

Dictamen n^o: **141/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.05.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por ocho votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 26 de mayo de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por J.M.S.L., sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños sufridos como consecuencia del accidente sufrido cuando circulaba con la motocicleta de su propiedad por la M-30 y que atribuye al mal estado de la calzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante escrito de 27 de abril de 2010, registrado de entrada el 3 de mayo siguiente, se formula preceptiva consulta del Alcalde de Madrid a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por ocho votos a favor y el voto

en contra de la Consejera, Sra. Laina, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 26 de mayo de 2010.

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

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

El interesado formula reclamación de responsabilidad patrimonial por lesiones personales, como consecuencia de accidente sufrido el día 13 de octubre de 2006 cuando circulaba en una motocicleta de su propiedad, cuya matrícula facilita, por la M-30, atribuyendo el accidente al mal estado de la calzada y a la existencia de un muro New Jersey mal colocado.

La reclamación presentada en Correos el día 1 de junio de 2008, tuvo entrada en la unidad administrativa competente para la instrucción del procedimiento el día 17 del mismo mes.

Al escrito acompaña entre otros documentos, copias de las actuaciones judiciales seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 50 de Madrid, atestado instruido por la Policía Municipal que incluye fotografías del lugar de los hechos, informes de alta del hospital A y de la B e informes del médico forense del Juzgado de Instrucción núm. 50.

Solicita una indemnización por las diversas lesiones y secuelas sufridas, de sesenta y nueve mil cuatrocientos veintiséis euros y cincuenta y siete céntimos (69.426,57 €). A efectos de notificaciones, designa el despacho profesional de un letrado (folios 1 a 52).

Mediante escrito fechado el 13 de octubre de 2008, se practica requerimiento para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) complete la solicitud y, en los términos del artículo 6 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, se acrediten los extremos que se indican en el anexo (folios 55 a 56). El requerimiento es cumplimentado mediante escrito presentado el 5 de septiembre de 2008, en el que designa letrada para su defensa y representación (folios 58 a 62).

Se incorpora al expediente Informe de la Policía Municipal, figurando entre los documentos croquis y diversas fotografías del lugar de los hechos. En el juicio crítico del equipo instructor se pone de manifiesto que *“De lo observado en la inspección ocular y del análisis del contenido del resto de diligencias efectuadas, a juicio del Equipo Instructor, el accidente se produjo al perder la estabilidad de la motocicleta [el reclamante], debido presumiblemente a la arena y grava que se encuentra en la calzada, puesto que en el punto del accidente, es lugar habitual de salida y entrada de transportes que se encuentran realizando trabajos en la M-30, igualmente es de reseñar que los muros New Jersey que hay en el lugar se encuentran mal colocados, y debido a ello la motocicleta choca y cae al suelo”* (folios 63 a 79).

Con fecha 17 de octubre de 2008, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), se ha procedido a dar audiencia de cuya recepción queda constancia en el expediente, a la empresa Madrid Calle 30, S.A. (folios 83 a 85),

compareciendo mediante escrito presentado el día 23 de abril de 2009, en el que alega:

“PRIMERA.- Derivación de la posible responsabilidad a la empresa contratista de las obras.

La entidad Madrid Calle 30 S.A. licitó y adjudicó el contrato para la ejecución de las obras de reforma de la M-30, en el tramo donde ocurrió el accidente que motiva la presente reclamación, a la empresa C, por lo que la posible responsabilidad en la producción de los daños alegados, en el caso improbable, por las razones que se expondrán a continuación, de que se apreciase su concurrencia, sería de dicha empresa, dada la obligación legal del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, según se contempla en el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, vigente en el momento del accidente.

A estos efectos, les comunicamos que el domicilio social de la empresa C es el siguiente: Avenida D, nº aaa, 28700 San Sebastián de los Reyes (Madrid).

SEGUNDA.- Falta de acreditación del nexo causal entre la ejecución de las obras y el daño.

Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, en cuanto al fondo del asunto cabe hacer las precisiones que se exponen a continuación.

La relación de causa-efecto entre el hecho supuestamente lesivo -la ejecución de las obras de reforma de la M-30- y los daños alegados es una condición indispensable para que pueda atribuirse el deber de resarcir los mismos.

Pues bien, en este caso no resulta posible establecer esa necesaria relación de causalidad, por cuanto no cabe imputar una omisión del deber de mantenimiento de la vía, dado que las oportunas operaciones de conservación y limpieza de la calzada se efectuaban de forma habitual, con la diligencia debida y dentro del nivel de eficiencia exigible en cuanto al rendimiento y a la prestación del deber de vigilancia.

Igualmente, ha de tomarse en consideración que el nexo causal, además de necesario y adecuado, ha de ser exclusivo, lo que supone que en la producción del daño no debe interferir la conducta o la actuación de un tercero o del propio perjudicado, como ha podido ocurrir en este caso, en la medida en que el conductor del vehículo debió adecuar la conducción a las circunstancias de la vía, de conformidad con lo previsto en el artículo

19.1 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, según el cual, todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta sus propias condiciones, las características y el estado de la vía, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la conducción a las mismas, de manera que siempre pueda detener su vehículo ante cualquier obstáculo que pueda presentarse.

Pues bien, la confirmación de que la conducta del reclamante ha podido influir en la producción del accidente se encuentra en el atestado instruido por la Policía Municipal de Madrid, obrante en el expediente, en el que constan algunos datos significativos, como son los siguientes: 1) Las buenas condiciones de la vía en aspectos tales como el balizamiento, la iluminación y la señalización; 2) El aceptable estado de conservación de la calzada, ya que, a pesar del inevitable deterioro que sufría a consecuencia de las obras, la arena invadía la misma en tan sólo 30 cm;

3) Las favorables circunstancias meteorológicas y ambientales (visibilidad) que concurrían en el momento del siniestro.

En definitiva, el conductor, al percatarse de las obras que se ejecutaban en el lugar del accidente, debería haber intensificado la diligencia en su conducción y adoptado las medidas de precaución y atención exigibles en estas circunstancias.

Todo ello rompe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre la ejecución de las obras y el daño alegado.

En consecuencia, no cabe imputar a la empresa Madrid Calle 30 S.A. responsabilidad alguna en la producción de los daños reclamados.

En atención a lo anteriormente expuesto, se solicita que se tengan por formuladas las presentes alegaciones y por cumplimentado el trámite de audiencia concedido al efecto” (folios 86 a 88).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 RPRP, y a la vista del contenido del anterior escrito de alegaciones, con fecha 4 de mayo de 2009 se ha notificado trámite de audiencia y vista del expediente a todos

aquellos a quienes se ha considerado como interesados en el procedimiento, es decir, al reclamante, a la empresa responsable de las obras y a la empresa aseguradora de la responsabilidad civil del Ayuntamiento.

La representante del interesado comparece con fecha 29 de mayo de 2009 y solicita copias de la documentación obrante en el expediente, presentando el día 4 de junio de 2009 escrito de alegaciones en el que entre otros manifiesta su discrepancia con las alegaciones formuladas por la entidad Madrid Calle 30 haciendo derivar la responsabilidad directa a la entidad B. Manifiesta su disconformidad con la entidad Madrid Calle 30 al entender que existen una prueba totalmente objetiva como es el atestado instruido por la Policía Municipal de Madrid. Por último indica que la referencia a un posible exceso de velocidad por parte del reclamante, si hubiera existido dicha imprudencia, se hubiera hecho constar así en el atestado, tal y como viene siendo habitual (folios 105 a 109).

La empresa aseguradora de la responsabilidad civil del Ayuntamiento presenta con fecha 15 de junio de 2009 escrito de alegaciones en el que cifra en cuarenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y siete euros y veintiocho céntimos (44.847,28 €) la cantidad que ha de señalarse en concepto de indemnización de daños físicos y explica que *“la diferencia con la reclamación del perjudicado radica principalmente en la valoración de secuelas dado que éste reclama casi el máximo del baremo. Nuestro médico ha incluido 2 puntos de material de osteosíntesis que el perito judicial no valoraba. En cuanto a los días de baja nuestro médico ha valorado más días dado que la fecha de incorporación al trabajo es el 16/07/08 (después de ser visto por el médico forense que fue el 21/02/08)”* (folios 97 y 98).

Con fecha 19 de junio de 2009 se procede a dar nuevamente trámite de audiencia a la entidad Madrid Calle 30, la empresa C y al interesado.

El interesado presenta escrito de alegaciones el 22 de diciembre de 2009 en el que manifiesta su disconformidad con respecto a los argumentos recogidos por la entidad Madrid Calle 30 en su escrito de alegaciones y entre otros, hace referencia al informe de 6 de noviembre de 2009 donde se hace constar expresamente que *“...el policía que suscribe, en calidad de instructor de las diligencias informa que a juicio del Equipo de Investigación, el accidente se produjo por la presencia de grava y arena invadiendo parcialmente la calzada y de la defectuosa colocación de los muros New Jersey existentes en el lugar de los hechos en la fecha en que ocurrieron los hechos. Asimismo y de las diligencias y pruebas practicadas no se puede deducir conducción negligente por parte del motorista implicado”* (folios 130 a 132).

La entidad Madrid Calle 30 presenta con fecha 14 de octubre de 2009 escrito de alegaciones cuyo contenido viene a ratificar el anterior de 23 de abril de 2009 (folios 110 a 113).

El día 19 de octubre de 2009, la Jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial, a la vista de las alegaciones realizadas por la empresa Madrid Calle 30, solicita ampliación del informe de la Policía Municipal, *“indicando en todo caso, si hubo alguna negligencia por parte del conductor”* (folios 114 y 115), lo que se cumplimenta por el mentado Cuerpo de Policía mediante escrito de 5 de noviembre que concluye *“de las diligencias y pruebas practicadas no se puede deducir conducción negligente por parte del motorista implicado”* (folios 121 a 123).

Con fecha 30 de noviembre de 2009 se practica nueva notificación de trámite de audiencia al reclamante, a la entidad Madrid Calle 30 y la empresa C.

Por escrito presentado el día 23 de diciembre de 2009, el reclamante alega nuevamente su total disconformidad con los argumentos recogidos por la entidad Madrid Calle 30 en su escrito de alegaciones (folios 130 a 132).

No presentan escritos de alegaciones los demás interesados.

El 13 de abril de 2010 se eleva por el Director General de Organización y Régimen Jurídico, propuesta de desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial y la declaración de la responsabilidad de la entidad Madrid Calle 30, en la cantidad de cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta y dos euros con cuarenta y cinco céntimos (48.252,45 €) (folios 133 a 146).

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1f) 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 8 de junio de 2010.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados 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. El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, en su condición de perjudicado.

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.

Se pretende el resarcimiento el día 1 de junio de 2008. El artículo

142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. El accidente se produjo el 13 de octubre de 2006, si bien los hechos fueron objeto de juicio de faltas en el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, cuya resolución tuvo lugar por Auto de 22 de febrero de 2008 por el que se decretó el archivo de las actuaciones. En aplicación del principio de la *actio nata* es claro que la reclamación debe reputarse interpuesta en plazo.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992 (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.

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración - sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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.

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.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo sólo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

CUARTA.- El daño ha quedado acreditado y consistió, según informe del Médico Forense de fecha 21 de febrero de 2008, en lesiones consistentes en fractura de la cabeza del peroné de rodilla derecha, herida sin fractura en zona interna de rodilla derecha, rotura de LCP de rodilla derecha, desinserción de LLE, que requirieron ingreso hospitalario durante 7 días, impedido para sus ocupaciones habituales 493 días, tratamiento farmacológico e intervención quirúrgica, quedando como secuelas dos cicatrices deprimidas en cara interna de rodilla derecha de 3 x 2 cm y 2 x 2 cm, cicatriz en cara externa de rodilla derecha de 7 cm., así como ligamento cruzado de rodilla derecha operado, ligamento LLE de rodilla derecha operado y menisco externo de rodilla derecha operado.

Acreditado el daño, procede dilucidar la existencia o no de nexo causal, en este sentido los informes emitidos por la Policía Municipal son suficientemente esclarecedores: el accidente se produjo a causa de la existencia de arena en la calzada y de dos muros New Jersey mal colocados, no pudiendo deducirse conducción negligente por parte del accidentado.

Puede considerarse probada, por lo tanto, la existencia de nexo causal, ahora bien, es necesario, en el presente caso, distinguir entre relación de causalidad en sentido estricto –determinación de los hechos que ocasionan un daño– y criterios de imputación, que consistirían en la determinación de si dichos hechos dañosos se pueden o no atribuir a la Administración, o lo que es lo mismo, si la relación de causalidad se da entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal de un servicio público (criterio de imputación objetivo) y a qué concreta Administración pública le corresponde la prestación de dicho servicio (criterio de imputación subjetivo).

Como ya expusimos más arriba los informes policiales incorporados al expediente adveran que la caída del reclamante tuvo su causa en un deficiente estado de la calzada, al existir presencia de arena en la misma y en la mala colocación de dos muros separadores. Ahora bien, lo que resta por esclarecer es a qué sujeto le está atribuida la competencia y, por lo tanto, la responsabilidad sobre dichas deficiencias.

El Ayuntamiento de Madrid ostenta 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 (LBRL), como ya quedó indicado en la consideración jurídica segunda.

El Pleno del Ayuntamiento adoptó el 23 de diciembre de 2004 el siguiente acuerdo:

“Primero. Modificar la forma de gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la funcionalidad del tráfico de la vía urbana M-30, las vías de acceso vinculadas a la misma, sustituyendo el régimen actual de gestión directa a través de sociedad

mercantil local por gestión indirecta a través de sociedad de economía mixta, para lo cual se desarrollarán los trámites exigidos en la normativa correspondiente.

Segundo. La sociedad mercantil local Madrid Calle 30 S.A., se transformará en una sociedad de economía mixta con la misma denominación, mediante la participación en su capital del socio privado que resulte adjudicatario del correspondiente concurso.”

En ejecución de dicho acuerdo el 12 de septiembre de 2005 se elevaron a escritura pública los Estatutos de la sociedad mercantil Madrid Calle 30, cuyo artículo 2 apartado b) establece como objeto social *“la gestión, explotación, conservación y mantenimiento de la vía de circunvalación M-30 y sus infraestructuras y espacios relacionados”*.

Este objeto social de conservación de la M-30 sólo puede ser llevado a efecto a través de un contrato administrativo de gestión del servicio público regulado en el artículo 25.2. d) de la LBRL, es decir, una parte del objeto social de la empresa Madrid Calle 30, S.A. es ser contratista del Ayuntamiento de Madrid.

La propuesta de resolución, por su parte, es desestimatoria de la reclamación por entender que es de aplicación el artículo 97 del TRLCAP, en cuya virtud sería 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 y, más específicamente cita el artículo 161.c) que, respecto del contrato de gestión de servicios públicos prescribe que *“El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones con carácter general: (...) c) 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”. En atención a estos argumentos la propuesta de resolución considera que la responsabilidad corresponde a la entidad Madrid Calle 30 como contratista del Ayuntamiento. Apoya estos argumentos con la invocación de la cláusula 4.1.5, letra D, apartado c) del contrato relativo a los Servicios de Gestión Integral de la M-30 suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y la entidad Madrid Calle 30 el 12 de septiembre de 2005, en cuya virtud la sociedad deberá indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de ejecución de las obras o de la explotación de la infraestructura cuando le sean imputables. Igualmente expone la propuesta de resolución que no se ha acreditado que haya existido falta de diligencia del Ayuntamiento en el ejercicio de sus poderes de dirección, vigilancia y control, ni que los daños se hayan producido como consecuencia directa e inmediata de una orden de la propia Administración, o que el daño se haya originado por vicios en el proyecto elaborado por la misma que sirvió como base a la adjudicación del contrato, añadiendo que estas son las únicas circunstancias en las que podría fundamentarse la existencia de la responsabilidad de la Administración.

No obstante este criterio contenido en la propuesta de resolución, es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que debe tenerse en cuenta que, en el contrato de gestión de servicios públicos, rige la regla especial contenida en el artículo 256 c), antes expuesto. Este artículo parece reducir la responsabilidad a los supuestos de *“operaciones que requiera el desarrollo del servicio”*. El legislador no dice que deba responder de todos los daños producidos en el desarrollo del servicio como disponía el artículo 121.2 LEF, sino que los limita a los derivados las operaciones requeridas para su desarrollo. El término “operaciones” según el diccionario de la RAE, se refiere a ejecutar algo, por tanto a una actuación positiva del

contratista que produce un cambio en la realidad exterior. Por ello, la posible responsabilidad del contratista debe ceñirse a los supuestos en que la ejecución material del contrato cause un daño concreto a un tercero ajeno a la relación contractual y no a los efectos que obedezcan a meras omisiones de los contratistas en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Sin embargo, a pesar de la dicción clara del precepto, la jurisprudencia y la doctrina manifiestan una mayor dificultad para reconocer la responsabilidad del contratista. Se acude al concepto de la titularidad del servicio público y a la culpa *in vigilando* como argumentos para atribuir la responsabilidad a la Administración.

En primer lugar, el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 1989 (recurso nº 505/1986), (RJ 1989\4487), trata de determinar el significado de la expresión contenida en el artículo 121.2 de la LEF por la que manifiesta que la indemnización *“correrá a cargo del concesionario”* en los servicios públicos concedidos, 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”*.

Para llegar a esta conclusión la Sentencia examina, de acuerdo con la legislación vigente en ese momento, la posición del concesionario de un servicio público.

En primer lugar se indica que la actividad que es objeto de gestión por un concesionario constituye una competencia administrativa; *“Al respecto debe recordarse que en el supuesto de la concesión de un servicio público*

y, en general, en la gestión de los servicios públicos mediante contrato, la Administración ha asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad. Se ha producido lo que la doctrina ha llamado «publicatio» de dicha actividad y que no supone otra cosa que la conversión de tal actividad en competencia administrativa.

Competencias administrativas que según la Sentencia se recogían en el artículo 197 del Reglamento de Contratos del Estado, y que actualmente se recogen en el artículo 116 LCSP, que en términos generales recoge lo establecido en el artículo 197 del citado Reglamento.

Así, con toda claridad, en el artículo 197, del Reglamento de Contratos del Estado: «Antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público deberá hallarse promulgado el régimen jurídico básico del mismo que atribuya las competencias administrativas... y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo».

Esta doctrina es trasladable a la actualidad, porque el artículo 116 LCSP, antes citado, dispone que “antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados”. Esta asunción del servicio público como propio de la Administración determina que las consecuencias de su ejercicio sean imputables a la Administración, sin perjuicio de que ésta pueda posteriormente reclamar al contratista.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995 (recurso número 1323/1991) (RJ 1995/1280) se examina el concepto de servicio público y declara que se entiende como actividad desarrollada en el ejercicio de una propia competencia funcional y concluye que, aunque el servicio se preste por un tercero, no se puede desplazar la responsabilidad objetiva al contratista. En este caso, la Sentencia aprecia también la responsabilidad del tercero que contrató con la Administración declarando que *“es doctrina unánime, desde la Sentencia de 5 noviembre 1974, la aceptación de un vínculo de solidaridad entre los distintos responsables del perjuicio causado, incluso en los supuestos en que uno de los hipotéticos coautores sea un tercero ajeno a la Administración, como único medio para dar satisfacción a las exigencias propias del principio, básico en la materia, de la garantía de la víctima, que, de otro modo, correría el riesgo de quedar burlado, razón por la que no existe inconveniente para que se ejercite la acción sólo contra la Administración, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra los terceros”*. En términos muy similares también se pronuncia la Sentencia de 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9408).

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998 (recurso de apelación 3688/1992, RJ 1998\8842) resuelve una reclamación planteada al Ayuntamiento de Archena (Murcia) por los daños producidos en una finca agrícola, principalmente árboles frutales, como consecuencia de la quema o combustión de basuras municipales depositadas en finca colindante. En esta Sentencia, haciendo referencia expresa a la Sentencia de 9 de mayo de 1989, dispone lo siguiente; *“el Ayuntamiento es competente y ha de ejercer las potestades enderezadas a la prestación del servicio de limpieza diario y tratamiento de residuos según determina la ya citada Ley 7/1985, y consecuentemente habrá de responder de los daños y perjuicios que el mentado servicio público causa*

a los particulares, siempre que concurran los requisitos exigidos y sin que sea posible quedar exento de responsabilidad so pretexto de la actuación del concesionario, al cual, como decíamos, sólo correspondía el traslado de los residuos al vertedero o centro de eliminación que el Ayuntamiento señale. La Administración, si se da aquella concurrencia, responde directamente, según lo dispuesto en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico y 54 de la Ley Básica Estatal de Régimen Local, sin perjuicio, claro es, de que la Administración, en su caso, pueda repetir contra el concesionario.”

A nuestro juicio, la asunción del servicio como propio de la Administración es título de imputación suficiente.

Otra argumentación efectuada por la jurisprudencia para la atribución de la responsabilidad a la Administración de los daños ocasionados por los contratistas en la ejecución de los contratos es la relativa a la “*culpa in vigilando*”, cuando la Administración incumpla los deberes de inspección sobre la ejecución del contrato administrativo.

A tal efecto, el artículo 255.2 de la LCSP establece que la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Para ello, la jurisprudencia ha acudido al concepto de los estándares medios.

En todo caso es necesario que los resultados lesivos pudieran haberse evitado o paliado mediante una actuación adecuada, por lo que la relación de causalidad no media entre la omisión y el resultado, sino en la virtualidad causal de la hipotética acción que hubiera podido o debido realizarse para evitar dicho resultado. Nos encontramos ante un problema no de causalidad sino de imputación, que existirá cuando el omitente (la

Administración) tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo y la acción omitida poseía capacidad para evitarlo.

Esta interpretación para la atribución de responsabilidad a la Administración ha sido admitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así la Sentencia de 18 de diciembre de 2000 (recurso nº 2621/1998) que reconoce este tipo de responsabilidad en relación con un supuesto en el que se produce el fallecimiento de un trabajador que formaba parte de una brigada en un incendio forestal. Dicha sentencia condena solidariamente a resarcir el daño al contratista y a la Administración que contrató el servicio de avioneta cuya descarga de agua ocasionó la muerte por electrocución, al haber realizado dicha descarga sobre la zona en que se hallaba caído un cable de alta tensión y se justifica en que en el contrato suscrito por ICONA se reservaba las facultades de vigilancia, inspección y organización.

Asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 2008/5852) 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, a pesar de la existencia de un servicio de mantenimiento contratado por la Administración. El razonamiento de la Sentencia es que la existencia del contrato de mantenimiento 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 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 exigido de conformidad con los artículos 106.2, de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. *“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).”*

Posteriormente, la Sentencia de 29 de septiembre de 2009 resuelve el recurso planteado contra la desestimación presunta de la reclamación planteada contra el Ministerio de Fomento por los daños y perjuicios sufridos tras el accidente acaecido el día 9 de diciembre de 2003 a consecuencia de que un zorro cruzó inopinadamente la A-6. En dicha Sentencia señala 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. *“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”.*

En suma, la responsabilidad por culpa *in vigilando* tiene origen en el funcionamiento anormal de los servicios de inspección. A tal efecto, el

artículo 255.2 LCSP dispone que, “*en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate*”. Dicho precepto establece un régimen general de vigilancia sin que implique un deber específico de seguimiento de la total actividad del contratista, verificando todas las opciones que sigue y controlando previamente las decisiones que adopta. De hecho, la prerrogativa de dirección e inspección tiene como límite el respeto al ámbito de autonomía y libertad de organización que está en la base de la proclamación del principio de riesgo y ventura.

La responsabilidad de la Administración por culpa *in vigilando* es una responsabilidad por omisión, con lo cual para que la Administración sea responsable se han de cumplir dos requisitos: en primer lugar, es preciso que no haya realizado una actividad debida; en segundo lugar, que dicha actividad tenga capacidad para evitar el resultado lesivo. Probablemente los principales problemas en este ámbito surgen a la hora de determinar cuál es la conducta debida. En otros términos, no es evidente cuál es el alcance de los poderes de inspección, o lo que es lo mismo, es difícil precisar la intensidad con la que la Administración está obligada a supervisar los distintos actos de ejecución del contrato.

Por todo ello, a nuestro parecer, la imputación de la responsabilidad a la Administración por los daños causados a terceros por los contratistas de los servicios públicos debe fundamentarse en la titularidad del servicio y en ocasiones, en los términos manifestados, en la culpa *in vigilando*. El artículo 256c) de la LCSP debe interpretarse en sede de relación contractual, en las relaciones entre el contratista y la Administración.

La propuesta de resolución considera que en el expediente se ha probado suficientemente la responsabilidad del contratista municipal -y

por eso le atribuye la carga de la indemnización- pero que el reclamante no ha aportado ninguna prueba que permita derivar la responsabilidad de tales daños al Ayuntamiento puesto que en ningún momento se ha acreditado que haya existido falta de diligencia en los poderes del Ayuntamiento de dirección, vigilancia y control. Este Consejo Consultivo no puede compartir el argumento del Ayuntamiento y ello porque han quedado acreditadas en el expediente, a través de los informes de la Policía Municipal, la existencia tanto de arena en la calzada como de una deficiente colocación de los muros New Jersey, circunstancia que invierte la carga de la prueba, así lo considera, entre otras, 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 (...)”*.

Esta inversión de la carga de la prueba hace que deba ser la Administración la que demuestre que ha actuado con la diligencia debida en la correcta limpieza y mantenimiento de la calzada, extremo que ni la Administración municipal ni la empresa contratista han acreditado.

Hemos de atender aquí a un criterio de si se ha seguido un estándar exigible y a este respecto la mercantil Madrid Calle 30 en sus alegaciones expone que *“las oportunas operaciones de conservación y limpieza de la calzada se efectuaban de forma habitual, con la diligencia debida y dentro del nivel de eficiencia exigible en cuanto al rendimiento y a la prestación del deber de vigilancia”*, mas al margen de esta afirmación no aporta documento alguno y ni tan siquiera expone el momento en que tuvo lugar la última actuación de limpieza o vigilancia de la vía con anterioridad al accidente para que se pueda hacer, de forma razonable y razonada un juicio sobre la adecuación de las actuaciones de limpieza a un estándar medio.

El Ayuntamiento, a su vez, tampoco aporta al expediente informe de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento de la Gestión Integral de la M-30, órgano creado por Decreto del Alcalde de 26 de abril de 2006 y que, de conformidad con lo dispuesto en su disposición Tercera, apartado a), es función de esta Comisión *“constatar y verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones de la entidad Madrid Calle 30 en los términos y condiciones y con los medios señalados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en particular verificando el cumplimiento de los estándares de calidad y parámetros técnico-funcionales, realizando las inspecciones, evaluaciones y demás actuaciones previstas en la cláusula 4 del mencionado Pliego”*.

La ausencia de elementos probatorios para acreditar el cumplimiento del estándar de calidad exigible en la limpieza y mantenimiento de la vía y su correcta vigilancia por parte del Ayuntamiento unida a la prueba documental aportada por la Policía Municipal del deficiente estado de la calzada y la también deficiente colocación de los muros New Jersey permite concluir que el Ayuntamiento no ha cumplido suficiente y correctamente con su función de vigilancia y control de la empresa contratista lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta más arriba y asumida por este órgano consultivo, determina que la imputación de la responsabilidad recaiga sobre el Ayuntamiento de Madrid y no sobre la entidad Madrid Calle 30.

QUINTA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, el 13 de octubre de 2006, fecha del accidente sufrido por el reclamante.

A la hora de realizar una valoración, la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global -sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una *“apreciación racional aunque no matemática”* -sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 154)-, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. Atendiendo a supuestos similares previamente dictaminados por este Consejo Consultivo, se estima que la indemnización por los daños personales ascendería a 25.000 euros.

También es indemnizable el daño consistente en la reparación de la motocicleta que, según factura aportada por el reclamante ascendió a la cantidad de 3.405,16 €.

El sumatorio asciende a la cantidad 28.405,16 €.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación presentada e indemnizar al reclamante con la cantidad de veintiocho mil cuatrocientos cinco euros y dieciséis céntimos, entendiendo dicha cantidad actualizada al momento presente.

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.

Madrid, 26 de mayo de 2010