

Dictamen nº: **350/17**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **07.09.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 7 de septiembre de 2017, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid, al amparo del artículo 5.3.f.a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., por una caída sufrida en la calle Cestona de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro de la Oficina de Atención al Ciudadano (OAC) Usera el día 23 de diciembre de 2014 la interesada antes citada formula responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la caída ocurrida el día 3 de diciembre de 2014 en la calle Cestona, frente a la Asociación de Vecinos. Según refiere la reclamante, la caída fue consecuencia del estado del pavimento, pues al subir a la acera *“tropecé con las baldosas que están todas rotas sin señalización alguna por el único sitio donde podía cruzar, ya que el resto de la acera estaba en obras”* (folios 2 del expediente administrativo).

La reclamante expone en su escrito que fue atendida en un centro de salud cercano y que tuvo que ser trasladada en ambulancia al Hospital de la Moncloa, donde se le diagnosticó una fractura de rótula y tuvo que ser intervenida el día 5 de diciembre.

La interesada no cuantifica el importe de la indemnización solicitada y aporta con su escrito una fotografía del lugar donde se produjo la caída, informe médico y radiografías que muestran la fractura de rótula sufrida (folios 3 a 7).

SEGUNDO.- El día 8 de octubre de 2015, el Ayuntamiento de Madrid acordó, a la vista del anterior escrito, el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial y la apertura de un período de prueba y se requirió a la interesada para que aportara justificantes que acreditaran la realidad y certeza del accidente sobrevenido y su relación con la obra o servicio público; en caso de intervención de otros servicios no municipales, justificante en el que figure la fecha, hora y emplazamiento en el que tuvo lugar la intervención, informe de alta médica y, en su caso, de Rehabilitación, estimación de la cuantía en que valora el daño sufrido y cualquier otro medio de prueba de que pretenda valerse (folios 14 a 19).

A solicitud del instructor del procedimiento, ha emitido informe la jefe de la Unidad Integral de Distrito de Usera de la Policía Municipal que, con fecha 2 de febrero de 2015, declara que *“una vez consultados los archivos existentes en la Unidad no existe la incidencia en las novedades de los patrullas de esta Unidad en la fecha indicada”* (folio 25).

Con fecha 23 de febrero de 2015, la reclamante presenta un escrito en respuesta al requerimiento efectuado por la Administración y presenta una fotografía del lugar del accidente, informe de alta de 9 de diciembre de 2014 y radiografías, informe del Servicio de Rehabilitación de 18 de febrero de 2014 del Hospital de la VOT de San Francisco de

Así e informe emitido por un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica de fecha 23 de febrero de 2015 que indica la necesidad de continuar con el tratamiento rehabilitador durante un mes más (folios 26 a 35). En su escrito la interesada refiere que fue atendida por el SAMUR en el lugar del accidente y que fue trasladada al Hospital de la Moncloa, por lo que solicita que se libre oficio a dicho servicio para que certifique los hechos ocurridos y manifiesta la imposibilidad de cuantificar el importe de la indemnización al no haber terminado la rehabilitación y, en consecuencia, no existir estabilización de las secuelas.

Se ha incorporado al procedimiento un informe emitido por la jefa del Departamento de Gestión Administrativa de la Subdirección General Económico-Administrativa de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil que declara, con fecha 5 de marzo de 2015, que *“una vez revisados manual e informáticamente los archivos de la Subdirección General, no consta que se atendiera a Dña. (...) en la calle Cestona s/n, el día 3 de diciembre de 2014”* (folio 36).

El día 28 de mayo de 2015 la interesada presenta nuevo escrito en el que informa que continúa con secuelas y que es posible que tenga que someterse a nueva intervención para retirar el material implantado (folios 37 a 39).

El departamento de Vías Públicas, de la Dirección General de Vías Públicas del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible emite informe (folio 44) en el que da respuesta a las cuestiones planteadas por el instructor en su solicitud de informe y declara:

“1. La competencia en la conservación del pavimento corresponde a esta Dirección General.

2. La conservación del pavimento que motiva la reclamación está incluida dentro del contrato denominado Gestión Integral de Infraestructuras Viarias de la Ciudad de Madrid, Lote 3. La incidencia se encuadra dentro de las labores propias de la Prestación 2 "Atención y Resolución de Incidencias y Emergencias en Pavimentos" y está clasificada como tipo A2.
3. Tras consultar las aplicaciones informáticas municipales y como se refleja en el informe de la empresa adjudicataria cuya copia se adjunta, se detecta la incidencia con nº de avisa 1641395 y fecha de recepción del 23/12/2014 (posterior a la fecha 03/12/2014 que es la fecha en la que se produjo el accidente de la interesada) que coincide con el desperfecto en el pavimento que motiva la reclamación.
4. Al tratarse de una incidencia clasificada como del tipo A2, según el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares en su artículo 6.2.2.2 "Modelo de Gestión de Incidencias Pavimentos" letra d}, es obligación del adjudicatario actuar de oficio, sin necesidad de requerimiento por parte del Ayuntamiento. .
5. El desperfecto no se había detectado y/o denunciado por ninguno de los medios habilitados a tal fin antes de la recepción del avisa enunciado. No existe incumplimiento de ninguna obligación establecida en el Pliego de Prescripciones Técnicas por parte del Adjudicatario.
6. El lugar donde se ubica el desperfecto es en la acera y es adecuado para la circulación de peatones por lo que no existe una actuación inadecuada de la perjudicada.
7. Podría ser imputable a la Administración siempre que se acrediten el resto de los requisitos".

A las cuestiones relativas a la posible imputación de la empresa adjudicataria del contrato con identificación, en su caso, de su nombre y a *“cualquier otro extremo que se considera oportuno manifestar y sea de interés para determinar la existencia de responsabilidad y a quién debe ser imputada”*, el informe responde con *“no procede”*.

El informe se acompaña, igualmente, del emitido por la empresa adjudicataria del contrato de Gestión de Infraestructuras Viarias de la Ciudad de Madrid (folios 45 a 50) que describe el desperfecto como *“un hundimiento de acera de una superficie aproximada de 1 m² y la desalineación del metro de bordillo colindante. Dicho desperfecto se encontraba en la calle Cestona, a la altura del nº 68, frente a la asociación de vecinos “Guetaria”, en el distrito de Usera”*. El informe señala que se tuvo noticia del desperfecto con motivo de la reclamación presentada el día 23 de diciembre de 2014 y que se procedió a su reparación que terminó el día 30 de diciembre, sin necesidad de visado municipal (al tratarse de una incidencia del tipo A2). Se adjunta al informe todos los antecedentes de la incidencia registrados en el programa informático Avisa y fotografía de la acera una vez reparado el desperfecto.

El día 17 de noviembre de 2015 la reclamante presenta nuevo escrito en el que expone que ha tenido que ser sometida a nueva intervención quirúrgica para la retirada del material de osteosíntesis implantado al que acompaña un informe médico. En su escrito se queja de no haber recibido respuesta de su reclamación (folios 58 y 59).

Notificado el trámite de audiencia y tras la comparecencia de la interesada el día 19 de noviembre de 2015, con fecha 27 de noviembre la interesada presenta un escrito en el que pone de manifiesto, a la vista de los informes de la Policía municipal y del Samur, que *“en ningún momento el día de la caída se personaron ni la Policía ni el Samur”*, que tras la caída fue atendida por dos viandantes que la ayudaron y la

trasladaron al Centro de Salud Orcasitas donde, al comprobar que era beneficiaria de MUFACE con un seguro médico, procedieron a llamar al Servicio de Urgencias de su seguro para que fuera trasladada al Hospital de la Moncloa. La reclamante identifica y da los datos de las dos mujeres que le ayudaron tras la caída cuya declaración propone como prueba testifical. Asimismo, y para demostrar que el desperfecto existía, propone la declaración de dos testigos que trabajan en un quiosco cercano al lugar de los hechos. Finalmente, cuantifica el importe de la indemnización solicitada en 27.766,68 € (16.739,64 por las secuelas) y 11.387,04 € por incapacidad temporal.

El día 15 de diciembre de 2015 presenta alegaciones la empresa adjudicataria del contrato Gestión Integral de Infraestructuras Viarias de la Ciudad de Madrid, Lote 3 (folios 68 a 91). En su escrito la empresa contratista pone de manifiesto la contradicción existente, en relación con el relato de los hechos, en los escritos de inicio del procedimiento y el del trámite de audiencia y su falta de responsabilidad en la caída sufrida por la reclamante.

Por escrito de 19 de mayo de 2016 (notificado el día 10 de junio de 2016) de la jefe del Departamento de Reclamaciones I se acuerda, a la vista de la prueba testifical propuesta por la interesada, la apertura del periodo de prueba. El escrito dirigido a la reclamante dice:

“A tal efecto, deberán comparecer las testigos señaladas por Usted, Dña. (...) con DNI nº (...) Y Dña. (...) con DNI nº (...) para prestar declaración el jueves 23 de junio, a las 9:00 horas, en el Servicio de Responsabilidad Patrimonial (...)”

“Transcurrido el plazo concedido sin que haya comparecido a la práctica de la prueba testifical, se le tendrá por decaído en el trámite, continuándose las actuaciones, según lo dispuesto en el artículo 76 LRJ-PAC”.

Con fecha 24 de junio de 2016, se hace constar en diligencia la incomparecencia de las testigos propuestas (folio 96).

El día 29 de mayo de 2017 se redacta propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar no suficientemente acreditada la existencia de relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos municipales (folios 97 a 105).

TERCERO.- La Alcaldía de Madrid, a través de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, remite solicitud de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora con registro de entrada en este órgano el día 31 de mayo de 2017.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 337/17, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de septiembre de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f.a. de la Ley 7/2015, de 28

de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 €, y la solicitud se efectúa por la Alcaldía de Madrid, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFJCA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación presentada el 23 de diciembre de 2014, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), que han sido desarrollados por 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 (en adelante, RPRP).

La reclamante ostenta legitimación activa al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, por cuanto sufre los daños derivados de la caída.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto titular de la vía pública donde ocurrió el accidente así como de la competencia de conservación y pavimentación de las vías públicas ex artículo 25.2.d) de Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), título competencial que justifica la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, ocurrida la caída el día 3 de diciembre de 2014, la reclamación formulada el día 23 del mismo está presentada en plazo.

En cuanto al procedimiento, el órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

A tal fin se ha recabado informe del servicio al que se imputa la producción del daño, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP a todos los interesados en el procedimiento. En este trámite, la interesada ha propuesto la declaración de cuatro testigos que identifica adecuadamente. Por acuerdo de 19 de mayo de 2016 se acuerda la citación de solo dos de los testigos propuestos, sin que se exista ninguna motivación que justifique la inadmisión de la declaración de los otros dos testigos mencionados en el escrito de alegaciones.

Era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que esta Comisión Jurídica Asesora ha hecho suya que el instructor de un procedimiento administrativo no está vinculado en todo caso a la solicitud de prueba del administrado, es decir, no necesariamente ha de llevar a cabo todas y cada una de las pruebas

que se propongan en el curso del procedimiento, pero tampoco cabe pasar por alto lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 80 de la LRJ-PAC, conforme al cual: “*el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada*”, norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 del reglamento por el que se regulan los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

En el presente caso, el instructor del procedimiento al tiempo de acordar la admisión de la prueba testifical de dos de las personas designadas debería haber motivado las razones por la que estima manifiestamente improcedente o innecesaria la declaración de los otros dos testigos propuestos. Esta forma de proceder genera indefensión a la reclamante que ve desestimada su reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de acreditación de la relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

Por otro lado, no se ha podido practicar la prueba testifical de los otros testigos propuestos por la interesada por incomparecencia de éstos. Se observa en el expediente que la citación de los testigos no se ha efectuado en el domicilio de éstos, indicado por la reclamante en su escrito, sino que se ha notificado a la reclamante, para que ella, a su vez, comunique a éstos el día y hora en que tendrá lugar la práctica de la prueba con la advertencia de que, “*transcurrido el plazo concedido sin que haya comparecido a la práctica de la prueba testifical, se le tendrá por decaído en el trámite, continuándose las actuaciones, según lo dispuesto en el artículo 76 LRJ-PAC*”.

Sobre la forma en que han de ser citados los testigos nada dice la LRJ-PAC al respecto. El artículo 362 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece, en relación con la designación de los

testigos:

“Al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia.

También podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado”.

De este precepto se desprende que es el órgano judicial (en el procedimiento administrativo, el instructor del procedimiento), una vez designado correctamente el testigo de manera que pueda conocerse dónde puede ser citado, quien tiene la carga de efectuar el llamamiento de los testigos. Por tanto, la notificación de la citación del testigo al interesado para que sea éste quien cite al testigo no es correcta.

Esta Comisión Jurídica Asesora ha observado que el Ayuntamiento de Madrid ha adoptado esta forma de proceder e imponer al reclamante la carga de efectuar la citación de los testigos en anteriores expedientes de responsabilidad patrimonial sometidos a dictamen. En dichos dictámenes no se ha formulado objeción alguna, porque el testigo comparecía en el día citado y se practicaba la prueba testifical solicitada. Solo en el Dictamen 289/17, de 13 de julio, se mencionaba tangencialmente esta práctica del Ayuntamiento de Madrid para concluir que la falta de realización de la prueba testifical por incomparecencia del testigo, no citado por la Administración directamente sino a través del reclamante, no generaba indefensión porque en el trámite de audiencia notificado a todos los interesados, la reclamante había tomado vista del expediente y no había efectuado alegaciones.

En el presente caso, sin embargo, no ha sucedido así porque

después de la diligencia levantada para hacer constar la incomparecencia de los testigos el día 24 de junio de 2016 se ha dictado, casi un año después y sin otro trámite en el procedimiento, la propuesta de resolución de fecha 29 de mayo de 2017.

No es posible tener por decaído en el trámite a la reclamante porque la citación de los testigos no es un trámite que deban cumplimentar los interesados en el procedimiento, como hace el Ayuntamiento de Madrid en el presente caso, sino que debe realizarlo el instructor del procedimiento quien, de acuerdo con el artículo 78 LRJ-PAC, debe realizar de oficio todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Si el instructor del procedimiento ha estimado necesario practicar la prueba testifical, es él quien tiene la carga de citar a los testigos. Si bien es posible obtener la colaboración de los interesados en el procedimiento para el logro de este fin, como ha venido haciendo el Ayuntamiento de Madrid, no pueden éstos, sin embargo, sufrir las consecuencias desfavorables de esta forma de proceder. Por ello, ante la incomparecencia del testigo citado a través del reclamante, lo procedente será que el instructor del procedimiento notifique la citación directamente al testigo para que quede constancia en el expediente que el testigo ha sido correctamente citado y que no ha comparecido.

Por otro lado, debe advertirse que la práctica de la prueba de acuerdo con el artículo 81 LRJ-PAC debe comunicarse a todos los interesados en el procedimiento. En el presente caso, solo consta la notificación a la reclamante sin que se haya notificado a la empresa adjudicataria del contrato de Gestión Integral de Infraestructuras Viarias de la Ciudad de Madrid.

Por tanto, a la vista de las irregularidades observadas en el procedimiento relativas a la falta de pronunciamiento sobre la prueba

testifical de los otros dos de los testigos propuestos por la interesada, la incomparecencia de los testigos citados a través de la reclamante y la falta de citación para la práctica de la prueba testifical de la empresa adjudicataria del contrato, personada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial como interesada, procede la retroacción de las actuaciones para que se cumplimente correctamente la fase de prueba cuando, además, la propuesta de resolución descarta la responsabilidad patrimonial de la Administración por la falta de acreditación del nexo causal y precisamente dicho testimonio es esencial para determinar la relación de causalidad entre la caída y el estado del pavimento.

Esta retroacción interesa, además, a la propia Administración que así podrá adoptar una decisión plenamente ajustada a derecho conforme exigen los artículos 103 CE y 3 LRJ-PAC.

Una vez practicada la prueba testifical deberá conferirse un nuevo trámite de audiencia a los interesados y redactarse una nueva propuesta de resolución que junto con el resto del expediente deberá remitirse a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

Por último debe advertirse sobre la necesidad de que dichos trámites se realicen con la máxima celeridad dado el largo tiempo invertido en la tramitación del procedimiento (más de dos años y medio) que ha sobrepasado en mucho el plazo para dictar y notificar la resolución que debe poner fin al procedimiento.

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

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el presente procedimiento para la realización de la prueba testifical solicitada por la reclamante.

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

Madrid, a 7 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 350/17

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid