

Dictamen nº: **328/17**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.08.17**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 3 de agosto de 2017, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña.en nombre de su hija Dña., sobre indemnización de los daños y perjuicios derivados de una caída producida por falta de la tapa de una arqueta de alumbrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La alcaldesa de Madrid (actuando por su delegación el coordinador general de la Alcaldía), a través de solicitud que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 28 de junio de 2017, formula preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio por reparto de asuntos al letrado-vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada por unanimidad en la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de 3 de agosto de 2017.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- El 14 de marzo de 2014 se presentó en el registro del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, solicitud formulada por la interesada identificada en el encabezamiento del dictamen en nombre de su hija menor de edad, en la que se exponía que el 11 de marzo de 2013, alrededor de las 11:50 horas, su hija, cuando caminaba unos metros por delante de ella por la calle Tierrauca, perdió el equilibrio al introducir la pierna derecha en un hueco existente en la vía pública donde faltaba la una tapa metálica, dañándose dicha extremidad así como su muñeca derecha.

Seguía relatando que, tras el accidente, se personaron en el lugar una dotación del SAMUR y una patrulla de la Policía Municipal, que hizo constar en el atestado correspondiente la falta de la tapa y recabó datos e información de los testigos de los hechos. A continuación, se trasladaría a la niña al Hospital Universitario Ramón y Cajal (HURC), en el que le fue diagnosticada una epifisiolisis en el maleolo y en el peroneo. En el momento de presentar la reclamación no estaba curada todavía de la dolencia en el tobillo derecho, después de haber sufrido una recaída y verse agravada la lesión. Solicitaba por ello que se le permitiera demorar la cuantificación de los perjuicios sufridos hasta su estabilización.

También exponía que, con posterioridad a los hechos, se procedería a reponer la correspondiente tapa ante el aviso de peligrosidad trasladado por la Policía Municipal al órgano competente y la denuncia puesta por la madre de la menor ante la Policía Nacional.

Adjuntaba con su reclamación fotografías del lugar en el que se produjo el accidente, anteriores y posteriores al arreglo del desperfecto, copias del parte del SAMUR, de la documentación médica relacionada con

la evolución y tratamiento de las lesiones y de la denuncia presentada en Comisaría. También solicitaba la incorporación al procedimiento del atestado de la Policía Municipal y la citación de los testigos a los que se hacía referencia en dicho documento oficial.

Del examen de la documentación aportada se desprende que, en la mañana del 11 de marzo de 2013, alrededor de las 12 del mediodía, la menor reclamante de 9 años de edad en el momento de los hechos, fue asistida por una Unidad de Soporte Vital Básico del SAMUR, que anotó la afectación de muñeca y tobillo derecho de la menor.

A las 12:36, la niña ingresó en Urgencias del HURC, servicio en el cual, sin contar con antecedentes reseñables en relación con dichas dolencias, se le diagnosticó epifisiolisis tipo I en maleolo peroneo (tobillo derecho) y en radio distal (muñeca derecha), procediéndose a la colocación de férulas surropédica y antebraquial. También se le emplazó para acudir al Servicio de Ortopedia en quince días.

Ese mismo día, pasadas las diez y media de la noche, la madre de la reclamante compareció ante la Oficina de Denuncias de Puente de Vallecas, dependiente de la Dirección General de la Policía, para dar cuenta de que, según ella había observado, su hija había perdido el equilibrio y caído al suelo *“por la falta de una tapa de alumbrado público en la calzada”*.

En cuanto a la evolución de las lesiones, en la revisión de Ortopedia Infantil de 26 de marzo de 2013 se le indicó que no hiciera deporte en dos semanas más. El 29 de marzo siguiente acudió a Urgencias del HURC por dolor en el tobillo izquierdo tras la retirada de la férula realizada cuatro días antes, diagnosticándosele tras una radiografía desprendimiento epifisario distal de peroné izquierdo. Se le volvió a colocar férula suropédica e indicó descarga total mediante uso de dos muletas. Ante la persistencia del dolor, fue tratada de nuevo en dicho Servicio del HURC el

1 de abril, aplicándosele férula posterior de escayola y reposo relativo por epifisiolisis de peroné izquierdo en fase de resolución. En la revisión de Ortopedia Infantil de 9 de abril de 2013, la movilidad era buena sin signos de dolor ni de inflamación. No obstante, el 14 de abril volvió a Urgencias por persistencia del dolor, estableciéndose la diagnosis de epifisiolisis tipo I con persistencia sintomática.

El 14 de mayo de 2013 acudió a Urgencias del Hospital Universitario Gregorio Marañón (HGUGM) por un traumatismo a nivel de tobillo izquierdo de horas de evolución. En el correspondiente informe, tras incluirse entre los antecedentes de la paciente la epifisiolisis del maleolo peroneo, se le diagnosticó desprendimiento epifisario distal de peroné (Salter Harris tipo 1) izquierdo, aplicándole férula posterior de yeso e indicando que caminara con la ayuda de dos bastones ingleses y que siguiera reposo deportivo durante 4 semanas.

En nueva visita a Urgencias del HURC de 12 de febrero de 2014 por dolor en el tobillo derecho de 7 días de evolución, en una exploración física completa de la zona afectada únicamente mostraba dolor en base del quinto metatarso, siendo la radiografía negativa en cuanto a la posible existencia de lesiones óseas agudas. Se le dio el alta con el juicio clínico de epifisiolisis grado I en resolución sin datos de patología urgente en el momento actual y la indicación de reposo relativo de la articulación durante siete días y revisión por Ortopedia Infantil. En esta consulta, realizada el 17 de febrero, se refirió la existencia de dolor aunque la exploración física resultó normal, decidiéndose solicitar la práctica de una gammagrafía ósea.

El 14 de marzo de 2014 se le volvió a llevar a Urgencias del HGUGM por un traumatismo a nivel de tobillo izquierdo de horas de evolución. En esta ocasión, tras una exploración física que mostró dolor y tumefacción en cara lateral externa de tobillo y la palpación de fisis distal de peroné, hematoma en cara externa de tobillo e impotencia funcional por dolor

(aunque el tobillo permanecía estable, tampoco se apreciaba crepitación ni deformidad y el tarso y el pie no tenían alteraciones), y una radiografía indicativa de la ausencia de lesiones óseas agudas, se le diagnosticó desprendimiento epifisario distal de peroné (Salter Harris tipo 1) izquierdo.

TERCERO.- Recibida la reclamación, por oficio de la jefa del Departamento de Reclamaciones Patrimoniales de 10 de abril de 2014, se requirió la aportación del Libro de Familia o de otro documento que sirviera para acreditar la patria potestad y la indicación detallada del lugar de los hechos.

La reclamante, mediante escrito de 8 de mayo en el que designaba a determinado letrado del ICAM para posteriores notificaciones, aportó copia del Libro de Familia sin perjuicio de aclarar que ya lo había adjuntado a la reclamación, así como un croquis y unas fotografías del lugar de los hechos sacadas de un conocido servidor de aplicaciones de mapas el día 7 de mayo de 2014 en las cuales, según expresaba, aparecía el registro del tramo de la calle Tierruca, números 17 y 19, sin tapa.

Por nuevo oficio de 23 de julio, se acordó la apertura de la fase de prueba requiriendo de la interesada la aportación de aquellos medios que tuviera por conveniente a tal fin, entre los que se citaba expresamente, en relación con los daños personales alegados, la aportación de un informe de alta médica y, en caso de presentación de un informe pericial, de los informes médicos acreditativos de los tratamientos a los que, en su caso, se hiciera referencia en el mismo. También se le volvía a requerir la concreción de la cantidad monetaria pretendida como indemnización.

La instructora recabó el informe de la Policía Municipal de Madrid, siendo suscrito por el jefe de la Unidad Integral de Distrito de Puente de Vallecas con fecha 24 de julio de 2014. En el mismo figuraba como dato de ubicación de la asistencia la farola 14 de la calle Tierruca, y se daba cuenta de la existencia en los archivos de la unidad de una minuta

suscrita por el indicativo policial formado por los tres policías que asistieron al lugar del percance:

“... comisionados por la Emisora Directora se personan en la dirección arriba indicada por la caída de un menor en vía pública. A la llegada comprueban que la menor [hija de la reclamante] está siendo atendida por Samur 8436. La madre de la menor [la reclamante] manifiesta que mientras iban andando su hija se ha caído por la falta de una tapa de alumbrado público en la calzada, provocando daños en el tobillo y muñeca derecha. Estos agentes observan el hueco que hay por la falta de la tapa, por lo que proceden a cubrirla para evitar otras posibles caídas, dando aviso al servicio correspondiente para su reposición. La atendida es trasladada al Hospital Ramón y Cajal”.

El 20 de agosto de 2014, la madre de la reclamante aportó un informe médico suscrito por una doctora del Centro de Salud de Fuencarral dos días antes, en el cual hacía referencia a la caída de su hija en una alcantarilla, a la dolencia diagnosticada en Urgencias del HURC, a su seguimiento por Ortopedia Infantil y a que, con fecha “28 de febrero de 2014 le fue realizada a la niña una gammagrafía ósea estando bien, por lo que le dan el alta cuando acude en marzo a consulta para recoger resultados”. Asimismo, anticipaba la próxima aportación de un informe de valoración pericial del daño, dejando pendiente su cuantificación al momento en el que fuera presentado. También solicitaba otras pruebas, como la certificación por la Policía Municipal del atestado suscrito en el día del accidente, la identificación por Emergencias 112 de los facultativos del SAMUR que habían asistido a la menor con el objeto de tomarles declaración sobre la realidad del accidente y sus circunstancias en cuanto les fueran conocidas, la testificación de los policías municipales actuantes y de la propia reclamante que ya aportaba de presente una declaración jurada fechada también el 18 de agosto en la que indicaba que su hija caminaba unos metros por delante de ella y “que había perdido el equilibrio al introducir su pierna derecha en la vía pública donde faltaba la

tapa metálica correspondiente haciendo que cayera golpeándose fuertemente dicha extremidad y la muñeca derecha". Daba cuenta también de la llamada por su parte –de forma inmediata- al Servicio de Emergencias 112 y de datos ya consignados en este dictamen en cuanto al proceso asistencial sanitario y a la intervención de la Policía Municipal.

Solicitado también de oficio el informe del Departamento de Alumbrado Público e Instalaciones Especiales del Ayuntamiento de Madrid, fue formalizado por su jefa con fecha 10 de octubre de 2014, haciendo constar como datos más relevantes:

“1.- Si el desperfecto o deficiencia denunciada existía en la fecha en que tuvo lugar el hecho que motiva la reclamación.

Según informa la contrata de conservación de la instalación de alumbrado público (...), no existe constancia de ningún desperfecto en tapa de arqueta de alumbrado en la fecha del incidente (11-03-2013).

2.- Si esos servicios técnicos tenían conocimiento de la existencia del desperfecto deficiencia con anterioridad, y motivos por lo que no había sido reparada.

En este Departamento de Alumbrado, no consta que la arqueta de alumbrado público se encontrase sin tapa, rota o levantada. En todo caso el mantenimiento de la tapa y la arqueta, corresponde a la empresa de mantenimiento (...).

6.- Imputabilidad a la Administración.

No procede. Este Departamento, como responsable de la conservación del alumbrado público, no autoriza ni permite la falta de tapas en arquetas, que dichas tapas se encuentran rotas, levantadas ni que existan ranuras entre cerco de tapa y losetas de acera.

7. - Imputabilidad a la empresa concesionaria o contratista.

De los datos que se disponen, no puede deducirse con absoluta certeza las causas de la falta, rotura o levantamiento de la arqueta de alumbrado público”.

Asimismo, designaba a la empresa responsable del mantenimiento, motivaba la obligación de ésta de resarcir directamente a los terceros los posibles daños causados por el estado de las instalaciones según el clausulado del contrato de aplicación, y el deber que asimismo se le imponía en dicha documentación de tener suscrito un seguro a los referidos efectos.

Ya con fecha 27 de octubre de 2014 se acordó otorgar el trámite de audiencia a la reclamante y a la empresa responsable del mantenimiento de la instalación relacionada con el accidente.

El abogado de la reclamante manifestó por escrito de 20 de noviembre que, a su juicio, se había acreditado la causa del accidente, en particular por el informe de la Policía Municipal y la declaración jurada de la madre de la menor accidentada, que ponían de manifiesto que se estaba “*faltando a la verdad (sic)*” en el informe del Departamento de Alumbrado Público e Instalaciones Especiales. Recordaba también que no se habían practicado diversos medios de prueba que había propuesto, y cuantificó el perjuicio causado en 19.684,17 euros, resultantes de la entidad de 337 días de curación impeditivos (x 58,41 €). Dicha valoración resultaba de un informe pericial emitido por un especialista en Medicina Física y Rehabilitación y en Discapacidades Médicas el 14 de noviembre de 2014 que anexaba al escrito. En él se concretaba la causa de la caída en la existencia de una alcantarilla sin tapa no señalizada, se hacía referencia concisa a la evolución y seguimiento de la lesión, a que la menor sufría actualmente dolores ocasionales en pie y muñeca derechos según la exploración por él realizada (estando los balances articular y muscular

dentro de la normalidad), se aludía como fecha de alta al 14 de abril de 2014 aunque el periodo de baja se circunscribía al periodo entre el 11 de marzo de 2013 y el 12 de febrero de 2014, y se hacía constar la inexistencia de secuelas actuales.

En esa misma fecha, el representante de la empresa encargada del mantenimiento de la instalación solicitó el rechazo de la reclamación manifestando que no les constaba la existencia de un desperfecto en la arqueta del alumbrado público en la fecha del accidente y que la reclamante no había acreditado la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público al no haber aportado la declaración de ningún testigo del accidente ajeno al suceso.

Por nuevo oficio de 25 de noviembre de 2014 se acordó la práctica de la prueba testifical citando a la madre de la reclamante. En su declaración expuso que había presentado la denuncia sobre los hechos a sugerencia de la Policía y que había sido testigo directo de los hechos sucedidos en marzo de 2013, entre las 11:30 y las 12:00 horas, en la calle Tierrauca. Con respecto a la dinámica de la caída, señaló que el lugar del accidente *“era una alcantarilla y cayó dentro de ella”* y, en cuanto a las características del lugar, que *“hay árboles y puede que alguna farola, pero no recuerda con seguridad”*. Con respecto a la dinámica del accidente, concretó que la niña iba andando rápido (sin correr) por delante de la testigo y de repente *“se entró (sic)”* en la alcantarilla, marcando con sendas x los lugares en los que, respectivamente, se encontraba y se produjo la caída. También indicó que *“iba sola con la reclamante... paseando a un perro... motivo por el que iba más retirada de la niña”*, y que en el momento de los hechos vivían en la zona y hacían normalmente ese recorrido, sin que en los días anteriores le llamara la atención que faltara la tapa, aunque *“en esos días faltaban tapas en las alcantarillas”*. Asimismo señaló que se tardó en arreglar el desperfecto, pero que finalmente se puso la tapa.

Solicitado con fecha 20 de enero de 2015 un nuevo informe del Departamento de Alumbrado Público e Instalaciones Especiales ante lo manifestado por la Policía Municipal en su informe y por la testigo en su deposición, su jefa contestó informando que en la fecha del accidente no se tenía conocimiento en el Departamento de la falta de la tapa de la arqueta de registro que causó el daño, recordó los apartados del clausulado relativos a la responsabilidad directa del contratista frente a terceros, y señaló en el inciso final de su informe que *“Girada nueva visita se ha comprobado que al día de la fecha la tapa de la arqueta ha sido repuesta siendo su colocación correcta”*.

Por sendos oficios de 26 de mayo de 2015 se concedieron nuevos trámites de audiencia al abogado de la reclamante y a la contratista. Por parte del primero, en escrito de 19 de junio se recalcó que había quedado acreditada la dinámica de la caída y la realidad de la lesión en forma similar a lo ya expresado en el escrito de alegaciones anterior, e insistió en la falta de denegación expresa y de práctica de la prueba conducente a la toma de declaración testifical de los sanitarios del SAMUR que atendieron a la menor.

Por su parte, el representante de la contratista, mediante escrito de 24 de junio de 2015, señaló que no tuvieron constancia del desperfecto por comunicación previa a la fecha del accidente por el sistema Avisa, nota de servicio del Ayuntamiento de Madrid o queja vecinal, reiterando en lo demás las alegaciones expresadas en trámites anteriores del procedimiento.

No ha sido hasta la fecha del 21 de abril de 2017 cuando la Administración que recaba el dictamen ha formulado propuesta de resolución, suscrita conjuntamente por la jefe del Departamento de Reclamaciones I y por la jefe de Servicio de Responsabilidad Patrimonial en el sentido de desestimar la reclamación por considerar que no se habían acreditado de un modo fehaciente las causas que originaron los

perjuicios y las circunstancias en las que se produjeron, se negaba la idoneidad y validez de la testigo al concurrir en ella una causa de tacha, se aludía a la responsabilidad de los padres sobre la vigilancia de sus hijos, a la anchura suficiente de la acera y a la visibilidad del desperfecto a plena luz del día, a la posible intervención de un tercero dado que la testigo no se había observado el desperfecto en los días precedentes y, subsidiariamente, a la responsabilidad directa del contratista por los daños causados a terceros.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN 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 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones

Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La menor reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139.1 de la Ley LRJ-PAC (actual art. 32.1 LPAC), por cuanto es la persona que sufrió la caída producida el 11 de marzo de 2013, de la que trae causa el procedimiento.

En su representación ha presentado la reclamación su madre, que ha acreditado la relación materno-filial aportando una fotocopia del Libro de Familia. Posteriormente, autorizó *apud acta* con la asistencia de su madre a un abogado para que le asistiera en el curso del procedimiento.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, titular de la vía pública en la que se produjo el accidente y competente en orden a su mantenimiento y conservación. Su responsabilidad directa no es óbice a la facultad de repetir, en su caso, contra el contratista conforme a lo previsto en los artículos 214.1 y 2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se ha recabado informe del Departamento de Alumbrado Público e Instalaciones Especiales del Ayuntamiento de Madrid. Con ello se puede entender cumplimentada por parte del instructor la exigencia del artículo 10.1 del RPRP en el sentido de recabarse informe del servicio relacionado con el daño alegado.

También se ha practicado una de las pruebas testificales propuestas, consistente en la toma de declaración de la madre de la reclamante testigo

presencial de la caída. Por el contrario, no se ha recibido la testificación – solicitada con insistencia por la parte actora- de los componentes del destacamento del SAMUR que atendieron a la menor accidentada. No cabe considerarse relevante en términos de defensa el que no se haya practicado esta prueba puesto que los sanitarios llegaron al lugar de los hechos con posterioridad al momento del accidente, no pudiendo por consiguiente dar cuenta de las circunstancias en que aquel se produjo y, en cuanto al estado de la arqueta, existen otras pruebas en el expediente que sirven para acreditarlo. No obstante, conforme a lo previsto en la LRJ-PAC, se debería haber dado respuesta *ad hoc* a la petición de prueba expresando los motivos de la denegación.

Se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia, previsto como instrumento del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, otorgándose a la reclamante y a la contratista encargada del mantenimiento y conservación del alumbrado público.

No se observan por consiguiente a lo largo del procedimiento defectos procedimentales que puedan acarrear indefensión o impedir al procedimiento la consecución del fin que le es propio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC (actual art. 67.1 LPAC), el derecho a reclamar frente a la Administración Pública prescribe al año de producirse el hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo y, en particular, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico –como es el caso- el plazo no empezará a computarse sino desde la curación o bien cuando quede determinado el alcance de las secuelas.

En el caso sujeto a examen, la reclamación fue presentada el 14 de marzo de 2014 siendo así que la caída del reclamante había tenido lugar el 11 de marzo del año anterior; no obstante, la estabilización de las secuelas se produjo en fecha posterior en ningún caso anterior al 9 de

abril de 2013, en la que por primera vez se dio cuenta en consulta de la buena evolución de la paciente sin perjuicio de posteriores complicaciones cuya relación de causalidad con la caída se abordará más adelante. De esta forma, la reclamación puede considerarse formulada en plazo legal con independencia de cuál haya sido la fecha concreta de la determinación definitiva de las secuelas.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su Título X, artículos 139 y siguientes, que ha de considerarse la norma de referencia en la cuestión objeto de dictamen, actualmente sustituida por las reglas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente 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 de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

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

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En particular, a la hora de valorar una posible responsabilidad administrativa en materia de caídas en las vías públicas debe partirse de lo dispuesto en el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, modificado por la Ley

27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que incluye entre las competencias propias de los municipios, a ejercer en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la infraestructura viaria.

En este punto, lo determinante es la titularidad por parte de los municipios de las competencias sobre la conservación de sus vías y calles y el ejercicio adecuado de dichas competencias. En dicho sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de abril de 2006, recurso contencioso-administrativo 1414/2002, en la misma línea de otra anterior de la misma Sala de 10 de noviembre de 2005.

Sin embargo, el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no implica convertir a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo. Por ello, para que el daño resulte imputable a la Administración competente será necesario que ésta haya incurrido, por acción u omisión, en una vulneración de los estándares de seguridad generalmente aplicables, en función de las circunstancias concurrentes y del nivel de exigencia de la conciencia social en un determinado sector de actividad.

Así, *“para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”* (STS 5 de julio de 2006, RC 1988/2002). En el mismo sentido la denominada jurisprudencia menor, expresada, por ejemplo, en la Sentencia de 16 de marzo de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (S. 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rec. 633/03) o en la Sentencia de 5 de enero de 2005 de la Sala del mismo orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional (Rec. 655/2003), cuando exime a la Administración de

los daños derivados de una *“irregularidad en la acera... tan de escaso relieve... que una persona mínimamente atenta a su propio deambular salva sin ninguna dificultad, existiendo en cualquier calle de una ciudad española obstáculos de mayor envergadura que el allí existente”*.

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. En dicho sentido recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, 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 el caso que da origen al presente dictamen, el perjuicio sufrido por la menor reclamante residiría en los días de baja, ya que, según el informe pericial por ella misma adjuntado coincidente en este punto con la documentación médica incorporada al expediente, el percance no ha deparado secuelas a la menor.

Centrando el dictamen en el carácter indemnizable de estos daños, cabe recordar que, con vistas al posible éxito de una reclamación patrimonial no basta con la concurrencia de un daño, sino que es necesario acreditar la relación de causalidad entre el perjuicio alegado y el funcionamiento del servicio público.

Al respecto, la reclamación se fundamenta en que, en la fecha del accidente, una arqueta de alumbrado público carecía de su correspondiente tapa, siendo esta la causa que habría provocado la caída de la niña.

En este punto, cabe recordar la obligación de quien reclama, salvo los casos excepcionales de inversión de la carga de la prueba que no concurren en el examinado, de presentar las pruebas que avalen su versión de los hechos.

Para acreditar tal circunstancia, la representación de la interesada presenta una serie de pruebas que, por sí mismas, y según reiterada doctrina de este órgano consultivo, no servirían para acreditar la relación de causalidad. Es el caso en primer lugar del informe del SAMUR, ya que los sanitarios que atendieron a la menor accidentada no comprobaron *per se* la caída, llegando al lugar del accidente con posterioridad.

Tampoco el resto de informes médicos subsiguientes ni el informe pericial de valoración del daño tienen virtualidad para probar las circunstancias en las que se produjo el accidente, puesto que dan cuenta simplemente del hecho objetivo a que se refieren, esto es, a la existencia de una lesión que afecta a determinada persona, pero no de la causa que la ha motivado.

La misma conclusión debe emitirse con respecto a las fotografías aportadas por la parte actora, cuya potencialidad probatoria se limita a reflejar, en su caso, el estado de un determinado tramo de la vía pública, pero no la dinámica en que se pudo producir el accidente.

Ahora bien, a petición de la reclamante se ha desarrollado un medio de prueba en principio hábil para acreditar la relación de causalidad, consistente en la toma de declaración de un testigo de la caída, que es la madre de la reclamante. La declaración de la testigo, obrante a los folios 101 y 102, permite a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora en una

valoración conjunta con el resto de medios probatorios, inferir la veracidad de la versión de los hechos en que se sostiene la reclamación. En ella, la madre de la menor lesionada indica que la vio caer a la reclamante a consecuencia del hueco producido en el registro de alumbrado por la falta de la tapa. En contra de lo sostenido en la propuesta de resolución, el vínculo de familiaridad entre la testigo y la reclamante no implica la ineficacia de su declaración, sin perjuicio de que la concurrencia de una causa de tacha pueda facultar a interpretar con cautela determinada declaración.

En el caso que se nos somete a consideración, la versión de los hechos sostenida en la reclamación ha sido sostenida sin contradicciones en cuanto a lo esencial a lo largo del tiempo y existen una serie de datos periféricos que permiten tener por veraz la declaración de la testigo y por acreditada la relación de causalidad.

En primer lugar, la presencia de la madre junto a la niña en el momento posterior al accidente queda corroborada teniendo en cuenta la constancia de este dato en el atestado de la Policía Municipal y en el informe del SAMUR.

En segundo lugar, la versión según la cual el accidente se habría producido por la falta de la tapa de alcantarillado fue sostenida desde un principio por la madre de la menor, ya que tanto en el parte del SAMUR como en el informe de la Policía Municipal como en el de Urgencias también inmediato al accidente, se hace constar de un modo expreso que la caída había tenido lugar en el hueco sin protección por la falta de la tapa. Aunque, ciertamente, los informes de tipo sanitario hacen referencia a una alcantarilla y no a una instalación de registro eléctrico, no parece que pueda exigirse al hombre medio un conocimiento técnico que permita diferenciar ese tipo de instalaciones.

En tercer lugar, la vinculación de la parte a dicha versión queda atestiguada mediante la denuncia presentada en la Oficina de Denuncias de Puente de Vallecas en la noche del mismo día en el que se produjo la incidencia.

Por otra parte, la falta de la tapa en el momento del accidente queda corroborada por el informe de la Policía Municipal. En el mismo se hace constar que los agentes actuantes, según la versión dada a su jefe para elaborar el informe, comprobaron por sí mismos el hueco existente en la acera por la falta de la tapa procediendo a cubrirla para evitar otras posibles caídas, y dieron aviso al servicio correspondiente para su reposición.

Lo anterior, conforme al principio de valoración conjunta de la prueba según las reglas de la sana crítica, permite a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora tener por acreditada la relación de causalidad entre la lesión alegada por el interesado y el funcionamiento del servicio de mantenimiento y conservación de las vías públicas.

Sentado lo anterior, no cabe olvidar la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora (entre otros, el Dictamen 49/16, de 2 de junio) en relación con la necesidad, para poder estimar concurrente el presupuesto de la antijuridicidad del daño en las caídas en vías públicas, de que el desperfecto no sea irrelevante en el sentido de implicar un riesgo que rebase los límites impuestos por los estándares exigibles conforme a la conciencia social.

En el caso examinado, no se trata de una simple irregularidad o defecto en la tapa de alumbrado, sino de su existencia misma, dejando a la intemperie el hueco que debería cubrir. La peligrosidad del mismo fue apreciada por la propia Policía Municipal, que, según propia declaración, procedió a cubrir de un modo inminente el hueco para evitar nuevas

caídas, y dio aviso, también con inmediatez, para que se procediera a su reposición.

La inexistencia de la tapa no ha sido desmentida por el resto de medios de prueba aportados al procedimiento. El primer informe del Departamento de Alumbrado Público e Instalaciones Especiales, de 10 de octubre de 2014, ponía en duda dicha afirmación de la reclamante; sin embargo, el segundo informe ampliatorio de su jefa matiza sus primeras afirmaciones, al señalar de un modo significativo en su inciso final que en nueva visita de inspección se había comprobado que la tapa de la arqueta había sido “*repuesta*”, lo cual implica reconocer la realidad de su falta en un momento anterior.

En cuanto a las alegaciones de la contratista, tienen un tono claramente evasivo y, más que en la prueba de hechos, se sustentan en la negación de los afirmados de contrario. En este sentido, conforme al principio de facilidad probatoria, solo puede militar en su perjuicio la circunstancia de no haberse preocupado de incorporar al procedimiento certificado sobre los trabajos realizados en la arqueta, de los que se pudiera deducir que ésta nunca faltó.

QUINTA.- Por lo que se refiere a la cuantificación de la indemnización, coincidimos con la parte reclamante en la conveniencia de acudir al baremo (orientativo a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración) establecido para los accidentes de tráfico. Ahora bien, los perjuicios han de ser valorados teniendo en cuenta la fecha del accidente y no la de la estabilización de las secuelas, propuesta esta última del abogado de la reclamante que no podemos acoger.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el hecho causante de la lesión se produjo el 11 de marzo de 2013, los daños físicos han de ser valorados conforme a lo previsto en la Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se

publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en relación con el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aplicable al caso a la vista de la disposición transitoria de 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.

Conforme hemos expresado con anterioridad, ante la inexistencia de secuelas atendidos la documentación médica y el informe de valoración del daño aportados por la interesada, la indemnización debe constreñirse a los días de baja.

En este punto, la solicitud del abogado de la reclamante se basa en el informe pericial emitido por un especialista en Medicina Física y Rehabilitación y en Discapacidades Médicas con fecha 14 de noviembre de 2014. No obstante, a la hora de apreciar la fuerza probatoria de ese informe, debe significarse que el mismo no contiene más motivación que la consistente en la referencia a los hitos de la caída y a los informes médicos evacuados en el día de la caída y en los días posteriores. Su parcialidad queda además de manifiesto si se tiene en cuenta que, en manifestación que no es propia del objeto de la pericia que se le pide, el profesional que la sustenta entra a valorar la causa misma de la lesión.

Valga lo anterior para ilustrar nuestro desacuerdo con la valoración que hace el perito, según el cual la niña habría necesitado 337 días para la curación de las lesiones, entre el 11 de marzo de 2013 y el 12 de febrero de 2014, aunque la fecha de alta –según el mismo- fuera el 14 de abril de 2014.

La documentación médica aportada en nombre de la interesada impone sopesar con cautela la petición indemnizatoria formulada en nombre de la reclamante. Conforme a la misma, no hay duda en torno a la entidad de las lesiones (sin secuelas actuales) que consistieron en una epifisiolisis tipo I en maleolo peroneo (tobillo derecho) y en radio distal (muñeca derecha). A la niña se le pusieron sendas férulas en Urgencias, indicándosele su mantenimiento durante un periodo de quince días. Igualmente, en la revisión de Ortopedia Infantil de 26 de marzo de 2013 se indicó que la niña no hiciera deporte en dos semanas más, lo cual, obviamente, supone una limitación relevante en la actividad de un niño puesto que afecta igualmente a la proyección lúdico-social.

Las limitaciones continuaron con posterioridad, según se deduce del informe de Urgencias del HURC de 29 de marzo de 2013, fecha en la que, tras la retirada de la férula cuatro días antes, se objetiva un desprendimiento epifisario distal del peroné izquierdo, lo que obligó a colocar de nuevo la férula suropédica y al uso de dos muletas.

Igualmente, en nueva asistencia a Urgencias de fecha 1 de abril de 2013, ante la persistencia de dolor se le aplicó de nuevo férula posterior de escayola y reposo relativo por epifisiolisis de peroné izquierdo en fase de resolución.

Sin embargo, a partir de ahí la evolución de la niña fue favorable, y los informes médicos no revelan más que una sensación subjetiva de dolor sin incidencia ósea o mecánica. Esto ya se puso de manifiesto en la revisión de Ortopedia Infantil de 9 de abril de 2013, en que la movilidad era buena y no había signos de dolor ni de inflamación. Esta fecha, por lo que a continuación se dirá, es la que consideramos como de alta.

Y ello porque, más allá de la sensación de dolor recogida en nuevo informe de Urgencias de 14 de abril de 2013, la férula que se le puso en Urgencias el 14 de mayo siguiente, aunque afectaba también al tobillo,

tuvo por origen no la caída en el hueco que dejaba al aire la tapa de registro, sino un traumatismo a nivel de tobillo izquierdo de horas de evolución (así lo recoge textualmente el informe médico correspondiente).

Entre estas fechas y la siguiente consulta médica documentada por la madre de la reclamante en su escrito de solicitud de iniciación del procedimiento, media un largo periodo en el cual no se tiene constancia de la existencia de limitaciones para la niña.

Esa siguiente asistencia es en Urgencias del HURC en fecha 12 de febrero de 2014, y se expresa en el informe médico que es “*por dolor en el tobillo derecho de 7 días de evolución*”, lo cual permite presumir que, en fechas anteriores, no existiera esa dolencia. Además, en dicha asistencia la exploración física completa que le fue realizada a la paciente permitió mostrar dolor únicamente en la base del quinto metatarsiano. En cambio, la radiografía permitió descartar la posible existencia de lesiones óseas agudas y no había evidencia de patología urgente.

A continuación, y precisamente por indicación del Servicio de Urgencias, llevaron a la niña a revisión de Ortopedia Infantil el 17 de febrero de 2014, es decir más de diez meses después de la última consulta en dicho Servicio de 9 de abril de 2013, lo cual resulta indicativo de que en el periodo intermedio no hubo patología ni síntomas que llamaran a la familia de la menor a hacerla pasar una nueva revisión. Por esta razón, aunque, a la vista de los resultados de una gammagrafía ósea, se confirmara el buen estado del tobillo en dicha consulta de 17 de febrero de 2014, ello no equivale a que tal fecha deba ser considerada como la de estabilización de la lesión. Esta se había producido con anterioridad, y los únicos percances de la niña que pudieron determinar nuevos episodios de limitación funcional, fueron debidos no a la caída primigenia sino a percances posteriores. Es el caso de la ya citada asistencia a Urgencias de 14 de mayo de 2013, como de la posterior de 14 de marzo de 2014, debida

también a un traumatismo a nivel de tobillo izquierdo de horas de evolución.

El informe pericial aportado por la parte reclamante, aparte de alguna otra deficiencia ya comentada, no ha motivado en virtud de que razonamiento médico pueda considerarse que las incidencias puestas de manifiesto en dichas asistencias a Urgencias, no hubieran tenido lugar de no haber existido la lesión producida a consecuencia de la caída que da objeto a la actual reclamación o si, cuando menos, hubieran revestido una trascendencia inferior de no haber concurrido aquella lesión.

De esta forma, a falta de dicha prueba cuya aportación correspondía a la representación de la reclamante, la indemnización debe limitarse según nuestro criterio a los días de baja existentes entre el 11 de marzo y el 9 de abril, que deben considerarse improductivos al afectar al desenvolvimiento normal en la vida de un niño de 9 años (30 días de baja x 58,24 = 1.756.20 euros).

En atención a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando a la reclamante en un importe de 1.756.20 euros, cantidad que deberá ser actualizada conforme a lo previsto en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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 3 de agosto de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 328/17

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid