

Dictamen n^o **76/14**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **12.02.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 12 de febrero de 2014, emitido ante la consulta formulada por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por P.C.L., sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid, por los perjuicios causados por el fallecimiento de su pareja en accidente de tráfico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en el registro general de la Subdelegación del Gobierno en Granada el 22 de septiembre de 2011 la interesada formula reclamación por los perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de su “*marido*”, como consecuencia del impacto contra un árbol cuando circulaba el 1 de febrero de 2011 por la Avenida del Padre Huidobro, a la altura del km. 5,700.

Posteriormente subsanaría su escrito de reclamación respecto a la fecha real del accidente, el cual aconteció el 21 de febrero de 2011.

Refiere la reclamante que la caída del árbol fue debida a la acción del viento, dada la poca resistencia que ofrecía el cepellón de aquél, y

considera que el Ayuntamiento de Madrid es responsable del fallecimiento, puesto que de haberse procurado el buen estado y mantenimiento del citado árbol, dicho siniestro no se habría producido.

Acompaña al escrito de reclamación atestado instruido por accidente de tráfico, y certificado de datos climatológicos de la fecha del accidente, emitido por la Agencia Estatal de Meteorología, en el que se hace constar velocidad del viento de 30 km/hora, con racha de máxima velocidad de 59 km/hora, a las 21:40 y de 34 km/hora, con racha de máxima velocidad de 65.5 km/hora, a las 21:50.

SEGUNDO.- Ante la reclamación se ha incoado expediente de responsabilidad patrimonial. Mediante notificación efectuada el 31 de octubre de 2011, se practica requerimiento para que se complete la solicitud en el sentido de aportar acreditación como heredera, autorización de otros herederos para actuar en su nombre y declaración suscrita por todos ellos de que no han sido ni van a ser indemnizados por otra entidad. El 17 de noviembre de 2011, la interesada presenta escrito al que adjunta copia de acta final de declaración de herederos abintestato del fallecido, de la que resulta que el heredero intestato de aquél es únicamente su padre.

Mediante notificación efectuada el 11 de febrero de 2012, se practica nuevo requerimiento a fin de aportar documentación acreditativa de la relación conyugal con el fallecido. Se cumplimenta el citado requerimiento y mediante escrito presentado el 21 de marzo, en él la interesada subsana su escrito de reclamación respecto a la fecha del accidente, la correcta el 21 de febrero de 2011 y expone que no llegó a contraer matrimonio con el fallecido, con el que tuvo durante años una relación estable de pareja de hecho, para cuya acreditación aporta certificado de inscripción padronal en el que constan tanto el difunto como la reclamante desde el 27 de octubre de 2009 hasta la fecha de

fallecimiento del primero. También aporta documentación de titularidad conjunta de una cuenta bancaria en la que afirma tener domiciliado el pago de una hipoteca solicitada por ambos, aunque no presenta documentación sobre el préstamo hipotecario.

Se incorpora el informe de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil, de 2 de febrero de 2012, que indica que el 21 de febrero de 2011 intervino el Servicio de Extinción en la Autovía de La Coruña A6, con ocasión de un siniestro consistente en un accidente de tráfico ocasionado por la caída de un árbol, que golpeó a un motorista, debido *“posiblemente a las fuertes rachas de viento”*. Añade que *“en el parte figura que se trataba de un árbol de gran porte que había caído sobre la A-6 debido a la acción del viento y que había invadido dos de los tres carriles de la misma. Los facultativos del SAMUR que atendieron al accidentado certificaron su fallecimiento”*.

Se incorpora, igualmente, informe de la Subdirección General de Zonas Verdes y Arbolado Urbano, de 20 de enero de 2012, que indica que el árbol en cuestión no estaba incluido en el listado del Servicio de Conservación de Zonas Verdes Municipales de Madrid, y señala que la conservación de dicha zona es competencia de la Dirección General de Vías y Espacios Públicos. Ésta, con fecha 13 de junio de 2012, emite informe en el que, en relación con el siniestro, indica que no es posible determinar la existencia de imputabilidad a la Administración ya que pudieron ser las fuertes rachas de viento alcanzadas el día de los hechos la causa principal de la caída del árbol, siendo esta circunstancia fortuita y ajena al proceder de la Administración. Señala además que la empresa adjudicataria efectuó los oportunos recorridos de vigilancia e inspección en el tramo donde se produjo el accidente, sin observar anomalía alguna en el arbolado.

Consta un segundo informe del jefe de la Unidad Técnica de Conservación 3 de la Dirección General de Vías y Espacios Públicos, de 8 de octubre de 2012, en el que indica que entre las obligaciones asumidas por el adjudicatario del servicio de conservación se incluye la conservación y mantenimiento de las plantaciones existentes en las jardineras de la A-6 en el tramo de referencia, no existiendo periodicidad fijada para la vigilancia e inspección en concreto de esos elementos, pero con la obligación de un servicio de vigilancia específico permanente de todos los tramos de carretera objeto del contrato, con el fin de detectar cualquier incidencia visible que pudiera afectar a las carreteras. Añade que el servicio se prestaba con normalidad según contrato y se prestó el día de los hechos sin detectarse anomalía visible alguna. A dicho informe se adjunta el elaborado por un ingeniero técnico forestal el 24 de febrero de 2011, en el que concluye, en síntesis, que la caída del árbol fue consecuencia de la pudrición del tronco en la zona enterrada del mismo junto con las fuertes ráfagas de viento registradas ese día. Añade que los problemas del árbol no pudieron apreciarse al mantenerse con vida su parte aérea gracias al desarrollo de raíces superficiales provocadas por el encajonamiento del árbol en una jardinera.

Una vez instruido el procedimiento, se ha procedido a dar trámite de audiencia y vista del expediente a la empresa contratista encargada de la conservación integral de la carretera en la que ocurrió el incidente mediante escrito de 4 de enero de 2013, cuya recepción se acredita con el correspondiente acuse de recibo debidamente firmado.

El 25 de enero de 2013 esta empresa presenta escrito de alegaciones en el que señala que para la realización de los trabajos de apeos y talas de arbolado se requiere autorización expresa de la Dirección General de Patrimonio Verde subrayando que, de acuerdo con el informe emitido por el jefe de la Unidad Técnica de Conservación 3, de 8 de octubre, el servicio se prestó con normalidad. Hace referencia al derecho de los

particulares a ser indemnizados por toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor, y reproduce parcialmente el informe emitido por el ingeniero técnico forestal, de 24 de febrero de 2011.

Se ha procedido, igualmente, a dar trámite de audiencia y vista del expediente a la reclamante, mediante escrito de 4 de enero de 2013, cuya recepción se acredita con el correspondiente acuse de recibo debidamente firmado.

El 25 de enero de 2013, presenta escrito de alegaciones en el que considera acreditada la responsabilidad de la Administración dado que no concurren los requisitos legalmente establecidos para poder considerar un caso de fuerza mayor el fallecimiento de su pareja, puesto que el árbol en cuestión había sufrido daños durante un largo periodo de tiempo, hecho que la Administración debería haber previsto y solucionado.

El 25 de octubre de 2013, la jefa del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, formula propuesta de resolución desestimatoria, al no haberse acreditado la legitimación para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial ya que considera que la condición de la interesada como pareja del hecho del difunto no ha sido debidamente probada mediante

“(...) los posibles medios de acreditación de una pareja de hecho”, como “las llamadas capitulaciones «paramatrimoniales» y declaraciones de convivencia efectuadas ante notario que acreditan la existencia de la unión desde la fecha de su otorgamiento o firma (...), contratos privados celebrados entre los miembros de la pareja, con alcance similar a las capitulaciones que se acaban de mencionar así como los contratos con terceros, como arrendamientos, ventas,

etc., que demostrarían la existencia de una vida en común y de una disposición en común de bienes. Finalmente, la existencia de la pareja de hecho se acredita mediante la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o en el lugar de residencia”.

Añade que, en todo caso, aunque hubiera probado la relación de convivencia

“No se alude en absoluto, en los citados escritos a la naturaleza del supuesto daño, que sería de carácter moral, atendiendo a las circunstancias descritas, pues el perjuicio lo sería, en caso de haberse acreditado, por el título de convivencia y afectividad con el fallecido, por lo que, como se ha dicho, aun cuando hubiera acreditado la relación de convivencia, tampoco procedería reconocer que la reclamante la legitimación que pretende, al desconocer el perjuicio que se la habría irrogado”.

Esta conclusión la fundamenta con cita de nuestro Dictamen 402/10, de 24 de noviembre en el que afirmamos:

“Sin embargo, dado que en el escrito de reclamación inicial no se hace mención en absoluto al daño moral sufrido por la esposa, ni esta aclara más tarde (...), que el concepto en el que reclama es por haber sufrido un daño moral derivado de ese fallecimiento (...) entendemos que (...) carece de legitimación pasiva (sic) en este asunto”.

TERCERO.- Con fecha 20 de septiembre de 2012, la reclamante, junto con padre del fallecido, interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de esta reclamación y de otra presentada el 16 de febrero de 2012 por el padre del fallecido que no ha sido remitida a esta órgano

consultivo pero que consta entre la documentación aportada junto con su escrito de recurso.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 8 de enero de 2014 y ha recibido el número de expediente 1/14, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 12 de febrero de 2014, por ocho votos a favor y el voto en contra del Presidente, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, que en soporte CD, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f)1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 12 de febrero de 2014.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en 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 en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del 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 aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho la propuesta de resolución es de desestimación de la reclamación por falta de legitimación activa de la interesada.

En primer lugar hemos de examinar si la reclamante acredita o no suficientemente su condición de pareja de hecho del fallecido. En este sentido, la propuesta de resolución expone los medios por los que considera que dicha condición podría resultar probada y entre ellos cita *“contratos con terceros, como arrendamientos, ventas, etc., que demostrarían la existencia de una vida en común y de una disposición en común de bienes”*. Lo cierto es que la interesada ha aportado un documento bancario en el que consta como titular de una cuenta junto con el fallecido, lo que entraña un contrato con tercero (el banco) que demuestra una disposición de bienes en común, por lo que, con dicho documento hubiera debido bastar al Ayuntamiento para considerar

acreditada, de acuerdo a su propio estándar de exigencia, la legitimación activa de la reclamante.

Además de ello, la interesada aporta un certificado de empadronamiento en el que consta que vivía en el mismo domicilio que el fallecido. El certificado de empadronamiento es el documento exigido por el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (en su redacción dada por la Ley 40 /2007) para acreditar una relación de afectividad análoga a la conyugal a los efectos de abono de pensión de viudedad.

La jurisprudencia establecida en esta materia por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, fijada en la Sentencia de 25 de mayo de 2010 (recurso 2969/2009) y reiterada en las Sentencias de 24 de junio y 6 de julio de 2010 (recursos 4271/2009 y 3411/2009, respectivamente, es la de que dicha convivencia puede acreditar por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

En el presente caso, además del certificado de empadronamiento y de la acreditación de la titularidad de una cuenta conjunta no cabe obviar la presentación por parte de la interesada de un recurso contencioso administrativo junto al padre del reclamante, hecho que, valorado junto a la documentación aportada, permite inferir la veracidad de la afirmación de que la reclamante y el fallecido constituían una pareja de hecho.

Respecto de la falta de determinación del daño por el que se reclama como criterio para obviar la legitimación activa, no podemos tampoco compartir lo expresado en la propuesta de resolución y ello por dos motivos:

En primer lugar, porque la reclamante solicita indemnización *“por los daños y perjuicios que me corresponden”*, entre los que cabe incluir el daño moral que provoca el fallecimiento de una persona. El daño moral se

presume en tales casos, según notoria doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, porque el Ayuntamiento fundamenta ese criterio en un dictamen de este órgano consultivo que cita erróneamente. En efecto, nuestro Dictamen 402/10, de 24 de noviembre de 2010 no se limita a negar la legitimación activa de la esposa del fallecido porque no solicitase indemnización del daño moral en el escrito de reclamación, como parece desprenderse de la cita parcial efectuada en la propuesta de resolución, sino que se la negaba porque la viuda pretendía, en aquel caso, suceder procedimentalmente a su esposo fallecido en la reclamación formulada por éste, reclamación ésta en la que se pretendía la indemnización de unos daños que, por ser personalísimos (el daño moral invocado era el padecido por el difunto y no por su esposa), no eran transmisibles *iure hereditatis*. En definitiva, se trataba de un caso que poco tiene que ver con el que ahora examinamos.

En el presente caso objeto, la reclamante solicita indemnización por todos los daños, lo que implicará examinar si se acredita algún daño además del moral que, como hemos indicado, cabe considerar incluido en la expresión genérica expresada por la interesada.

En atención a lo expuesto, este Consejo Consultivo entiende que concurre en la reclamante legitimación activa por el daño moral ocasionado por la muerte de su pareja.

También se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto que titular de la competencia de conservación y pavimentación de las vías públicas *ex* artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, según la redacción vigente en el momento de los hechos, o de cuidado y mantenimiento de las vías públicas según la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de

diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En cuanto al plazo para la interposición de la reclamación, el accidente y fallecimiento de la pareja de la reclamante se produjo el 21 de febrero de 2011 y la reclamación se interpuso el 22 de septiembre del mismo año, por lo que se respeta el plazo que establece el artículo 142.5 LRJ-PAC.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable.

TERCERA.- Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos 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, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En el caso objeto del presente dictamen, ya hemos adelantado en la consideración jurídica anterior que procede considerar el daño moral, cuya presunción ante el fallecimiento de una persona no exige prueba. Sin embargo, la interesada no acredita ningún otro daño, por lo que solo tiene carácter indemnizable el citado daño moral.

Procede a continuación analizar si el daño moral reclamado es imputable al funcionamiento de los servicios públicos municipales.

Debemos examinar en primer lugar si concurre relación de causalidad entre el accidente sufrido por el fallecido y el servicio público, materia en

la que la carga de la prueba recae sobre quien reclama la indemnización por responsabilidad.

Sin embargo, procede la inversión de la carga de la prueba en casos como el presente en el que la sola presencia del árbol caído sobre la carretera implica la obligación de que la administración acredite que su actuación se ajustó a los estándares de calidad y seguridad exigibles.

Este criterio es el seguido por este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, como el Dictamen 32/14, de 22 de enero, entre otros, en el que expresábamos compartir el criterio expuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 897/2005, de 14 de octubre, que contempla igualmente el caso de una reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por los daños causados tras accidente de circulación, ocasionado por la presencia de una placa de hielo en la calzada por la que el vehículo circulaba, que propició la pérdida de control del mismo y su salida de la carretera- la que afirma que:

“Corresponde a la parte actora que reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración acreditar la realidad de los hechos en que se fundamenta dicha pretensión y en particular que las consecuencias dañosas derivan del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es decir, le corresponde probar el nexo causal o relación causa efecto entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público que, para el caso que nos ocupa, supone que le incumbe probar la existencia del accidente y que los daños sufridos derivan del mal estado de la calzada. Una vez acreditado dicho extremo, y en virtud del principio de responsabilidad objetiva que rige en materia de responsabilidad patrimonial administrativa, la carga de la prueba se desplaza

hacia la Administración que debe probar las causas de exoneración (...)”.

Con esta finalidad probatoria, la Administración ha recabado de la UTE encargada de la conservación de la carretera un informe elaborado por un ingeniero técnico forestal el 24 de febrero de 2011, en el que se concluye, en síntesis, que la caída del árbol fue consecuencia de la pudrición del tronco en la zona enterrada del mismo junto con las fuertes ráfagas de viento registradas ese día. Añade que los problemas del árbol no pudieron apreciarse al mantenerse con vida su parte aérea gracias al desarrollo de raíces superficiales provocadas por el encajonamiento del árbol en una jardinera.

La imposibilidad de detectar los problemas del árbol al mantenerse con vida en la superficie determina, a su vez, la imposibilidad de adoptar medidas de tala del mismo por no existir razones aparentes para su adopción. El minucioso informe del ingeniero técnico forestal (folios 109 a 115) analiza, a partir de los restos del árbol (un ejemplar de *Ulmus minor*), su probable historia, estableciendo que podría tener una edad entre 40 y 47 años y que, desde los 15 años, a causa de un traumatismo no especificado, ha tenido un crecimiento anormal. Este informe, que, obviamente, se lleva a cabo una vez caído el árbol y con estudio de sus anillos de crecimiento, es, sin embargo, muy claro en cuanto a la imposibilidad de la apreciación externa de la mala salud del *Ulmus minor* del caso. Y parece necesario enfatizar que la debida vigilancia del estado de la vía pública no comprende razonablemente estudios individualizados de todos y cada uno de los árboles cuando estos no muestran signos externos de un deterioro que ponga en peligro la vida, la integridad física o los bienes de quienes transitan por aquella.

A este respecto procede recordar que la imputabilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene como título el

deber de mantenimiento y conservación de las vías públicas, lo que determina que el daño sea antijurídico cuando el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

En el caso objeto del presente dictamen el informe de la Dirección General de Vías y Espacios Públicos expresa que el servicio se prestaba con normalidad y que el día de los hechos no se detectó anomalía alguna. Ello, unido a la imposibilidad de detectar el estado de putrefacción del árbol en su parte soterrada, permite considerar que la actuación de la Administración se ajustó al estándar de seguridad exigible, lo que determina la inexistencia de antijuridicidad en el daño reclamado.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración al no concurrir el requisito de antijuridicidad en el 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 este Consejo 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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO, D. MARIANO ZABÍA LASALA

«Mariano Zabía Lasala, Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho consejo, formulo voto particular discrepante con el dictamen 76/14 aprobado mayoritariamente por el citado Consejo el día 12 de febrero de 2014, respecto de la reclamación formulada por P.C.L., sobre responsabilidad patrimonial del ayuntamiento de Madrid, por los perjuicios causados por el fallecimiento de su pareja en accidente de tráfico.

Mi criterio discrepante respecto al de la mayoría del Consejo se fundamenta en los siguientes motivos.

1. El dictamen del que discrepo parte del hecho de que *“la caída del árbol fue consecuencia de la pudrición del tronco en la zona enterrada del mismo junto con las fuertes ráfagas de viento registradas ese día. Tal como se recoge en el dictamen que origina este voto particular, “los problemas del árbol no pudieron apreciarse al mantenerse con vida su parte aérea gracias al desarrollo de raíces superficiales provocadas por el encajonamiento del árbol en una jardinera. La imposibilidad de detectar los problemas del árbol al mantenerse con vida en la superficie determina, a su vez, la imposibilidad de adoptar medidas de tala del mismo por no existir razones aparentes para su adopción. Por otra parte, se estima, de acuerdo con el informe de la Dirección General de Vías y Espacios Públicos del Ayuntamiento de Madrid que el servicio (de conservación y mantenimiento) se prestaba con normalidad y que el día de los hechos no se detectó anomalía alguna” lo que “unido a la imposibilidad de detectar el estado de putrefacción del árbol en su parte*

soterrada, permite considerar que la actuación de la Administración se ajustó al estándar de seguridad exigible, lo que determina la inexistencia de antijuridicidad en el daño reclamado”.

Los hechos recogidos en el párrafo anterior se desprenden, de acuerdo con el tenor literal del dictamen aprobado mayoritariamente por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su sesión del pasado día 12 de febrero, de un informe elaborado por un ingeniero técnico forestal el 24 de febrero de 2011 a petición de la UTE encargada de la conservación de la carretera donde sucedió el siniestro. Sin embargo, las conclusiones del mencionado informe aportan otros elementos que, a mi juicio, no han sido tomados en consideración en el dictamen del que discrepo y que en ningún caso pueden considerarse irrelevantes para la solución del caso controvertido. Así (transcribo literalmente el último y más significativo párrafo de las mencionadas conclusiones) *“se puede concluir por tanto, que debido el (sic) soterramiento parcial realizado al ejecutar la jardinera, ha provocado la pudrición del tronco en su zona enterrada por encima del cuello de la raíz; la generación de raíces secundarias superficiales han (sic) mantenido con vida la parte aérea del árbol por lo cual no se ha podido constatar anteriormente los problemas de sustentación que se presentaban al deteriorarse la zona enterrada. Junto a estos motivos se une (sic) las fuertes ráfagas de viento registradas en esa fecha (máximas de 60 km/h) que han provocado la rotura por su parte deteriorada bajo el terreno actual”.*

Para entender cabalmente estas conclusiones hay que poner de relieve que, según consta en el informe mencionado, *“dicho árbol se encontraba originalmente en un plano de plantación o del terreno más bajo y al realizarse la construcción de la jardinera [que debió (sic) ser hace unos 15 años, sobre 1995] el árbol, al igual que el resto de ejemplares limítrofes a éste y pertenecientes a la olmeda original situada a unos*

25m de distancia, quedaron (sic) embutidos dentro de dicha jardinera. Estos árboles quedaron semienterrados unos 65-70 cms. Sobre su plano de terreno original. Este enterramiento y encajonamiento del árbol en la jardinera provoca el crecimiento anormal del mismo y la aparición de pequeñas raíces superficiales”.

Las afirmaciones contenidas en el informe transcrito permiten concluir que la pudrición del árbol causante de la caída del mismo fue consecuencia de unas obras realizadas por la Administración y que la pretendida imposibilidad de detectar los problemas del árbol derivan en buena medida de la generación de pequeñas raíces superficiales, consecuencia a su vez de la construcción de una jardinera y de la instalación en el año 2007 de un sistema de riego en la misma. Todo lo anteriormente dicho nos lleva a afirmar que la caída del árbol causante del daño cuya indemnización se reclama no fue una circunstancia totalmente ajena a la actuación de la Administración lo que, por sí mismo, permitiría llegar a conclusiones radicalmente distintas de las que se contemplan en el dictamen del que discrepo.

2. Sin embargo, no es ésta la única razón de mi discrepancia ni siquiera la principal por lo que puedo conceder, como gustosamente concedo a efectos meramente dialécticos, que la actuación de la Administración se ha desenvuelto en todo momento dentro de los estándares exigibles y que los problemas del árbol para mantenerse con vida han resultado indetectables dentro de una actuación normal de la Administración.

La razón fundamental de mi discrepancia radica en el hecho de que la Administración debe responder, no por la infracción de unos determinados estándares, sino por un funcionamiento normal o totalmente conforme con los referidos estándares de seguridad del servicio.

El sistema de responsabilidad de nuestras Administraciones públicas descansa, como es sabido, en una cláusula general que, según el propio legislador, incluye tanto el funcionamiento normal como el funcionamiento anormal de los servicios públicos: «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las 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» (art. 139.1 LRJPAC). No es este el momento de detenerse en las diversas interpretaciones del alcance de dicha cláusula general, pues basta con señalar que la referida previsión legal incluye diversos supuestos en los que la Administración responde de forma objetiva o por funcionamiento normal y, por tanto, sin necesidad de que concurra como título de imputación el requisito de la culpa en su forma de actuar o prestar el servicio, que es lo que subyace, en realidad, cuando en la prestación de los servicios sanitarios se incumple la *lex artis* o en el mantenimiento y conservación de sus infraestructuras no se respeta el estándar de cuidado o seguridad que determina la conciencia social de cada momento, aunque ello lo revistamos con el requisito de la antijuridicidad del daño.

Uno de esos supuestos de responsabilidad objetiva o por funcionamiento normal es el de los daños «*cuasiexpropiatorios*» o de «*sacrificio*» que causa la Administración en su actuación. Junto a los daños por sacrificio, la Administración también responde por funcionamiento normal cuando el daño o lesión es consecuencia de un riesgo específico que ella misma ha creado.

El riesgo y el sacrificio, por un lado, junto a la culpa o negligencia (bajo las denominaciones de infracción de la *lex artis* e incumplimiento de los estándares de seguridad) por otro, constituyen, dentro de la referida cláusula general de responsabilidad, los títulos de imputación en

virtud de los cuales responde la Administración, en el primer caso bajo la fórmula del funcionamiento normal de los servicios públicos, en el segundo bajo la modalidad de funcionamiento anormal

La creación de un riesgo específico por la Administración cuya materialización produce un daño justifica el surgimiento de la obligación resarcitoria, de la cual, en efecto, no puede exonerarse acreditando la simple concurrencia de un caso fortuito sino que es preciso que pruebe la intervención de una fuerza mayor extraña al servicio.

Éste es, sin duda, el supuesto que contemplamos en el caso objeto del dictamen del que discrepo, un caso en el que el accidente sobreviene como consecuencia del riesgo generado por la Administración al colocar o mantener un árbol en un sitio de tránsito – y de tránsito tan importante como la A-6 – riesgo, por otra parte, artificialmente incrementado por la Administración con un tratamiento no muy ortodoxo de un árbol existente con anterioridad a la construcción de la jardinera que corre paralelamente a la A-6 y a la instalación de un sistema de riego en la misma.

La doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia no dudan en considerar que la Administración responde en estos casos por los daños que ocasionan la caída de árboles o sus ramas en las vías públicas, salvo que acredite debidamente la concurrencia de una fuerza mayor exonerante.

En su Dictamen 3168/2003, de 23 de octubre de 2003, el Consejo de Estado señala que *«la Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. La caída de un árbol sobre la calzada constituye un riesgo ordinario. No concurre, por otra parte, en el caso presente acaecimiento generador del daño que pueda ser calificado de fuerza mayor y que, por tanto, permite a la*

Administración exonerarse de responsabilidad. En efecto, la existencia de viento no es constitutiva de fuerza mayor. Ésta se reserva por la legislación (Código Civil, artículo 1784, 1575.2º) y por la doctrina a hechos independientes de la voluntad y casos verdaderamente insólitos, extraordinarios, imprevisibles y de efectos irresistibles o inevitables» (en términos idénticos, también en una reclamación por la caída de ramas en la calzada, Dictamen 2130/2004, de 23 de septiembre de 2004). El Dictamen 354/2008, de 10 de abril de 2008, vuelve a reiterar que el «Consejo de Estado viene reiterando el carácter indemnizable de los daños sufridos con ocasión de la utilización de las vías públicas en caso de accidentes provocados por la caída sobre la calzada de árboles provenientes de los taludes existentes en la zona contigua, al tratarse de un riesgo ordinario. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Así las cosas, al apreciarse un defectuoso funcionamiento del servicio público de carreteras que originó el siniestro, sin que se haya acreditado que el acontecimiento generador del accidente pueda ser calificado, como pretende la Demarcación de Carreteras, de fuerza mayor, la Administración no puede exonerarse de la responsabilidad legalmente establecida».

Doctrina similar a la indicada puede encontrarse en los Dictámenes 54195/89 de 21 de diciembre; 2703/95 de 30 de noviembre; 377/2001 de 5 de abril ó 1211/2006 de 5 de octubre, entre otros muchos.

La jurisprudencia, al igual que el propio Consejo de Estado, considera en estos casos que estamos en presencia de una responsabilidad administrativa objetiva por riesgo, de la cual sólo puede exonerarse la Administración cuando concurre un supuesto de fuerza mayor que ella misma ha de alegar y probar. La STSJ de Madrid 724/2004, de 4 de

mayo (recurso 1071/1999) se ocupa de un supuesto en el que la reclamante había quedado en silla de ruedas como consecuencia de la caída de la rama de un árbol cuando transitaba por una calle de Madrid. El TSJ analiza si la caída del árbol *«tuvo lugar debido a fuerza mayor imprevisible como consecuencia exclusiva de las fuertes rachas de viento, como defiende la Administración, o se encontraba ya de por sí en mal estado. Del informe de la Policía Municipal, se constata que había temporal. No consta la velocidad del viento. Correspondía al Ayuntamiento aportar directamente una certificación del Instituto de Meteorología que informase al respecto. En todo caso, no consta como notorio que el 7 de mayo de 1997 se produjese un vendaval de fuerza excepcional capaz de arrancar los árboles sanos de la ciudad. Al respecto la codemandada Licuas, S.A. expresa que la velocidad del viento “superaba los 80 kilómetros por hora”. Es del parecer de la sala que esta velocidad del viento no puede considerarse como fuerza mayor a efectos de entenderlo como un hecho imprevisible»*. La STSJ de Aragón núm. 302/2005, de 25 de abril (recurso 549/2003) señala en un sentido similar que en estos casos no es *«ni siquiera necesario probar que el servicio se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extiende la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos»*. Considera que rachas de viento de 72 km/hora no pueden considerarse *«un supuesto de fuerza mayor, pues ni es extraordinario ni, a la vista de lo frecuente de la referida anormalidad, era del todo imprevisible, faltando, en cualquier caso, la nota de exterioridad al servicio que la Jurisprudencia exige, junto a la nota de imprevisibilidad irresistible, para poder apreciar la concurrencia de fuerza mayor»*. En sentido similar, la STSJ de Murcia núm. 284/2013, que, al igual que otras sentencias, considera que si no concurre un supuesto de fuerza mayor hay falta de conservación y vigilancia del arbolado por parte del Municipio, el cual *«podía y debía*

haber detectado un árbol de tan grandes dimensiones con condiciones de fragilidad y eventual desplome ante vientos fuertes y proceder a acometer su poda, tala o protección».

3. En el propio ámbito civil, junto a la responsabilidad subjetiva o por culpa, también hay una imputación de la responsabilidad por los eventos dañosos que son la materialización de los riesgos típicos de determinadas actividades peligrosas o de la posesión de determinados bienes. En tales casos el Derecho civil mismo, que hace de la culpa el paradigma de la responsabilidad patrimonial, considera que a quien se le permite realizar tales actividades o disponer de tales bienes debe pechar con los daños a los demás que sean la realización típica de tales riesgos. El artículo 1908 del Código Civil dispone en este sentido que *«igualmente responderán los propietarios de los daños causados: [...] 3º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor»*. En este caso estamos en presencia también de un supuesto de responsabilidad objetiva o sin culpa (como se deduce del propio texto de la norma que sólo admite la exoneración en caso de fuerza mayor), en el que al demandante le bastará con demostrar un daño ocasionado por la caída de un árbol en un lugar de tránsito, sin que el demandado pueda exonerarse demostrando haber actuado con diligencia.

Este precepto, como otros del propio Código Civil (por ejemplo el artículo 1910 que establece la responsabilidad de los daños causados por las cosas que se arrojan o cayeren de una casa) está inspirado en la idea de que el que se beneficia de la cosa crea un riesgo y debe soportar la responsabilidad en el caso de que el daño se produzca. De este modo, acreditado el daño y que el perjuicio ha sido causado por la cosa, responde su propietario salvo que demuestre que la caída se debió a fuerza mayor o a culpa exclusiva de la víctima o pruebe que faltaba alguno de los presupuestos generales de la responsabilidad. En estos casos estamos ante una responsabilidad objetiva que hace responsable a aquél

sujeto que tiene la posibilidad de controlar el riesgo generado por la cosa (árbol, casa); dicho de otra forma, el que tiene el control sobre una cosa cuyo movimiento puede ocasionar, por su situación, daños a terceros debe responder objetivamente de los daños causados.

Con lo cual, si aceptásemos el criterio mayoritario del Consejo, nos encontraríamos con la siguiente paradoja: en un supuesto como el analizado, con arreglo al Derecho Civil, que hace pivotar su sistema de responsabilidad esencialmente sobre la culpa o negligencia (art. 1902), el propietario del árbol respondería de forma objetiva por los daños causados a un tercero, mientras que en el sistema de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, donde se repite machaconamente que la responsabilidad es objetiva (desconociendo, como se ha visto, que en numerosos servicios y actividades la responsabilidad es subjetiva porque el título de imputación es la culpa por mucho que la disfracemos con el ropaje de la antijuridicidad del daño), la Administración propietaria del árbol no responde porque se introducen indirectamente valoraciones de conducta en términos de negligencia (los estándares de seguridad) dentro de un régimen de responsabilidad por riesgo que prescinde claramente de ella.

La doctrina más radicalmente crítica con la actual configuración legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración considera que no existe razón alguna para incrementar la responsabilidad extracontractual de la Administración respecto de la de los particulares o, dicho con otras palabras, para que a los efectos de la responsabilidad civil, las personas jurídico-públicas sean tratadas peor que los sujetos privados. Pero si no existe razón para que las personas jurídico-públicas sean tratadas peor, tampoco existe razón para que sean tratadas mejor, ni para que la solución a la que conduciría la aplicación del transcrito art. 1908.3 del Código Civil al caso concreto planteado en el dictamen del que discrepo sea distinta por el hecho de que el causante del daño sea una

Administración Pública y resulten por tanto aplicables los artículos 106.2 CE y 139 y ss. de la LRJ-PAC.

4. Sobre la inexistencia de fuerza mayor en el caso controvertido no considero necesario pronunciarme expresamente, pues no lo hace el dictamen del que discrepo y resulta claro, a mi juicio, que nos encontramos ante un caso fortuito que en ningún caso excluye la responsabilidad de la Administración. En todo caso, me remito a la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia anteriormente referenciadas.

Por todo ello estimo que el dictamen objeto de mi discrepancia tendría que haber llegado a la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizar a la reclamante en la cantidad de 108.846,51 euros, cantidad que deberá ser actualizada al momento de dictar resolución de conformidad con lo dispuesto en el art. 141.3 LRJ-PAC».

Madrid, 12 de febrero de 2014