Organización, Régimen Jurídico y Formación inadmitió el recurso de reposición presentado y denegó la suspensión de la ejecución del acto de trámite objeto de recurso, lo que se comunicó a los reclamantes, mediante notificación electrónica, el 21 de diciembre de 2018.

El 9 de enero de 2018 los reclamantes incorporaron al procedimiento el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre de 2018 desestimatorio del recurso de apelación por ellos interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid de 28 de junio de 2018 que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones en las Diligencias Previas 664/2018, solicitan el levantamiento de la suspensión en su día acordada y por economía procesal, se reiteran en el escrito presentado el 6 de noviembre de 2018.

El 10 de diciembre de 2018 se les comunicó el levantamiento de la suspensión previamente acordada y la reanudación de la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

El 24 de enero de 2019 el Ayuntamiento de Madrid solicitó a su aseguradora un informe de valoración de los daños reclamados.

El 22 de febrero de 2019 los reclamantes se interesaron por escrito por el estado de tramitación del procedimiento.

El 26 de febrero de 2019 emitió informe de valoración la aseguradora municipal, siguiendo los criterios contenidos en la Ley 35/2015, “*si bien con una corrección al alza de un 50% adicional, en atención a las especiales circunstancias que concurren en el presente caso*” con la siguiente valoración (folios 442 a 444):

“Perjuicio personal básico-fallecimiento (tabla 1-A) incluido daño moral.

*En el cálculo del importe correspondiente a la hermana del menor, se ha tenido en cuenta el Incremento del 25% como única de su categoría según lo estipula la tabla 1-B.*

*Se ha tenido igualmente en cuenta para ambos progenitores y para la hermana la cantidad de 402 € establecido en la tabla 1·C*

*~ Daño moral: baremo+ 50%: 250.548,11 €*

*Padre: 106.128,66 €*

*Madre: 106.128,66 €*

*Hermana: 38.290,79 €*

*Indemnización por lesiones temporales (tabla3-b)*

*~ Lesiones padre: 63 días de baja x52 € = 3.276 €*

*Indemnización por gastos*

*~ Gastos acreditados: 4.938,98 €*

*• Gastos de sepelio: 3. 738,98 €*

*• Psicólogo Padre: 2 facturas (7 sesiones x 90€) = 630 €*

- *Psicólogo madre: 1 factura (3 sesiones x 90€) = 270 €*
- *Asociación ALAIA: 300€ (cuotas mayo, junio y julio x 2)*

*TOTAL: 258.763,09 €*

*Gastos asumibles previa acreditación:*

- *Gastos psicólogo durante un año a razón de 1 sesión por semana y persona a razón de 90€/sesión: 48 sesiones x 2 personas x 90€ = 8.640 € (incluidas las ya acreditadas e incluidas en el apartado anterior).*
- *Resto de cuotas de Asociación ALAIA hasta alcanzar un año: 900 €”*

En trámite de alegaciones, los reclamantes en escrito de 21 de marzo de 2019 discrepaban de la valoración realizada por la compañía aseguradora del Ayuntamiento, solicitaban la celeridad del procedimiento y se dictara resolución estimatoria de la reclamación presentada al considerar que concurría la relación de causalidad entre la caída del árbol y el fallecimiento del menor, así como la antijuridicidad del daño. Finalmente, reiteraban la cuantía indemnizatoria (2.468.000,00 euros), incrementada con los intereses previamente solicitados.

El 27 de marzo de 2019 la compañía aseguradora del Ayuntamiento alegó que los hechos acaecidos el 24 de marzo de 2018 eran consecuencia del funcionamiento normal del servicio público de parques y jardines sin que las circunstancias climatológicas adversas que sucedieron en fechas anteriores al siniestro, que provocaron la desestructuración del suelo en el que se encontraba el árbol, unido a las fuertes rachas de viento, pudieran ser calificadas de fuerza mayor exoneradora de responsabilidad del Ayuntamiento. Consideraba, que

la cuantía indemnizatoria reclamada resultaba alejada de la fijada por los Tribunales de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales y admitía el incremento del baremo siguiendo doctrina jurisprudencial. En cuanto a los daños morales mantenía la indemnización en 250.548,11 euros tomando como criterio interpretativo el baremo de accidentes de circulación, incrementado en un 50%. En cuanto a los daños patrimoniales consideraba acreditados: los gastos correspondientes a los días de baja del padre (3.276 euros), los gastos de sepelio del menor fallecido (3.738,98 euros) los gastos de psicólogo del padre (630 euros), los gastos de psicólogo de la madre (270 euros) y las cuotas de mayo, junio y julio aportadas a la Asociación ALAIA. Rechazaba, los gastos de alquiler por falta de acreditación y tampoco valoraba el periodo de baja laboral de la madre del menor.

El 23 de abril de 2019 se dictó propuesta de resolución en la que se declaraba que los daños y perjuicios que se ocasionaron a los reclamantes eran atribuibles a la caída el día 24 de marzo de 2018 de un árbol situado en el Parque de El Retiro, que alcanzó, al menor, causándole el fallecimiento, y al padre del menor, que presentó contusión en pierna izquierda y erosiones en el macizo facial y estimaba parcialmente la reclamación en 291.483,09 euros, de los cuales se establecía una valoración global por daños morales de 282.548,11 euros y por daños patrimoniales acreditados 8.934,98 euros (folios 498 a 543).

**CUARTO.-** Del estudio del expediente resultan acreditados los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente dictamen:

Según resulta del atestado policial, el día 24 de marzo de 2018, la Policía Municipal, cuando se encontraban patrullando desalojando el interior del parque desde las 13:25 horas, tuvieron conocimiento por viandantes de que la caída de un árbol había afectado a un niño en la

puerta del Florida Park, debido al fuerte viento, por lo que se dirigieron al lugar de los hechos donde observaron que un pino de unos 15 metros de altura se había caído y funcionarios del parque procedían a cortar las ramas de la copa del árbol que cubría en su totalidad el cuerpo del menor personándose en el lugar de los hechos la médico forense que certificó el fallecimiento. También encuentran en el lugar de los hechos, al padre del menor, y a varios testigos.

Según el atestado, al lugar de los hechos se personaron. la Policía Nacional, los bomberos, el subinspector de la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana, la brigada Provincial de Policía Científica, el SAMUR, funcionarios de Parques Jardines, y se procedió al cierre del Parque de El Retiro.

Sobre la caída del árbol, el Auto de 20 de diciembre de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid dictado en el recurso de apelación interpuesto por los reclamantes en las Diligencias Previas 664/2018 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid, acoge en su fundamento de derecho cuarto las conclusiones finales del informe técnico municipal y en su fundamento quinto expresa:

*“Las diligencias practicadas hasta la fecha se estiman suficientes para adoptar la decisión de sobreseimiento, en la medida en que las mismas hacen posible llegar a una conclusión sobre la no existencia de una actuación contraria a la diligencia debida en el caso concreto, sin que fuera previsible la caída del árbol por las especulaciones que efectúa el recurrente sobre la inclinación que tenía el mismo, o que lo ocurrido se debiera al estado de descuido en el que se hallaba el árbol causante del accidente o a la falta de previsión de los responsables de su mantenimiento quienes, sin embargo, ante una situación atmosférica adversa, como la previsión de fuertes vientos, aunque no obligara al cierre del Parque, decidieron el cierre del mismo como medida de precaución,*

*por todo lo cual debe coincidirse con el criterio del Instructor en que los hechos denunciados carecen de relevancia penal, y, por ello, debe confirmarse tal resolución”.*

**QUINTO.-** El día 9 de mayo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 20 de junio de 2019.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley Reguladora 7/2015, de 28 de diciembre (LRCJA), según el cual: *“3 En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.*

En el caso que nos ocupa, los reclamantes han cifrado el importe de la indemnización solicitada en una cantidad superior a 15.000 euros por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (en adelante, LPAC) según establece su artículo 1.1.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su hijo. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con el menor fallecido mediante copia del Libro de Familia. Actúan representados por una abogada y ha quedado debidamente acreditada dicha representación mediante la aportación de la correspondiente escritura de poder.

También ostenta legitimación activa el padre del menor para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 32.1 de la LPAC, en cuanto que sufrió daños físicos por el accidente del que trae causa el procedimiento.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto titular de la competencia de parques y jardines públicos, *ex* artículo 25.2.d), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, título competencial que justifica sobradamente la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, el *dies a quo* lo constituye el día 24 de marzo de 2018, fecha del fallecimiento del hijo de los interesados, por lo que la reclamación formulada el día 19 de junio de 2018, debe reputarse ejercitado en plazo el derecho a reclamar. En cuanto a las lesiones sufridas por el padre, el *dies a quo* viene determinado por la fecha del accidente, 24 de marzo de 2018, por lo que reclamación presentada el 19 de junio de idéntico año, ha de considerarse formulada dentro del plazo legal con independencia de cuál haya sido la fecha de curación o estabilización de las secuelas sufridas.

En cuanto al procedimiento, no se observan en el procedimiento defectos de tramitación que puedan producir indefensión o impidan que el procedimiento alcance el fin que le es propio. Se observa que se ha recabado el informe de los servicios técnicos municipales según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha incorporado la documentación aportada por los interesados, instruido el procedimiento se ha evacuado el trámite de audiencia a los interesados y a la compañía aseguradora del Ayuntamiento, previsto en los artículos 76.1 y 84 en relación con el artículo 53.1.e) de la LPAC y, conforme al artículo 81.2 se ha incorporado una propuesta de resolución.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en

la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con constante jurisprudencia, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, de forma que aunque, como se acaba de decir, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, sólo son indemnizables las lesiones producidas por daños que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

**CUARTA.-** Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente se deduce que, sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración. Así, la Sentencia de 6 de octubre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 32/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recuerda que “(...) *la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

En este caso, no cabe duda, del fallecimiento del hijo de los reclamantes que constituye un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 - recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

También resulta acreditado en el procedimiento que en el momento del fatal suceso, el padre del menor que lo acompañaba, sufrió daños consistentes en contusión de la tibia izquierda y que el 28 de marzo de 2018 el Servicio de Radiodiagnóstico de una clínica privada observó hallazgos sugestivos de contusión del peroné a nivel del tercio medio y marcada contusión muscular en la pierna izquierda.

Respecto a la relación de causalidad, ciertamente en el expediente, además del atestado policial y las resoluciones judiciales citadas en antecedentes, obran varios informes técnicos municipales que avalan que los daños se producen por funcionamiento normal de un servicio público, en este caso, se trata de un parque público del Ayuntamiento de Madrid al que corresponde su mantenimiento y conservación y por el que los viandantes transitan, basándose en el principio de seguridad, el cual, compete garantizar al Municipio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido configurada legal y jurisprudencialmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, pues basta para declararla que como consecuencia directa de ella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que regulan el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, acreditado el daño y el perjuicio causado por la caída del árbol, nos encontramos, ante un caso fortuito y una actuación municipal que no es contraria a la diligencia debida tal y como recoge el ya citado auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre de 2018, circunstancias que no excluyen la responsabilidad objetiva de la Administración puesto que tiene la posibilidad de controlar el riesgo generado por la cosa, en

este caso, los árboles en un parque público, cuyos movimientos pueden ocasionar daños a terceros.

**QUINTA.-** Procede, por tanto, la valoración de los daños, lo que ha de hacerse aplicando el baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Ello, sin perjuicio de que ese baremo sea meramente orientativo y no vinculante como ha señalado, esta Comisión Jurídica Asesora en diversos dictámenes siguiendo la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2016 (rec. 2387/2015) puesto que dicho instrumento de valoración del daño está pensado para un supuesto distinto, esto es, el propio de los accidentes de tráfico. Este matiz resulta especialmente relevante en los casos en los que los daños sufridos por quien reclama no están expresamente previstos en el baremo.

Ahora bien, el derecho a reclamar la indemnización por daño moral es independiente a la existencia de un daño patrimonial. La indemnización que se reclama por daño moral tiene una dimensión meramente compensatoria y su cuantificación en nuestro sistema jurídico es una cuestión ciertamente compleja puesto que atiende a la específica repercusión que el daño tiene para cada reclamante con la consecuente dificultad para determinar su justa compensación.

En el caso que nos ocupa, frente a la cantidad que propone la compañía aseguradora del Ayuntamiento de Madrid por daños morales, 250.548,11 euros, los interesados solicitan una indemnización de 2.450.000 euros, desglosado en: 800.000 euros al padre, 800.000 a la madre, 450.000 euros a la hermana menor de edad y 400.000 por *“lesiones, secuelas y daño moral del padre”*, mientras que la propuesta de resolución del Ayuntamiento de Madrid

considerando, entre otros, los criterios establecidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Madrid Arena, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 fija la valoración del daño moral en 282.541,11 euros.

Tal y como puso de manifiesto el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 105/15, de 11 de marzo, con ocasión de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio como consecuencia del desprendimiento de una rama de un árbol en el Parque de El Retiro de Madrid que provocó el fallecimiento de un padre y daños a sus hijos menores y otros parientes del difunto, no puede desconocerse que el *“pretium doloris”* es de muy difícil cálculo.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, entre otras, la Sentencia de 19 de noviembre de 2013 (recurso 1830/2011) afirma que *“el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso”*.

En este caso, se trata del fallecimiento de un hijo de cuatro años que cuando caminaba por el Parque del Retiro de Madrid sufrió el aplastamiento de un árbol de grandes dimensiones, en compañía de su padre que presenció el accidente y el fallecimiento de su hijo, que además del especial impacto psicológico, sufrimiento, impotencia, zozobra, ansiedad y angustia, tuvo que permanecer de baja por incapacidad temporal durante 63 días por lo que al padre le correspondería una indemnización total de 150.000 euros además de los 63 días que resulta acreditado que permaneció de baja por incapacidad temporal, que a razón de 52 euros sumaría 3.276 euros,

por lo que la indemnización por daños morales y lesiones sufridas alcanzaría la cuantía de 153.276 euros.

Por lo que respecta a la madre del menor, que no presenció el accidente, por la súbita pérdida de su hijo, la conmoción, dolor y sufrimiento le correspondería 120.000 euros por daños morales, y a la hermana del menor fallecido, de un mes de edad en el momento de los hechos, por la pérdida de un hermano y la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes familiares, y en particular con los hermanos, resulta una indemnización de 40.000 euros.

Igualmente, constituye un daño susceptible de ser indemnizado el desembolso realizado y acreditado por los interesados para sufragar los gastos de sepelio (3.738,98 euros) y los gastos de atención psicológica de los padres (1.620 euros), sin que resulten indemnizables las aportaciones realizadas por los padres del menor a la Asociación ALAIA, ni los gastos sufragados por el arrendamiento de una vivienda, por su carácter voluntario y no deducirse que sean consecuencia necesaria del daño, criterio mantenido por esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 151/18, de 22 de marzo.

Respecto al pago de los honorarios de la abogada, procurador y notario, ha de destacarse que como tiene señalado esta Comisión en sus Dictámenes 39/16, de 28 de abril y 184/17, de 4 de mayo, entre otros, se trata de gastos voluntarios sin que proceda su reclamación a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada reconociendo una indemnización de 318.634,98 euros, cantidades que deberán ser actualizadas a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, en los términos establecidos en la LPAC.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 20 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 262/19

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid