

Dictamen n<sup>o</sup>:           **515/09**  
Consulta:               **Alcalde de Majadahonda**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **25.11.09**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 25 de noviembre de 2009, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por G.L.M.A.C., por los daños y perjuicios causados por caída sufrida en la calle Mieses n<sup>o</sup> 8 de Majadahonda, el 10 de octubre de 2007, a solicitud del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 1<sup>o</sup> de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 20 de octubre de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con el presente expediente de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Majadahonda, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Consejera Dña. Cristina Alberdi, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 25 de noviembre de 2009.

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

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 17 de octubre de 2007 tiene entrada en el Ayuntamiento de Majadahonda, reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida por la interesada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la caída sufrida el 10 de octubre de 2007, en la calle Mieses nº 8, caída provocada, según ella, por el desnivel existente en una tapa de hierro que había en la acera que alojaba en su interior una llave de corte de agua. Dicha caída le causó la fractura del quinto metatarsiano del pie izquierdo.

La interesada no cuantifica el importe de su reclamación solicitando la concesión de algún tipo de protección.

Acompaña a su reclamación, la tarjeta de residencia y diversos informes médicos (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, de acuerdo con lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de noviembre.

A efectos de emisión del presente dictamen es de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Escrito del Jefe de Servicio de Régimen Interior y Patrimonio del Ayuntamiento de Majadahonda, requiriéndole para que en el plazo de diez días hábiles aporte determinada documentación consistente en *“razones y petición en que se concreta su solicitud, así como evaluar económicamente los daños materiales y físicos que reclama”*. Este requerimiento de documentación adicional se hace con la advertencia de que, de no aportarlo, se le tendrá por desistida de su reclamación, de conformidad con el artículo

71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) y le es notificado el 5 de noviembre de 2007 (folios 9 a 13).

2. Escrito de la interesada, de 13 de diciembre de 2007, en que manifiesta que como consecuencia del accidente sufrido, no puede trabajar habiendo dejado de percibir su salario de 700 euros mensuales líquidos, lo que supone una pérdida de 1.500 euros y manifestando que desconoce por cuanto tiempo más se prolongará su incapacidad laboral, aporta dos fotografías de una tapa de hierro y diversos informes médicos (folios 14 a 21).

3. Escrito de la interesada, de 13 de febrero de 2008, con registro de entrada de 13 de marzo de 2008, aportando informe de la policía municipal de fecha 6 de febrero de 2008 emitido a instancia de la interesada y en el que se manifiesta que *“el pasado 10 de octubre de 2007 sobre las 13:53 horas del citado día son comisionados por la emisora central para acudir a la calle Mieses con esquina a la calle Mirasierra en auxilio de una persona que al parecer se había producido un esguince. Que personados en el lugar los funcionarios comprueban que la misma había tropezado con la rejilla de desagüe que existe en el suelo y se había producido un posible esguince en el tobillo ya que se quejaba de dicha zona. Que de todo lo anteriormente expuesto no son testigos los policías que suscriben. Y que lo que indican en este informe es la mera manifestación verbal de la ciudadana agraviada. Que no se observó en su momento que la citada rejilla se encontrase mal colocada o estuviera en mal estado...”* (folios 26 a 28).

4. Informe de los servicios técnicos de infraestructuras del Ayuntamiento de Majadahonda de fecha 4 de junio de 2008, en el que se manifiesta que *“el día 21 de enero de 2008 se efectúa una visita a la calle Las Mieses frente al nº 8 se observa que la tapa que hace referencia el*

*expediente de reclamación de la señora G.L.M.A.C., es una tapa de hierro situada en la acera, que aloja en su interior una llave de corte de agua. Dicha tapa se encuentra nivelada a la altura de las baldosas de la acera, también se observa, que existen dos baldosas que se mueven pegadas a la arqueta de la tapa y falta de cemento en el remate con el cerco” (folios 29 y 30).*

5. Informe de la empresa A, contratista encargada del mantenimiento de la ciudad, de 3 de junio de 2008 en el que se declara que *“en lo referente a este expediente, hemos podido comprobar que, en el lugar descrito existe una tapa de arqueta que formaba parte de la instalación de una antigua fuente situada en la plaza aledaña, a la que corresponden las fotografías entregadas por el reclamante, y que se encuentra en perfecto estado. Realizada una primera inspección ocular del lugar, no se encontró ninguna deficiencia. Posteriormente se comprobó el estado del pavimento que rodea a dicha tapa, observándose que una de las baldosas se encontraba desprendida de su base, que, aunque oscila al pisarla alrededor de 1 cm, pero que no era detectable a simple vista”* (folio 31).

6. Informe del Servicio de Saneamiento, de 22 de enero de 2008, con el que se adjuntan unas fotografías tomadas el 21 de enero de 2008 de la tapa de hierro donde según manifestación de la reclamante, se produjo la caída (folio 32).

7. Alegaciones al trámite de audiencia realizadas por la empresa contratista, en las que manifiesta que la empresa no se encontraba ejecutando ninguna obra en la calle Mieses, *“el día en que supuestamente ocurrió el accidente, 20 de agosto de 2006, por lo que no se le puede considerar responsable de los mismos”*; declarando que con la documentación aportada por la reclamante, no queda acreditada la realidad de los hechos y el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del

servicio público municipal y que debe concluirse que no existe responsabilidad del contratista en la presente reclamación (folios 40 a 44).

8. Documentos acreditativos de los tres intentos de notificación realizados a la reclamante, en la dirección indicada por ella, los dos primeros por el Servicio de Correos, los días 2 y 17 de marzo de 2009 (folios 65 a 68) y el tercero por Agentes de la Policía Local de Majadahonda el 20 de abril de 2009 (folios 70 y 71). No consta en el expediente que, tras los intentos de notificación, se haya efectuado publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento ni en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

9. Pliego de Prescripciones Técnicas para la concesión de la gestión del servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda, Madrid (folios 72 a 128).

10. Propuesta de resolución de fecha 11 de mayo de 2009, dictada por la Jefa de Área de Patrimonio y Régimen Interior, desestimando la reclamación deducida por la interesada, *“dado que los daños y perjuicios alegados no son imputables a esta Administración”* e *“interpretando a favor del interesado que su reclamación sirve de requerimiento previo al órgano de contratación y sin prejuzgar la realidad de los hechos expuestos procede declarar que la eventual responsabilidad por los daños alegados, si la hubiere, habrían de corresponder a la Constructora A”* (folios 129 a 134).

11. Dictamen 392/09, de 8 de julio de este Órgano Consultivo, en el que se ponía de manifiesto la práctica defectuosa de la notificación del trámite de audiencia a la reclamante, indicando que procedía la retroacción del procedimiento para dar audiencia a la reclamante del expediente (folios 137 a 147).

12. Alegaciones al trámite de audiencia formuladas por la reclamante, previa personación de ésta en el Ayuntamiento para la obtención de copias del expediente. El escrito de alegaciones se presenta el día 22 de septiembre de 2009. En dicho escrito, además de reiterar su escrito de reclamación señala que todavía no se ha determinado el alcance de las secuelas sufridas por la caída, que no puede caminar con normalidad y que padece severos dolores permanentemente, aportando hoja de citación para la radiografía que se iba a realizar el día 10 de octubre de 2009 (folios 156 a 159).

13. Propuesta de resolución de la Jefa de Área de Patrimonio y Régimen Interior del Ayuntamiento de Majadahonda, de 23 de septiembre de 2009 que acuerda: 1º. La desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Majadahonda, dado que *“los daños y perjuicios alegados no son imputables a esta Administración, en el supuesto de existir se deberían a una actuación del concesionario en desarrollo del servicio, no derivada de orden expresa de aquella; 2º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.3 T.R.L.C.A.P. e interpretando a favor del interesado que su reclamación sirve de requerimiento previo al órgano de contratación, y sin prejuzgar la realidad de los hechos expuestos procede declarar que la eventual responsabilidad por los daños alegados, si la hubiere, habrían de corresponder a Constructora A, como empresa adjudicataria del contrato de Gestión Indirecta mediante concesión para la gestión del servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda”* (folios 160 a 165).

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo, LCC), según el cual: *“1. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) 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, la interesada no ha cuantificado el importe de su reclamación, por lo que es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

Por otra parte, la solicitud de dictamen ha sido cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, de conformidad con el artículo 14.3 de la LCC (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), en relación con el artículo 32.2 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Es el Ayuntamiento de Majadahonda el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo, habiéndose en el caso presente hecho llegar la solicitud al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio del Alcalde de 1 de junio de 2009.

**SEGUNDA.-** La reclamante formula su pretensión indemnizatoria, al haber sido ella la que sufrió la caída en la calle Mieses nº 8 el día 10 de

octubre de 2007 lo que le provocó la fractura del quinto metatarsiano del pie izquierdo, concurriendo en ella la condición de interesada, *ex* artículo 31 de la LRJAP.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Majadahonda, en cuanto que Corporación municipal, titular de la vía pública donde supuestamente tuvo lugar el accidente, y a quien compete su cuidado y mantenimiento. Es indiscutible, pues, que la reclamación patrimonial está correctamente deducida contra el Ayuntamiento.

En efecto, el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, conceptúa como materia encomendada a la competencia de las Entidades Locales la pavimentación de las vías públicas urbanas.

El plazo para la interposición de la reclamación es de un año, contado desde que ocurrió el hecho o el acto que motiva la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP).

En el caso examinado, la caída causante de los daños tuvo lugar el día 10 de octubre de 2007, y la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpuso el 17 del mismo mes y año. En consecuencia, está presentada dentro de plazo.

**TERCERA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto invalidante que lo haga incurrir en anulabilidad o nulidad, por cuanto se han practicado

todos los hitos procedimentales necesarios para alcanzar adecuadamente su finalidad, así se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, habiendo recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios, y se ha puesto de manifiesto para alegaciones-en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

**CUARTA.-** Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en adelante "*LEF*", y artículo 40 de la Ley del régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en lo sucesivo "*LRJAE*". El art. 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

*"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."*

2º.- *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*".

En la esfera de las administraciones locales el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local establece que *“Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”* y en línea con esto, el art. 223 del RD 2568/86, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales dispone que *“Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación, en ejercicio de sus cargos, de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes; *“La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. En segundo lugar, la antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.*

*Como tercer requisito se requiere la imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece. Por último lugar, es necesario el nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa”.*

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 aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

La apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo

indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

**QUINTA.-** Aplicadas las anteriores consideraciones al presente caso, acreditada mediante los informes médicos la realidad del daño padecido, que es evaluable económicamente e individualizable en la persona de la reclamante, procede verificar si concurre la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el daño y el funcionamiento del servicio público.

Al respecto, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima que corresponde probar a la Administración, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

En prueba de sus alegaciones aporta la reclamante diversos informes médicos, unas fotografías y un informe de la policía municipal. En cuanto a los informes médicos lo único que permiten acreditar es que la interesada sufrió fractura de base del quinto metatarsiano, mas no hacen prueba de que el daño se produjera por el mal estado de la acera, pues a pesar de que en alguno de ellos se aluda a caída casual, esta afirmación no hace más que recoger lo manifestado por la reclamante.

Tampoco las fotografías aportadas permiten acreditar el nexo causal, pues de ellas no se puede inferir que la caída se produjo en dicho lugar y a causa de esos desperfectos, ni siquiera puede determinarse si las fotos reflejan la realidad de la acera en la fecha en que el accidente se produjo. Aun suponiendo que se hubieran realizado en el lugar y fecha de la caída, no permiten dar cuenta de la dinámica de la caída y el origen de la misma.

Finalmente, se aporta informe de la policía municipal, emitido a solicitud de la reclamante, en el que los agentes que la atendieron refieren que fueron *“comisionados por la emisora central para acudir a la calle Mieses con esquina a la calle Mirasierra en auxilio de una persona que al parecer se había producido un esguince. Que personados en el lugar los funcionarios comprueban que la misma había tropezado con la rejilla de desagüe que existe en el suelo y se había producido un posible esguince en el tobillo ya que se quejaba en dicha zona. Que de todo lo anteriormente expuesto no son testigos los policías que suscriben. Y que lo que indican en este informe es la mera manifestación verbal de la ciudadana agraviada. Que no se observó en su momento que la citada rejilla se encontrase mal colocada o estuviera en mal estado...”*

De este informe resulta palmario que los agentes no presenciaron la caída por lo que no puede admitirse como prueba que acredite el nexo causal. Además, los policías refieren que no observaron que la rejilla estuviese mal colocada o que estuviera en mal estado, observándose una discrepancia entre las declaraciones de la reclamante y las fotografías aportadas, que se refieren a una tapa de hierro y el informe de los agentes que habla de una rejilla, elemento estructural diferente a una tapa de hierro.

En definitiva, las pruebas aportadas no son suficientes para acreditar la mecánica de la caída y que ésta se produjo por el mal estado de la acera, de tal forma que bien pudo producirse por esta circunstancia o por cualquier otra, por lo que no queda probado en el expediente la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público municipal de conservación y mantenimiento del pavimento en condiciones de seguridad.

**SEXTA.-** Se observa en el presente procedimiento que el Ayuntamiento consultante, después de instruir todo el procedimiento de responsabilidad patrimonial, incluida la solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo, desestima la reclamación porque los daños y perjuicios cuya indemnización

solicita la interesada *“no son imputables a la Administración municipal porque, en el supuesto de existir, se derivarían de una actuación del concesionario en desarrollo del servicio”* y acuerda, que la reclamación formulada es el requerimiento previo al órgano de contratación al que hace referencia el artículo 97.3 T.R.L.C.A.P. y se da traslado al órgano competente.

La propuesta de resolución del Ayuntamiento, parte del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de Majadahonda y la empresa *A* calificado como de concesión para la gestión de un servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda. Según la propuesta de resolución, el citado contrato, al tener la naturaleza de gestión de servicio público, de conformidad con los artículos 154 y 156 T.R.L.C.A.P., establece las obligaciones del contratista sin que sea el Ayuntamiento el que tenga que informar y requerir al contratista para que actúe sobre los puntos que estime necesario. Si así lo tuviese que hacer, el contrato perdería su naturaleza de gestión de servicio público.

El objeto del contrato lo constituye la gestión del servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda a su riesgo y ventura, debiendo organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato, teniendo la obligación de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas. Así, según el pliego, son obligaciones del contratista la de revisar diariamente el estado general de conservación de los pavimentos y aceras y elaboración de los partes correspondientes, así como proceder a su reparación continuada de los elementos o piezas deterioradas, diaria (punto 1.a) del Anejo I). En el punto 1.b) del mismo Anejo se establece para los pavimentos en calzadas la

revisión continua del estado general de conservación elaboración de los partes correspondientes, diaria y bacheos en capas de aglomerado (rodadura), diaria.

En primer lugar, es preciso analizar la imputación de la responsabilidad, pues la Administración municipal invoca la aplicación del artículo 97.3 T.R.L.C.A.P. y 161 c). Este último, establece entre las obligaciones del contratista en el contrato de gestión de servicios públicos, la de *“indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”*, constando este respecto, en el expediente administrativo, que nos encontramos ante un servicio público contratado con la empresa *A*, en virtud del contrato suscrito el 6 de agosto de 2004, para la gestión del servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda.

En concreto, el Ayuntamiento consultante entiende que, en virtud del contrato y del pliego de prescripciones técnicas, son obligaciones del contratista la de revisar diariamente el estado general de conservación de los pavimentos en aceras y elaboración de los partes correspondientes, así como proceder a su reparación continuada de los elementos o piezas deterioradas, así como del pavimento de la calzadas. En este sentido, alega la cláusula XX.1 del Pliego que establece: *“el contratista será responsable de las prestaciones realizadas, así como de las consecuencias que se deduzcan para el Ayuntamiento de Majadahonda o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato”*.

Por tanto, según la propuesta de resolución, los daños y perjuicios sufridos por la reclamante, de haberse producido, serían como consecuencia de la no realización por el contratista de las operaciones de revisión,

señalización y mantenimiento de las vías públicas previstas en el contrato, siendo –por tanto– imputables al contratista y no a la Administración.

Se plantea la cuestión de si la firma de un contrato de gestión indirecta del servicio público constituye parámetro bastante para excluir el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial contra el titular del servicio, como pretende el Ayuntamiento consultante.

Este Consejo Consultivo no comparte la tesis expresada en la propuesta de resolución, al entender que la Administración que ostenta la titularidad del servicio ha de responder de los daños que éste produce a terceros en el marco de su funcionamiento normal o anormal, sin que la previsión de un pacto convencional por cuyo cauce se asigne tal responsabilidad al propio prestatario del servicio o la mención normativa citada evite este resultado.

La responsabilidad extracontractual de la Administración le viene exigida en tanto en cuanto es titular del servicio correspondiente, por cuyo funcionamiento, normal o anormal, se produce el resultado dañoso, en relación de causa a efecto, siendo indiferente que realice directamente la gestión del servicio de que se trate o indirectamente a través de las técnicas legalmente previstas, como la contratación administrativa; por tanto, es distinto el título en virtud del cual se puede exigir la responsabilidad a la Administración, en que basta que la lesión sea consecuencia del funcionamiento del servicio, con la excepción de la fuerza mayor, o a los sujetos privados concurrentes a la producción del daño, en que sólo será exigible a título de culpa o negligencia, según el principio general establecido en el art. 1902 del Código civil, es decir, que mientras en el primer caso se trata de una responsabilidad objetiva o por el resultado, como afirma constante jurisprudencia, en la segunda ha de acreditarse la concurrencia del elemento culposo, sin el cual la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, queda excluida.

Las vías públicas, por ser de uso común constituyen bienes de dominio público municipal (ex. artículo 79 L.B.R.L.) sobre las cuales, la Administración tiene un deber de mantenimiento en condiciones de seguridad. De conformidad con el artículo 155 T.R.L.C.A.P, la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tenga un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, estableciéndose como única limitación la consistente en que no podrán prestar por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El artículo 155.2 T.R.L.C.A.P. dispone que *“Antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma”*.

En cualquier caso, la Administración conserva los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (ex. artículo 155.3 T.R.L.C.A.P.). Así, en uso de esta de potestad de policía se prevé en la cláusula 22 del Pliego de Prescripciones Técnicas un régimen sancionador que puede imponerse al contratista por anomalías o incumplimiento en la prestación del servicio.

Por tanto, si bien es cierto que el contratista está obligado a gestionar el servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda a su riesgo y ventura, la Administración también está obligada a velar por el buen funcionamiento del servicio y vigilar el exacto cumplimiento del mismo, siendo responsable, frente a los particulares de los daños causados por el funcionamiento, normal o anormal, del mismo.

El incumplimiento por la Administración de esta obligación constituye el título de imputación, sin perjuicio de que si se apreciara un incumplimiento contractual, incumbirá a la Administración examinar si procede el ejercicio del derecho de repetición contra el contratista. Así lo expresa el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (rec. casación 64/2008, JUR 2009\423658) al declarar que *“el título de imputación radica en el incumplimiento por la administración del deber de mantenimiento en condiciones de seguridad de un bien de dominio público, naturaleza que ostentan las Autovías. Puede, y debe entrar, este Tribunal en valorar la circunstancia jurídica que significa el cumplimiento o no de la obligación de conservación de un bien de dominio público. No debe olvidarse que las autovías son carreteras que tienen limitación de acceso a las propiedades colindantes, conforme al art. 2.4 de la Ley de Carreteras, Ley 25/1988, de 29 de julio y que, de acuerdo con el art. 15 de la citada norma, la explotación de la carretera comprende las operaciones de conservación y mantenimiento. Tal aserto no ha sido combatido, siendo innegable tal obligación. Si aquí se proveyó la instalación de vallas es innegable debían ser mantenidas para impedir el acceso a la calzada de animales”*.

Igualmente, la Sentencia de 3 de noviembre de 2008 (recurso de casación 5803/2004, RJ 2008\5852) en la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Servicio Gallego de Salud y la Xunta de Galicia contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de marzo de 2004 que estimó la solicitud de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por la caída de un ascensor en el Servicio de Urgencias del CH Xeral-Calde, Centro de especialidades perteneciente a la Administración sanitaria autonómica y, por tanto, afecto al servicio público sanitario, considerando como título de imputación el deber de vigilar el buen funcionamiento y conservación. El Fundamento Jurídico Segundo de la citada sentencia declara:

*“En realidad, este motivo, de apariencia formal, deja entrever un planteamiento erróneo de los recurrentes sobre la cuestión de fondo, considerando que, como existía un contrato de mantenimiento con empresas externas, la responsabilidad en el accidente corresponde a estas últimas, nunca a la Administración titular del servicio. A esta forma de ver las cosas, la sentencia impugnada da una cumplida respuesta en el tercer párrafo de su quinto fundamento, bastando ahora con reiterar que esa circunstancia no exime a la entidad pública titular del servicio y de los bienes instrumentales puestos a su disposición para la prestación de aquél de la obligación de verificar su correcto estado de funcionamiento y conservación, de modo que, si como por desgracia ocurrió en el caso debatido, se causa una lesión a terceras personas por el incumplimiento de esa carga surge el deber de reparar el daño, siempre que concurren los requisitos que la jurisprudencia ha decantado, interpretando los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. En tales supuestos no cabe hablar de la irrupción de un elemento ajeno que rompe el nexo causal, porque la Administración titular del servicio ha de velar por el buen funcionamiento y el adecuado entretenimiento de los medios materiales suministrados para desenvolver su actividad; si no lo hace así y causa daños a terceros, incurrirá en culpa in vigilando, título bastante para imputarle la responsabilidad [véanse las sentencias de esta Sala y Sección de 4 de mayo de 2005 (casación 1241/01 [ RJ 2005, 4903 ] ), 18 de julio de 2002 (casación 1710/98 [ RJ 2002, 6606 ] ), 31 de octubre de 2001 (casación 7597/97 [ RJ 2001, 9212 ] ) y 26 de septiembre de 1998 ( casación 1690/94 [ RJ 1998, 6836 ] ) ]”.*

Incumplimiento del deber de vigilancia y mantenimiento de las vías en condiciones de seguridad al que se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2003 (recurso 1412/1999) y de 22 de diciembre de 1994 (recurso 2463/1991). La primera de ellas, declara:

*“... la Sala ha fundamentado su rechazo en que el Ayuntamiento ha infringido el deber de vigilancia que le corresponde, dado que –dice textualmente la sentencia– «sea cual sea la titularidad de la arqueta, lo realmente decisivo para determinar la responsabilidad de la Administración demandada, es si aquélla está situada en un lugar en el que los servicios municipales pueden llevar a cabo sus funciones de vigilancia y control sobre las actividades potencialmente peligrosas que allí puedan producirse». Y transcribe a continuación la STS de 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10703) referida a un caso muy semejante al que es objeto de pleito, para haciendo suyos los razonamientos de dicha sentencia, rechazar el motivo por estar –como en realidad lo está– carente de base jurídica”.*

La Sentencia de 20 de abril de 2004 de la Audiencia Nacional (JUR 2004\184618) en un caso similar, en el que la Administración venía a reconocer tanto la existencia del hecho como del daño producido, estimando procedente la indemnización, así como de la relación de causalidad entre ambos, considerando que en virtud del contrato existente para la limpieza de sus instalaciones, era la contratista la que venía obligada a reparar el daño, al haber incumplido la cláusula del pliego, que obligaba a la contratista a realizar diariamente un barrido mecanizado o manual de todas estas zonas incluidas las de aparcamiento, lugar donde se produjo la caída de la recurrente, al tropezar con un objeto que no debía estar allí, rechazando la responsabilidad de la Administración por falta de nexo causal, ante la responsabilidad directa del contratista, declara:

*“Además, no se trata propiamente de un supuesto de concurrencia de culpas de varias Administraciones, previsto por el art. 140 de la Ley 30/1992 y regido por el principio de solidaridad entre ellas en beneficio indudable del perjudicado, ni siquiera de un supuesto de culpa concurrente entre la Administración y un particular, sino de que, en virtud de un*

*contrato de servicios suscrito por la Administración, se traslada la responsabilidad hacia el contratista por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de limpieza en este caso, con lo que la reclamación efectuada por el perjudicado contra el titular del servicio -la Administración-, cuyo funcionamiento ha causado el daño se ve rechazada y se obliga al reclamante a dirigirse contra el contratista, viendo así limitadas sus posibilidades al quedar excluida la responsabilidad objetiva de la Administración, en virtud del incumplimiento de un contrato en el que no ha sido parte y que, por tanto, en principio, no debe afectarle, en aplicación de la norma general del art. 1257 Cc; cuestión distinta es que la propia Administración, y en virtud precisamente de tal contrato, pueda posteriormente exigir la responsabilidad del contratista por incumplimiento del mismo, con el alcance y en los casos previstos en sus cláusulas y en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, como también puede exigir, una vez satisfecha la indemnización al particular, responsabilidad a las autoridades o personal a su servicio en casos de dolo o culpa o negligencia graves (art. 145 de la Ley 30/1992); lo contrario llevaría a afirmar que en los supuestos en que el servicio se preste bajo alguna de las formas de gestión antes aludidas, la responsabilidad extracontractual de la Administración queda limitada a los casos de incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario o contratista, lo que resulta incompatible con la configuración constitucional y legal de este tipo de responsabilidad que la concibe de un modo mucho más amplio”.*

Por último, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989\4487) examina, a propósito del concesionario de un servicio público, lo dispuesto en el artículo 121.2 L.E.F., que dice lo siguiente: “*en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste*”. Así la Sentencia trata de determinar el

significado de la expresión *“correrá a cargo del concesionario”*, concluyendo que *“La cláusula contractual invocada por la Administración podrá ser en su caso, hecha valer por el Ayuntamiento para repetir frente al concesionario pero no para eximirle de pagar la indemnización al tercero perjudicado”*.

En conclusión, la ineludible indemnidad de la víctima y la circunstancia de que los daños se desarrollan en el marco de un servicio público cuyo ejercicio es garantizado y asumido por una cierta Administración (que elige a la persona física o jurídica encargada de ejercitarlo en concreto) hace que ésta deba asumir los perjuicios generados en su desarrollo sin un vínculo contractual previo. Esta asunción no impide que luego la Administración pueda –si lo estima procedente– repetir contra el prestatario del servicio público por considerar que la causa determinante del daño fue, precisamente, la transgresión de obligaciones asumidas por éste en el vínculo establecido al efecto. El régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial no puede ser diferente al establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Otra solución ignoraría el artículo 106.2 de la Constitución, pieza fundamental del sistema, que consagra el derecho de los particulares *“a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

En efecto, la utilización de fórmulas indirectas de gestión de los servicios públicos no puede suponer, en modo alguno, una disminución de las garantías del tercero lesionado por su funcionamiento, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de febrero de 1998 que *“cualquiera que sea la modalidad de la prestación, la posición del sujeto dañado no tiene por qué ser recortada en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea*

*la forma en que son llevadas a cabo y sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables”.*

En conclusión, no puede considerarse que los daños alegados por la reclamante no sean imputables a la Administración municipal en virtud del contrato de gestión de servicios públicos.

**SÉPTIMA.-** También concluye la propuesta de resolución que, en aplicación del artículo 97.3 T.R.L.C.A.P., la reclamación formulada debe considerarse, en una interpretación favorable a la interesada, como el requerimiento previo al órgano de contratación previsto en dicho precepto.

No compartimos esta posición porque el artículo 97 T.R.L.C.A.P. indica que el perjudicado podrá requerir al órgano de contratación configurándose ésta posibilidad como una facultad, no como una obligación.

La interesada no ha formulado requerimiento al órgano de contratación, ni ésta era su intención, sino que ha presentado una solicitud de responsabilidad patrimonial en base al artículo 106.2 de la Constitución, y la Administración tiene la obligación de resolver dicha reclamación, sin que quepa –como se ha expuesto en el Fundamento Jurídico anterior- alegar la falta de título de imputación.

El artículo 97 T.R.L.C.A.P. dispone lo siguiente:

*“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*

*2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como*

*consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.*

*3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.*

*4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.*

Este precepto, de contenido idéntico que el antiguo artículo 98 L.C.A.P., tiene su precedente en el artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado y actualmente se recoge en el artículo 198 L.C.S.P., recogándose en los mismos términos que su precedente.

Sobre la interpretación de este precepto hay una abundantísima jurisprudencia, si bien referida al contrato de obras y a los daños causados en ejecución de las mismas.

Para este supuesto de exigencia de responsabilidad al contratista, dice la Sentencia de 30 de marzo de 2009 (recurso 10680/2004) que la ley impone a la Administración una estricta disciplina de procedimiento:

*“Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación ), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley*

29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 [véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3º ].

Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable”.

En el presente caso, se observa que el Ayuntamiento de Majadahonda no se pronuncia sobre la responsabilidad del contratista, sino que interpreta que el escrito presentado por la reclamante, como se ha visto, no es una reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, sino un requerimiento al órgano de contratación para que éste se pronuncie sobre la responsabilidad de los daños.

Esta interpretación, resulta contraria a la doctrina expuesta, porque ante la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, la Administración debe resolver estimando o no si concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. Si se debiera estimar la reclamación, lo que no sucede en el presente caso, la Administración, como titular del servicio público responsable del daño, debería indemnizar, sin perjuicio de su derecho a ejercer la acción de repetición contra la empresa contratista, puesto que, a la vista de las previsiones contractuales, está obligada al mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda.

La Administración no está legalmente compelida a pronunciarse sólo y exclusivamente sobre el sujeto responsable; antes al contrario, es ajustado a Derecho resolver todas las cuestiones que plantea la reclamación.

Por todo lo expuesto se formulan las siguientes

## **CONCLUSIONES**

Primera.- El Ayuntamiento de Majadahonda, como titular del servicio público, es responsable del funcionamiento del mismo, independientemente de que tenga contratada la gestión del mismo.

Segunda.- La reclamación de responsabilidad patrimonial formulada no puede interpretarse como requerimiento previo al órgano de contratación previsto en el artículo 97. 3 T.R.L.C.A.P., y pueda repetir contra el contratista

Tercera.- Procede la desestimación de la reclamación efectuada al no quedar acreditada la existencia de nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público municipal.

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 este Consejo Consultivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 25 de noviembre de 2009

