

Dictamen n°: **75/19**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.02.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 28 de febrero 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 asunto promovido por Dña., Dña. y D., y Dña. (en adelante, “*los reclamantes*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de su padre y exmarido, D., por una caída debida a las irregularidades existentes por la avenida Monforte de Lemos cuando circulaba en bicicleta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de julio de 2014, los reclamantes presentaron en el registro de una Oficina de Atención al Ciudadano del Ayuntamiento de Madrid un escrito solicitando el inicio de un expediente de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su padre y exmarido, motivado por una caída sufrida el 13 de junio de 2013 (en realidad fue el 13 de julio, como se desprende

del expediente) debido a las irregularidades existentes en la avenida Monforte de Lemos cuando circulaba en bicicleta sin casco protector. Los reclamantes describían las irregularidades, único elemento que provocó el accidente según la reclamación, como una *“elevación del firme asfáltico en forma de libro abierto bocabajo por la defectuosa canalización de imbornal o registro de saneamiento. De modo que se generaba una suerte de trampolín para los vehículos que circulaban por la vía, en bajada de pendiente. Mucho más acusado para las motocicletas y aún más, como ha sido el caso, para las bicicletas”*. Añadían que las irregularidades fueron reparadas unos días después del accidente

En su escrito, los reclamantes manifestaban que el accidentado resultó herido grave, fue atendido y conducido a un hospital por la Policía, que levantó el correspondiente atestado, y, tras sucesivos traslados hospitalarios, falleció el 9 de diciembre de 2013.

De conformidad con las indemnizaciones fijadas para 2013 para el caso de muerte e incapacidades temporales según el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, solicitaban una indemnización de 84.106,82 € a favor de los hijos por el fallecimiento de su padre y 47.310,09 € para su exesposa, cuya legitimación justificaban por ser beneficiaria de una pensión compensatoria según la sentencia de divorcio. En ambos casos, debía aplicarse el factor de corrección del 10 % en atención a los perjuicios económicos en relación con los ingresos de la víctima. Además, los hijos reclamaban también 13.552,40 € más el factor de corrección del 10 %, en concepto de la incapacidad temporal de su padre, ya que permaneció hospitalizado 150 días.

Como prueba, identificaron a un testigo presencial, del que facilitaron su nombre y solicitaron además la testifical de los trabajadores de dos restaurantes y de una sucursal bancaria para acreditar la reparación de la calzada y la existencia de otros accidentes producidos por la citada elevación. Como prueba documental propusieron la aportada con la reclamación, el informe policial, que se emitieran informes técnicos por el Departamento de Conservación y Renovación de Vías Públicas y que se recabasen de los archivos municipales todas las incidencias ocurridas en las proximidades del imbornal en el punto donde se había producido el accidente.

Acompañaban varias fotografías de la calzada de una calle en la que se observaban dos parches que ocupaban toda la vía (realizadas según los reclamantes tras la reparación de la vía), el atestado policial y diversa documentación (entre otra, documentos identificativos de los reclamantes, informes médicos, certificado de defunción producida el 9 de diciembre de 2013, la escritura de aceptación y adjudicación de herencia a favor de los hijos del accidentado, copia del libro de familia, sentencia de divorcio, convenio regulador de 1989 que otorgaba a la ex cónyuge una pensión de 100.000 pesetas mensuales).

El atestado policial identificaba al testigo presencial –que circulaba con su vehículo por detrás del accidentado- y a este, de 66 años, que señalaba que había resultado herido grave el 13 de julio de 2013 sobre las 16:25 h. De la bicicleta señalaba que carecía de freno trasero, que el neumático trasero estaba cuarteado, que carecía de alumbrado y que había sufrido arañazos diversos y el manillar estaba doblado. Describía el pavimento, de nivel descendente, como un *“aglomerado asfáltico en estado regular, existiendo a unos 11 m del lugar de caída de la bicicleta implicada una alteración del firme, consistente en ligera elevación de este con irregularidades al haber sido anteriormente parcheada la zona”*, en el que había quedado una huella de fricción de 1,2 m dejada por la

bicicleta tras su caída. Había una nítida visibilidad, con iluminación natural, al ser de día.

Interrogado el testigo presencial por la Policía el mismo día, manifestó que el ciclista circulaba, sin casco, con bastante velocidad porque era cuesta abajo, sin ver ningún otro vehículo que hubiera podido provocar la caída. Puestos en contacto con el hermano de la víctima para preguntar por su estado para interrogarle puesto que no habían podido hacerlo el día del accidente, manifestó que estaba en coma profundo al parecer irreversible y que estaban esperando el trágico desenlace.

Finalizaba el atestado señalando que *“este Equipo Instructor no puede realizar juicio crítico, por carecer de elementos suficientes para realizar este. No obstante, la hipótesis más probable de cómo se produce el accidente que nos ocupa, pudo ser que ante la presencia de las irregularidades existentes en la calzada, el conductor implicado accionara el freno delantero de su bicicleta produciéndose el volteo de la misma haciendo caer a su conductor, el cual circulaba sin casco protector. Se significa que la bicicleta implicada no tenía cable tensor del freno trasero, por lo que este estaba inutilizado, siendo así más difícil el poder detener el vehículo ante cualquier causa anómala”*.

El atestado se completaba con fotografías del lugar del accidente – que mostraban una grieta y un descarnamiento en el asfalto- y de un croquis.

SEGUNDO. A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Por Acuerdo de la jefa del Departamento de Reclamaciones Patrimoniales, se comunicó a los reclamantes el inicio del

procedimiento y se les requirió para que completaran la reclamación y acompañaran determinada documentación. Los reclamantes cumplieron tal requerimiento, incluyendo la declaración de la exmujer sobre la subsistencia de la pensión compensatoria acordada en el convenio regulador, aprobado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Madrid que había decretado el divorcio.

Solicitados informes a distintas dependencias públicas, la Dirección General de Emergencias y Protección Civil informó el 18 de septiembre de 2014 que el 13 de julio de 2013 habían recogido a un varón de unos 70 años, que no había podido ser identificado, en la avenida Monforte de Lemos nº 185 y que lo habían trasladado al Hospital Universitario de La Paz. La hora de llegada de la unidad al lugar del accidente fue a las 15:59 h.

El Departamento de Vías Públicas informó el 18 de septiembre de 2014 que se desconocía la existencia de desperfectos reseñables en la vía pública en el lugar de la caída, que se desconocía si había relación de causalidad entre el daño y el servicio público o si fue debido a una actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero; que el accidente no era imputable a la Administración ni a la empresa concesionaria encargada de la conservación de la calzada. En cuanto al desperfecto señalaba que *“la vía pública, en el tramo de la caída, presenta fisuras longitudinales entre los carriles de circulación y transversales producidas por patologías habituales en los pavimentos. También presenta una reposición junto al registro de alcantarillado, pero se encuentra situada más adelante del punto donde se indica que se produjo la caída, en el informe de Policía Municipal. Estos desperfectos no revisten peligrosidad manifiesta”*. Concluía el informe recordando, de conformidad con la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, la obligación de todo usuario de la vía pública de cumplir las normas y señalización, y tener en cuenta su propia condición física y psíquica, las

características y el estado de la vía y cuantas condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación concurren en cada momento a fin de adecuarse a las mismas, de manera que siempre se pudiese detener dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pudiera presentarse.

Los reclamantes aportaron de nuevo documentación que ya figuraba en el expediente y la declaración manuscrita de dos ciclistas habituales que manifestaban que en la avenida de Monforte de Lemos entre la Vereda de Ganapanes y la gasolinera de la rotonda había un bache peligrosísimo durante años y que, al pasar con la bici, suponía un grave riesgo. Uno de ellos señalaba que tan peligroso era el bache que, cuando pasaban en grupo, gritaban “*ojo bache*”.

Citado en su domicilio el testigo presencial propuesto por los reclamantes, no compareció el día señalado al ser notificado después de la fecha señalada para la comparecencia.

Tras lo actuado, se confirió trámite de audiencia a los reclamantes, una de las cuales alegó (tras ser autorizada por los demás a intervenir en el procedimiento en su nombre mediante documento privado firmado) la improcedencia de acordar el cierre de la instrucción del expediente al estar incompleto. Discutía el atestado policial en cuanto a la localización del accidente (número 187 de la avenida, cuando en realidad se había producido en los números pares) aunque coincidía en la hipótesis que aventuraba sobre que la causa del accidente pudo ser la presencia de irregularidades de la calzada. Interesaba que se requiriese nuevos informes al SAMUR, a la Dirección General de Vías Públicas, que se recabasen de los archivos municipales todas las incidencias ocurridas en esa zona y que se citase nuevamente al testigo presencial.

La aseguradora municipal, sin prejuzgar la existencia de responsabilidades, valoró los daños en 87.205,23 € por 150 días de incapacidad del accidentado (10.744,50 €) y 25.486,91 € para cada hijo.

Requerida la copia de la sentencia del juicio de faltas 950/2013 seguido ante el Juzgado de Instrucción de Madrid nº 26 de Madrid por el accidente, se aportó el Auto de 25 de junio de 2014 por el que se acordaba el archivo definitivo de las actuaciones y declaraba extinguida por prescripción la responsabilidad penal derivada de los hechos.

Intimada la exmujer de la víctima para que acreditase la percepción de la pensión compensatoria en el momento del accidente así como su cuantía, se acompañó nuevamente la sentencia de divorcio, declaró que la pensión era la que se establecía en el convenio regulador del divorcio y aportó un certificado de la Seguridad Social en el que aparecía como beneficiaria de una pensión de viudedad.

Intentada nuevamente por dos veces la citación del testigo presencial en el domicilio que aparecía en el Padrón municipal, sin efecto por encontrarse ausente, se le citó por edictos en el BOE del 16 de julio de 2018, sin que compareciera.

Conferido nuevo trámite de audiencia, los reclamantes (menos uno de ellos), por medio de una abogada a la que confirieron representación según la escritura de apoderamiento que aportaban, reiteraron la necesidad de completar el expediente para ampliar el informe técnico realizado por la Unidad de Conservación e incluir un informe sobre las incidencias que hubiera habido en las proximidades del imbornal. Además, se oponían a la valoración de la aseguradora e insistieron en la práctica de la prueba testifical cuya citación por edictos no debía tenerse por válida.

El 14 de enero de 2019 se formuló la propuesta de resolución, y tras excusar la emisión de los informes solicitados por innecesarios, se desestimó la reclamación por no haberse acreditado la relación causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, y aunque se hubiera acreditado, no cabría imputar responsabilidad al Ayuntamiento por concurrir culpa del perjudicado, que libre y voluntariamente asumió el riesgo derivado de la temeridad de su conducción, que propició el fatal desenlace.

TERCERO. El día 31 de enero 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.

A dicho expediente se le asignó el número 42/19, cuya ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M.^a Dolores Sánchez Delgado 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 28 de febrero 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 emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a

quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

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 (en adelante, LRJ-PAC) y al Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en lo sucesivo, RPRP), al 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

En cuanto a la legitimación activa, la ostentan los hijos reclamantes al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, ya que son las personas perjudicadas por el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado la condición de hijos de los reclamantes mediante la aportación de la copia del Libro de Familia, y su condición de herederos, por la escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

También reclama su exmujer como beneficiaria de una pensión compensatoria que ha acreditado mediante la copia de la sentencia de divorcio en la que se aprobaba el convenio regulador, que también adjuntó al procedimiento. No obstante, acreditada su legitimación como beneficiaria de una pensión compensatoria a la que el fallecimiento ha causado un desequilibrio económico (artículo 97 del Código Civil), también consta en el expediente que es beneficiaria de una pensión de

viudedad, si bien esta es inferior a lo que le correspondería percibir si no hubiera fallecido el perjudicado, por lo que está legitimada para sostener la presente reclamación.

No obstante reconocer la legitimación de los reclamantes para exigir responsabilidades por los daños que el fallecimiento de su familiar les ha causado, también reclaman por los 150 días que este estuvo hospitalizado. Sin embargo, como ya señalara el Consejo Consultivo en su Dictamen 87/14, de 26 de febrero, y esta Comisión Jurídica Asesora en los Dictámenes 285/16, de 7 de julio; 201/17, de 18 de mayo y 512/18, de 29 de noviembre, únicamente cabe atribuir a los reclamantes legitimación activa por el daño moral y perjuicios económicos ocasionados por la muerte de su exesposo y padre, pero no por los daños personalísimos sufridos por el perjudicado durante y por su hospitalización, que no son transmisibles a sus herederos.

Tras presentar la reclamación, los reclamantes aportaron un documento privado de apoderamiento a favor de uno de ellos, y si bien dicha documentación no acredita suficientemente la representación, esta debe presumirse para los actos de trámite, al amparo de lo establecido en el artículo 32.3 de la LRJ-PAC. Después confirieron su representación a una abogada mediante una escritura de apoderamiento, medio válido en derecho para dejar constancia fidedigna de dicha representación.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto titular de la competencia de pavimentación de vías públicas urbanas -*ex* artículo 25.2.d), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en la redacción vigente en el momento de los hechos-, y titular de la vía en que se produjo el accidente, cuyo mantenimiento le corresponde, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57.1 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico,

Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, vigente en el momento de producirse los hechos.

En lo relativo al requisito temporal para el ejercicio de la acción, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En este caso, la caída tuvo lugar el 13 de julio de 2013 y el fallecimiento, el 9 de diciembre de 2013, por lo que la reclamación formulada el día 11 de julio de 2014 se habría presentado en plazo legal, independientemente de la fecha de curación o de estabilización de las secuelas y del efecto interruptivo del procedimiento penal seguido.

El órgano petionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC, desarrollado por el RPRP, si bien, se observa que se ha superado con creces el plazo de seis meses establecido en el artículo 13.3 del RPRP para resolver y notificar la resolución. Sin perjuicio de lo anterior, el transcurso del plazo de resolución y notificación no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido [arts. 42.1 y 43.3.b) de la LRJ-PAC].

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, ha incorporado el informe del Departamento de Vías Públicas (Unidad de Conservación 2) y el de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil. No se solicitó el atestado policial al haberlo aportado los reclamantes.

Por otro lado, se ha incorporado al procedimiento la prueba documental adjuntada por los interesados y se ha intentado la práctica de la prueba testifical propuesta. En cuatro ocasiones se procuró la citación del testigo en el domicilio en que constaba empadronado, sin resultado por encontrarse ausente, por lo que se citó por edictos dos veces, sin que el testigo compareciera. Esta forma de notificación es conforme a lo dispuesto en el artículo 59.2) y 5) de la LRJ-PAC, según las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de marzo de 2017 (Rec. 843/2014) y de 19 abril de 2017 (rec. 269/2016) que desestimaron la inviabilidad jurídica de la notificación edictal: *“la notificación edictal fue correcta después de los dos intentos de notificación en el domicilio facilitado por la recurrente”*.

Respecto a la incorporación de un nuevo informe técnico que se pronunciase sobre el lugar del accidente y el desperfecto causante del mismo, a tenor de lo expuesto en el atestado policial y según la valoración del mismo por los reclamantes, así como la aportación de otro informe sobre las incidencias que los desperfectos de dicha calzada habían producido, la propuesta de resolución las ha considerado innecesarias.

En cuanto a la práctica de las pruebas que se proponen por los interesados en un procedimiento hay que señalar que el instructor no está vinculado en todo caso a la solicitud de prueba del administrado ni está obligado a llevar a cabo todas las pruebas que se propongan ya que el artículo 80.3 de la LRJ-PAC, le faculta a *“rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*. En este procedimiento, en la propuesta de resolución se han rechazado las pruebas mencionadas justificándolo escuetamente por innecesarias. No obstante recordar la necesidad de que sea el instructor el que, antes de la propuesta de resolución, se pronuncie sobre la prueba solicitada por

los interesados, no se ha causado indefensión a los reclamantes ya que dichas pruebas no son precisas para el esclarecimiento de los hechos. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2016 (recurso de casación nº 1/2015) en relación con la denegación de pruebas, es razonable rechazarlas cuando del resultado de su práctica no pudiera resultar elemento decisivo alguno para la resolución del debate suscitado en el procedimiento. En este caso, el informe del Departamento de Vías Públicas ya se pronunció sobre los desperfectos de la calzada y el informe sobre otras incidencias en el mismo lugar del accidente no sirve para acreditar la existencia de la relación de causalidad entre el daño y el servicio público.

Siguiendo con el procedimiento, se ha evacuado el trámite de audiencia y, de acuerdo con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11.1 del RPRP, los reclamantes han podido realizar alegaciones.

Finalmente se ha formulado la oportuna propuesta de resolución que, junto con el resto del expediente, ha sido remitida a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

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 no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 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 quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

La existencia de un daño -el fallecimiento del padre y exmarido de los reclamantes- puede considerarse acreditada por los informes médicos aportados al expediente y el certificado de defunción del accidentado. Es 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.

Reconocida la existencia del daño y antes de proceder a su concreta determinación y valoración, procede analizar si concurren los demás presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.

Esta Comisión viene destacando, al igual que hacía el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien la reclama. Es decir, ha de probar el nexo causal o relación causa-efecto entre el

resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público, lo que supone que le corresponde probar la existencia del accidente y que los daños sufridos derivan del mal estado de la vía pública.

En este caso los reclamantes invocan, como causa de la caída, la existencia de irregularidades en la calzada de la avenida Monforte de Lemos, que describían como una *“elevación del firme asfáltico en forma de libro abierto bocabajo por la defectuosa canalización de imbornal o registro de saneamiento. De modo que se generaba una suerte de trampolín para los vehículos que circulaban por la vía, en bajada de pendiente. Mucho más acusado para las motocicletas y aún más, como ha sido el caso, para las bicicletas”*.

No mencionan la existencia de ningún bache, al que sí se refieren los ciclistas que presentaron sendas declaraciones manuscritas. Lo situaban en la avenida Monforte de Lemos entre la Vereda de Ganapanes y una gasolinera. Uno de ellos manifestó que el bache llevaba años, lo describían como peligrosísimo, y aseguraban que, al pasar con la bici, suponía un grave riesgo y que, cuando circulaban en grupo, se alertaban al grito de *“ojo bache”*.

Respecto del valor de la prueba testifical realizada por escrito, esta Comisión Jurídica Asesora (entre otras muchas ocasiones, en el Dictamen 169/17, de 27 de abril, Dictamen 402/18, de 13 de septiembre y en el Dictamen 569/18, de 27 de diciembre), ha puesto de relieve que la declaración escrita de un testigo debe ser valorada –como prueba documental que es– conforme a las reglas de la sana crítica, y no puede tener el mismo valor probatorio que su declaración oral dada la prevalencia del principio de oralidad en la práctica de la prueba de interrogatorio, por la importancia de la impresión del órgano instructor sobre la actitud del testigo ante las preguntas, su firmeza al dar respuesta y la posible contradicción o duda en su declaración.

Ahora bien, en el expediente consta el atestado realizado por la Policía Municipal que, si bien no presenciaron el accidente, sí puede arrojar datos de interés y también apuntan la existencia de un bache.

Sobre el valor de los atestados policiales, partimos de lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 9 de octubre de 2008 (Recurso de apelación 1149/2008): *“Los datos se han reflejado en un atestado que constituye documento público, y que no necesita ratificación para ser valorada como prueba”*.

También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de octubre de 2012 (recurso 472/2010) refería que: *«El informe atestado que se ha realizado por los agentes de la autoridad, constituye una pericial que goza del principio de imparcialidad de los Agentes de la Autoridad, que realizaron “in situ” una inspección ocular, sin que se produjera modificación alguna de los elementos del siniestro, lo que constituye una prueba de percepción directa en su estadio final del acontecer del evento dañoso»*. En el mismo sentido se ha pronunciado también dicho Tribunal en otra Sentencia de 10 de diciembre de 2015 (Rec. 992/2013), y el Tribunal Superior de Justicia de Valladolid en su Sentencia de 29 de diciembre de 2016 (Rec. 346/2016), en la que destaca la cualificación técnica de tales agentes de la autoridad, su objetividad y distancia de los hechos y de las partes, lo que ha sido acogido por esta Comisión al respecto, en algunos dictámenes (como el 220/17, de 1 de junio; el 318/17, de 27 de julio, y el 180/18, de 29 de abril).

Así, del atestado policial se infiere que el accidente se produjo en la avenida Monforte de Lemos frente al número 187. Queda acreditada también la existencia de un *“abombamiento del asfalto sobre la calzada y un pequeño bache con ausencia del sustrato asfáltico”*.

No obstante, la Policía afirmó que no podía realizar un juicio crítico por carecer de elementos suficientes y solo aventuró como hipótesis más probable: que *“pudo ser que ante la presencia de las irregularidades existentes en la calzada, el conductor implicado accionara el freno delantero de su bicicleta produciéndose el volteo de la misma haciendo caer a su conductor”*. Aunque precisó en el reportaje fotográfico que la primera huella de arrastre de la moto se produjo a 11,80 metros de las irregularidades.

El testigo que los reclamantes propusieron no compareció ante el instructor del expediente a prestar declaración, si bien el mismo día del accidente fue interrogado telefónicamente por la Policía y manifestó que iba circulando en su vehículo por detrás del accidentado. En el Dictamen 206/17 de 18 de mayo sostuvimos que la declaración de un testigo ante la Policía en el lugar de los hechos puede dotar a tal testimonio de fuerza aprobatoria suficiente dada la inmediatez a los hechos. En este caso, el testimonio no se recabó inmediatamente en el lugar de los hechos sino horas después y vía telefónica, si bien no manifestó que la causa fuera la existencia de ninguna irregularidad.

De esta forma, no puede considerarse acreditado que las irregularidades existentes en la calzada fueran la causa *“directa e inmediata y exclusiva”* del accidente.

De igual modo, tampoco acredita la relación de causalidad el hecho de que la calzada fuera reparada con posterioridad, pues dicha circunstancia no prueba que las condiciones de la vía no fueran las adecuadas para transitar por la misma sin peligro con una mínima diligencia. Así nos hemos pronunciado, entre otros, en nuestros Dictámenes 221/18, de 17 de mayo, y 62/19 de 21 de febrero, en los que citamos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de noviembre de 2017 (recurso apelación 756/2017), cuando afirma

“que un elemento de la vía pública con un desperfecto de escasa entidad y esquivable sea reparado o sustituido no permite entender que cualquier caída que se haya producido en el entorno de aquél haya sido provocada indefectiblemente por tal motivo y no por otros como, por ejemplo, el que tiene en cuenta la sentencia de instancia, es decir, por falta de atención o cuidado por los peatones”.

Lo cierto es que, de la prueba obrante en el expediente, no puede determinarse cuál ha sido el elemento causante del daño. No existe una prueba directa de cómo se produjo el accidente y cuál fue la causa. En este caso, ni siquiera tenemos la versión que del accidente pudiera hacer el perjudicado y la única versión es la que ofrecen los reclamantes, que no presenciaron la caída.

No obstante, aunque a efectos dialécticos se admitiera que el accidente fue causado por las irregularidades del asfalto (si bien, no se pueda precisar si fue por el abombamiento o por el bache) lo que sí puede afirmarse es que hubo elementos extraños que pudieron influir, alterándolo, en el nexo causal.

Así, el atestado policial dio cuenta de que el ciclista circulaba sin casco y que la bicicleta carecía del cable tensor del freno trasero por lo que estaba inutilizado, dificultando así el poder detener el vehículo ante cualquier causa anómala.

También el testigo presencial interrogado por la Policía corroboró la ausencia de casco del ciclista, y añadió que *“por el lugar circula un ciclista con bastante velocidad, dado que es cuesta abajo”* y tras caer, el testigo paró la circulación para evitar que le atropellaran, sin que viese ningún otro vehículo que pudiera haber motivado la caída. Tampoco mencionó que la causa fueran las irregularidades de la calzada.

Por tanto, en este caso la conducta del perjudicado tuvo una influencia decisiva en el accidente al ir a bastante velocidad, sin casco y con un freno inutilizado, rompiendo así el eventual nexo causal.

En nuestro Dictamen 472/18, de 31 de octubre, nos hacíamos eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya desde su Sentencia de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999/3241) expresaba que *“la doctrina jurisprudencial consolidada mantiene la exoneración de responsabilidad de la Administración pública cuando fue la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (sentencias, entre otras de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 (RJ 1995/1981, RJ 1995/4220, RJ 1995/7049 y RJ 1995/9501), 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8074 y RJ 1996/8754), 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero y 13 de marzo de 1999).*

QUINTA.- Por último, de no mediar la ruptura del nexo causal, la reclamación tampoco podría ser estimada al faltar el requisito de la antijuridicidad del daño pues no puede tenerse por probado que el desperfecto fuera de tal entidad que rebasase los estándares de seguridad exigibles. En esta línea, para que el daño resultase imputable a la Administración competente sería necesario que esta hubiera incurrido, por acción u omisión, en una vulneración de los estándares de seguridad generalmente aplicables en función de las circunstancias concurrentes y del sector de actividad de que se tratase que, en el presente caso, es el derivado de la conservación de las vías públicas. Sólo entonces podría considerarse que el daño es antijurídico y el particular no tendría el deber de soportarlo, conforme establece el artículo 141.1 LRJ-PAC.

En dicho sentido, como es criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, debemos apelar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para medir la imputabilidad a la Administración de los daños relacionados con el pretendido incumplimiento del deber de mantenimiento y conservación de las vías públicas en adecuado estado para el fin que sirven, vinculando la antijuridicidad del daño al ejercicio de aquella competencia dentro de un estándar de calidad adecuado para la seguridad de los viandantes, de acuerdo con la conciencia social. 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).

Para el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 5 de abril de 2018 (recurso 635/2017) recuerda que *“en casos de caídas como la presente, la responsabilidad de la Administración surge cuando el obstáculo en la calle supera lo que es el normal límite de atención exigible en el deambular, si bien ha de precisarse que no es posible reclamar una total uniformidad de la vía pública. Lo exigible es que el estado de la vía sea lo suficientemente uniforme como para resultar fácilmente superable con el nivel de atención que, socialmente, es requerible. Es precisamente cuando sea necesario un nivel de atención superior cuando surgirá, en su caso, la relación de causalidad, siempre que no se rompa dicho nexo por hecho de tercero o de la propia víctima”*.

De esta forma, se trata de que la vía no esté en circunstancias adecuadas de conservación, y de que esa falta de cuidado sea, además, relevante. En otro caso, no existiría título de imputación del daño a la Administración.

Además, hay que recordar que, al estar las irregularidades en la calzada, el estándar de seguridad es inferior al exigido en las aceras, destinadas a transeúntes. En diversos dictámenes, como el 475/16, de 20 de octubre; el 354/17, de 7 de septiembre; el 96/18, de 1 de marzo y el 130/18, de 15 de marzo, aludimos a la diferencia entre el deber de cuidado relativo al lugar destinado al tránsito de peatones y el que va referido a la calzada, dado el volumen de tráfico y el peso que deben soportar las calzadas.

En este caso, no puede tenerse por acreditado que el bache fuera de tal entidad que rebasase los estándares de seguridad exigibles. No se ha probado que el bache que presentaba la calzada fuera de tales características que hiciese peligrosa la circulación rodada de vehículos o de bicicletas y ciclomotores.

Valorado conjuntamente el atestado policial (que describió el bache como *“pequeño”*), la declaración documental de los ciclistas habituales y las fotos realizadas por la Policía e incorporadas al propio atestado se desprende que el bache no era grande, lo que fue corroborado por el informe del Departamento de Vías Públicas, que consideró que no tenía la entidad suficiente para considerarse peligroso. El informe del Departamento de Vías Públicas describía las irregularidades: *“fisuras longitudinales entre los carriles de circulación y transversales producidas por patologías habituales en los pavimentos”*; señalaba la existencia del abombamiento al que se refería la Policía: *“También presenta una reposición junto al registro de alcantarillado”*; y concluía: *“Estos desperfectos no revisten peligrosidad manifiesta”*.

Además esos desperfectos eran perfectamente visibles -ya que el accidente se produjo a plena luz del día- y evitables con un mínimo de diligencia. Recuérdese que uno de los ciclistas que aportaron su

declaración escrita manifestó que cuando iban en grupo se alertaban de la presencia del bache -“*ojo bache*”-.

No puede desconocerse que el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo -que era la normativa vigente en el momento de producirse la caída-, impone a los conductores de vehículos todo tipo unos deberes de diligencia, tales como el de utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y no distracción necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto a sí mismos como a los demás (artículo 9.2); el de estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos (artículo 11.1), y el de tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse (artículo 19.1).

En definitiva, en este caso, no parece que las irregularidades supusiesen un riesgo para el ciclista que no hubiera podido ser evitado con un mínimo de diligencia, máxime cuando era un desperfecto visible, por lo que el daño no puede calificarse de antijurídico.

El instituto de la responsabilidad patrimonial no puede convertirse en un instrumento para la socialización de los riesgos y, entender lo contrario, conllevaría exigir unos niveles de actuación a los servicios públicos completamente inasumibles.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por no haberse acreditado la relación de causalidad ni antijuridicidad del daño.

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 28 de febrero de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 75/19

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid