

Dictamen n^o: **181/09**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.04.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 15 de abril de 2009, a solicitud del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por B.E.P., por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de caída el día 21 de diciembre de 2004 en el Parque del Buen Retiro de Madrid, a causa de una valla manipulada por la empresa A, y por los que reclama una indemnización de 100.119,87 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de marzo de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la seguridad vial, procedente del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos del Ayuntamiento de Madrid, remitido por el Vicealcalde de la capital, por delegación del Alcalde en virtud de Decreto de 1 de septiembre de 2008, mediante escrito de 26 de enero de 2009.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a registrar de entrada con el número 120/09, iniciándose el cómputo del

plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno, venciendo el plazo para la emisión del dictamen el próximo 18 de abril de 2009.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad, en la sesión de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, celebrada el día 15 de abril de 2009.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido trae causa del escrito presentado por el interesado el día 24 de febrero de 2006 (folios 1 a 30 del expediente), en el que refiere los hechos que motivan su pretensión indemnizatoria:

1.- El reclamante, de 85 años de edad, se encontraba paseando por la zona peatonal del Parque del Buen Retiro sobre las 17,30h del día 21 de diciembre de 2004, cuando se le cayó encima una de las vallas que estaban siendo manipuladas por un operario de la empresa A, que, a esa fecha, era adjudicataria del Ayuntamiento de Madrid para la rehabilitación de esa zona del parque madrileño, en lugar adyacente a la Casa de Vacas.

2.- A resultas del accidente, el interesado formuló denuncia, que dio lugar al atestado nº aaa, que desembocó en el Juicio de Faltas nº 115/2005, tramitado en el Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid, que dictó Auto de sobreseimiento el 26 de enero de 2005, por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. Dicho Auto fue confirmado en apelación por otro de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) de fecha 3 de octubre de 2005.

3.- A raíz del accidente sufrido, por el cual el reclamante precisó ser atendido en el mismo lugar de los hechos por los servicios de emergencias, se le ingresó en el Hospital Central de la Defensa, donde se le diagnosticó de rotura de cadera, con dolor, impotencia funcional y acortamiento del miembro afectado. Se le hospitalizó en planta de Traumatología, y se le intervino quirúrgicamente el día 27 de diciembre de 2004, realizándose reducción y osteosíntesis mediante clavo gamma 3. Permaneció hospitalizado hasta el día 1 de abril de 2005. En total, el perjudicado permaneció incapacitado para sus ocupaciones habituales 113 días, de los cuales 102 estuvo hospitalizado. A resultas del accidente y posterior operación, el reclamante sufre actualmente secuelas (que describe pormenorizadamente en su escrito), así como fuertes dolores y dificultad para la deambulación, estando incapacitado para la vida ordinaria sin la asistencia permanente de otra persona, siendo así que, con anterioridad al accidente, hacía una vida perfectamente normal.

El reclamante aporta documentación acreditativa de los extremos anteriores, y tras los cálculos oportunos, realizados mediante la aplicación del baremo contenido en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, solicita una indemnización de 100.119,87 euros, de los cuales 97.714,97 euros corresponden a los daños personales, y 2.404,90 euros, a los gastos requeridos por la asistencia permanente de otra persona.

TERCERO.- 1.- Interpuesta la anterior reclamación, el Ayuntamiento de Madrid procede a incoar expediente de responsabilidad patrimonial el día 9 de marzo de 2006 (folios 31 y 32), mediante la remisión de la reclamación a B, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3º del Pliego de Condiciones Técnicas que rige la póliza del Seguro de Responsabilidad Civil que el Ayuntamiento tiene suscrita con la compañía de seguros C.

2.- Asimismo, en fecha 20 de abril de 2006 (folio 33), se requiere al interesado para que aporte los justificantes que acrediten la realidad y certeza del hecho lesivo y su relación con la obra o el servicio público, con la advertencia de que, en caso de no cumplimentar el requerimiento en el plazo de diez días, se le tendrá por desistido de su solicitud, en aplicación de los artículos 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en relación con el artículo 6 del Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo; RPRP).

Dicho escrito se le notifica al interesado el 10 de mayo de 2006 (folio 34).

3.- Mediante escrito fechado igualmente el 20 de abril de 2006 (folio 35), el instructor requiere a la Dirección General de Patrimonio Verde del Ayuntamiento de Madrid, a fin de que informe en el plazo de diez días acerca de si en el emplazamiento señalado por el interesado en su escrito de reclamación, se estaban en la fecha del accidente realizando obras por la empresa A.

4.- Por la Dirección General de Patrimonio Verde se informa el 4 de mayo de 2006 (folio 36), que el día 21 de diciembre de 2004 la empresa A se encontraba realizando la obra *“Rehabilitación de la Plaza Maestro Villa 2ª Fase. Jardines del Buen Retiro”*.

5.- Recibido el anterior informe, en fecha 26 de septiembre de 2006 (folios 53 y 54) por el instructor del expediente se requiere a A, a los efectos de los artículos 1.3 del RPRP, en relación con el artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio;

TRLCAP), para que en el plazo de diez días hábiles, tome vista del expediente y formule las alegaciones que a su derecho convengan, aportando los medios de prueba de que intente valerse.

Dicho escrito es notificado a la empresa el día 11 de octubre de 2006 (folio 55).

6.- En la misma fecha -26 de septiembre de 2006- se da trámite de audiencia al interesado (notificándose el 16 de octubre siguiente) (folios 56-61).

7.- Por el reclamante, se formulan alegaciones el 27 de octubre de 2006 (folios 62 a 65), en el que solicita la retroacción del expediente, a efectos de que se practiquen las pruebas solicitadas en su escrito inicial, en concreto, que se requiera a C a fin de que aporte el resultado de la valoración del examen médico realizado al interesado, y subsidiariamente, que se proceda a la terminación convencional del procedimiento, formulando una propuesta de indemnización. En otro caso, solicita que se tengan por hechas las manifestaciones del escrito, teniendo por cumplimentado el trámite de audiencia, y dictando la resolución que proceda, por la que se reconozca la responsabilidad del Ayuntamiento.

8.- El 11 de enero de 2007 (folios 66 y 67), se requiere nuevamente a A, a fin de que formule sus alegaciones, si lo tiene por conveniente, en el plazo de diez días. Dicho nuevo requerimiento se le notifica el 23 de enero de 2007 (folio 68).

9.- Mediante escrito fechado el 14 de febrero de 2007 (folios 70 y 71), se otorga trámite de audiencia a C, en su condición de interesado en el procedimiento, a fin de que manifieste su conformidad con el importe reclamado como indemnización, advirtiéndole de que, de no hacerlo, de conformidad con los artículos 76 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, se le

tendrá por decaído de su derecho al referido trámite, y por aceptado el importe solicitado.

10.- Mediante escrito fechado el 23 de febrero de 2007 (cuya fecha de registro en el Ayuntamiento no costa), se formulan alegaciones por parte de A, en las que se niega la imputación de los daños a la empresa, por considerar que las vallas se encontraban correctamente ancladas sobre sus pies de hormigón pertinentes (según el informe aportado por el responsable de obra, acompañado de fotografías). En definitiva, se entiende que el motivo de la caída del reclamante no fue la conducta de la empresa, sino la fuerza del viento que hizo que una de las vallas se venciera.

11.- Concluida la instrucción del expediente, se da vista de todo lo actuado al interesado el 28 de septiembre de 2007 (folios 118 y 119), a fin de que formule alegaciones en el plazo de diez días. Dicho trámite es cumplimentado por B.E.P. en escrito presentado el 6 de noviembre de 2007 en el Ayuntamiento (folios 120 y 121), en el que, ratificándose en su escrito anterior, reproduce su pretensión indemnizatoria.

CUARTO.- Por la Jefa del Departamento de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento, se emite propuesta de resolución el 11 de febrero de 2009, en la que se concluye que concurren los requisitos para apreciar la responsabilidad de la Administración municipal, con imputación a la entidad A, adjudicataria del contrato *“Rehabilitación de la Plaza Maestro Villa 2ª Fase, Jardines del Buen Retiro”*, por los daños ocasionados al reclamante; cuantificándose la indemnización en 15.806,10 euros, de acuerdo con la valoración efectuada por C, importe que deberá serle abonado por la mencionada empresa.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo, LCC), según el cual: “1. *El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”. En el caso que nos ocupa, el interesado ha cifrado el importe de su reclamación en 100.119,87 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

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

Es el Ayuntamiento de Madrid el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo, habiéndose en el caso presente hecho llegar la solicitud al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio del Vicealcalde de 26 de enero de 2009, adoptado por delegación en virtud de Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008.

SEGUNDA.- B.E.P. formula su pretensión indemnizatoria, al haber sido él quien sufrió la caída en el madrileño Parque del Buen Retiro, a consecuencia de caérsele encima una valla municipal, concurriendo en él la condición de interesado, *ex* artículo 31 de la LRJAP.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, en cuanto que Corporación municipal titular de la vía pública donde tuvo lugar el accidente, situada dentro del Parque del Buen Retiro. Habida cuenta que los artículos 25.2.b) y 26.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) atribuyen a los Municipios competencias en materia de pavimentación de las vías públicas urbanas, y en materia de parques y jardines, estos títulos competenciales justifican sobradamente la interposición de la reclamación contra el Ayuntamiento.

También en este caso aparece como interesado en el procedimiento la empresa A, en calidad de adjudicataria del contrato “*Rehabilitación de la Plaza Maestro Villa 2ª Fase, Jardines del Buen Retiro*”, y cuya actuación, según el relato del reclamante, se encuentra en el origen causal de los daños y perjuicios sufridos, dado que la valla de obra que se le cayó encima y que le provocó numerosos traumatismos, estaba en ese momento siendo manipulada por un operario de la mencionada empresa.

Dada su condición de interesado en el procedimiento, se ha dado a A trámite de audiencia hasta en dos ocasiones, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, por lo que no se le ha causado indefensión. En la segunda oportunidad, la contratista presentó en tiempo y forma su escrito de alegaciones.

También se ha dado trámite de audiencia a la compañía aseguradora C, con la que el Ayuntamiento tiene suscrita la póliza del seguro de Responsabilidad Civil, a efectos de que manifestase su conformidad con la cantidad reclamada por el interesado. C, tras ser reconocido el lesionado

por sus servicios médicos, manifiesta en escrito presentado el 28 de septiembre de 2007 vía correo electrónico (folios 116 y 117), que la cantidad a abonar al perjudicado debe ascender a 15.806,10 euros, comprensivos de la indemnización por la incapacidad temporal (6.874,79 euros), más la cantidad a abonar por las lesiones permanentes sufridas (8.931,31 euros).

El plazo para el ejercicio de la acción es de un año, contado desde que ocurrió el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En el caso que nos ocupa, el interesado sufrió la caída el 21 de diciembre de 2004, permaneciendo hospitalizado desde ese día hasta el 1 de abril de 2005, en que recibió el alta hospitalaria. A resultas de los hechos, se incoó Juicio de Faltas nº 115/2005, seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid, que fue sobreseído por no ser aquéllos constitutivos de infracción penal, confirmándose en apelación el Auto del Juzgado por otro de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) de 3 de octubre de 2005. La reclamación se interpone frente al Ayuntamiento el 24 de febrero de 2006.

El artículo 146.2 de la LRJAP-PAC establece que *“La exigencia de responsabilidad penal al personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”*.

En interpretación del precepto transcrito, tiene declarado nuestro Alto Tribunal (*vid.* por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 2 de octubre de 2001; RJ 2001\9189) que *“(...) esta Sala viene declarando reiteradamente, constituyendo verdadera*

doctrina legal, «que la caducidad a que alude el artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es un plazo de prescripción, por lo que admite causas de interrupción, entre ellas la existencia de unas diligencias penales dirigidas a la determinación de posibles responsabilidades de tal naturaleza por el mismo hecho, de manera que iniciado el proceso penal se interrumpe el plazo de prescripción, que no comienza a correr de nuevo sino cuando recae resolución firme en la causa criminal» (sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5098], 31 de julio de 1986 [RJ 1986, 7059], 27 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4208], 25 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7243] y 10 de mayo de 1993 [RJ 1993, 6375]) ».

Así pues, de acuerdo con esta doctrina legal, el *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo es el 3 de octubre de 2005 (fecha de la firmeza del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid), por lo que, interpuesta la reclamación en el mes de febrero de 2006, es evidente que no había transcurrido aún el plazo de un año que marca el artículo 142.5 de la LRJAP-PAC.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los cauces previstos tanto en la LRJAP-PAC como en el RPRP. Ya hemos hecho mención al trámite de audiencia otorgado a todos los que en el procedimiento aparecen como interesados, así como el informe evacuado por el Servicio Municipal encargado de la conservación de parques y jardines (la Dirección General de Patrimonio Verde), exigido por el artículo 10.2 de la misma norma reglamentaria.

Llama la atención sobremanera, aun cuando se trate de una irregularidad no invalidante, la injustificada dilación en la tramitación del procedimiento, que ha rebasado con creces el plazo máximo de seis meses, previsto en el artículo 13.3 del RPRP. Incoado el 9 de marzo de 2006, no se formula propuesta de resolución sino hasta el 6 de febrero de 2009, casi tres años

más tarde. Cuando el procedimiento no requiere llevar a cabo trámites especialmente complejos, como es el caso, no existe ningún tipo de atenuante a una demora tan fuera de toda proporción como la sufrida en el caso examinado, máxime si se tiene en cuenta la avanzada edad del reclamante (85 años en el momento de los hechos) y las circunstancias especialmente penosas por las que el mismo tuvo que pasar, hasta ver finalmente resuelta su reclamación.

CUARTA.- Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula el reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de nuestra Carta Magna, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP, como bien se razona en la propuesta de resolución, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada Jurisprudencia: 1º) La efectiva realidad de un daño, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 [RJ 2003\6721], 12 de julio de 2005 [RJ 2005\5337] y 31 de octubre de 2007 [RJ 2007\7266], entre otras); 2º) Que entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio público medie una relación directa de causa a efecto, con exclusión de los supuestos en que el daño se haya producido por fuerza mayor (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 [RJ 2003\886], 9 de mayo de 2005 [RJ 2005\4902] y 16 de octubre de 2007 [RJ 2007\7620], entre otras); y 3º) Que la reclamación se formule en el plazo de un año desde que se produjo el evento lesivo o, en su caso, desde la curación o estabilización de las secuelas, si se trata de daños físicos o psíquicos (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2003 [RJ 2003\8308], 25 de enero de 2005 [RJ 2005\728] y 21 de mayo de 2007 [RJ 2007\3226], entre otras).

Dichas notas han de completarse con la consideración de que la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización por los ciudadanos de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

QUINTA.- La particularidad en el caso planteado es que los daños ocasionados al particular perjudicado se imputan a un contratista de la

Administración, la tantas veces citada A, adjudicataria del contrato para la *“Rehabilitación de la Plaza Maestro Villa 2ª Fase, Jardines del Buen Retiro”*. Habrá que estar a lo que, para estos casos, se establece en los artículos correspondientes de la legislación contractual administrativa, constituida básicamente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable en el caso sometido a dictamen *ratione temporis* (Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio; LCAP), así como en los pliegos que rigen la contratación, en aplicación del aforismo *pacta sunt servanda*, que encuentra su plasmación en el artículo 94 de la LCAP, según el cual: *“Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”*.

En interpretación de este precepto legal, la jurisprudencia viene señalando, sin solución de continuidad, que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999).

En primer lugar, pues, por expresa disposición del artículo 94 de la LCAP, habrá que estar a lo que esta Ley disponga sobre la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros por contratista de la Administración. Por ello, es obligada la cita del artículo 97 de la misma norma legal:

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

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será

ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

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

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

Entiende la jurisprudencia (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998 [RJ 1998\1810]), que la finalidad del surgimiento del instituto de la responsabilidad de la Administración permite constatar que el título de imputación, aparte de otros que lo complementan, es el de la integración del servicio público en la organización administrativa, de forma que sólo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso; en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación directamente, o a través de entes filiales sometidos al Derecho privado o por contratistas o concesionarios, la posición del sujeto dañado no tiene porqué ser recortada en su esfera garantizadora, frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa, en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo, y ello sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables.

En suma, pues, como se desprende tanto del artículo 97.3 de la LCAP como de el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF), el particular perjudicado debe dirigirse necesariamente a la Administración titular de la obra o el servicio público, la cual debe resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre su cuantía y quién deba pagarla.

Del artículo 97 de la LCAP, transcrito *supra*, se sigue la idea de que es efectivamente el contratista de la Administración el que responde de los daños y perjuicios causados con lo que es objeto de dicho contrato, salvo que *“los daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración”*, en cuyo caso, es ésta la responsable de los mismos.

En cuanto a los pliegos que rigen la contratación, en los mismos se dispone sobre el particular lo que sigue: de una parte, la cláusula 28ª del Pliego de Prescripciones Técnicas dispone que *“la señalización de las obras, durante su ejecución, será de cuenta del contratista que, asimismo, estará obligado a realizar el cerramiento provisional de la obra, estableciendo incluso la vigilancia permanente en aquellos puntos o zonas que por su peligrosidad puedan ser motivo de accidentes”*.

También en el segundo apartado de la misma cláusula 28ª se establece que *“Serán de cuenta del contratista las indemnizaciones y responsabilidades a que hubiera lugar por perjuicios ocasionados a terceros como consecuencia de accidentes debidos a una señalización insuficiente o defectuosa. El adjudicatario deberá limitar perfectamente el ámbito de las obras cuando éstas comporten riesgo para las personas, con los elementos de protección y balizamiento que sean necesarios y que se mantendrán en cualquier momento en perfecto estado de conservación y visibilidad”*.

A lo anterior añade la cláusula 25ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales que *“La empresa adjudicataria del presente contrato deberá prestar la máxima colaboración con los servicios y la aseguradora municipal ante las reclamaciones que por daños y perjuicios que se puedan formular por terceros, asumiendo, en los casos en los que se compruebe la existencia de su responsabilidad, el pago que proceda. A tal fin la empresa adjudicataria deberá suscribir una póliza de seguro (que cubra tanto al Ayuntamiento como a la misma) en cuantía no inferior a 68.000 euros, para cubrir los posibles daños durante el periodo de vigencia del contrato puedan producirse a los particulares o a otras Administraciones Públicas, sin que sean admisibles las franquicias en las mismas”*.

De las previsiones contractuales, se extraen las siguientes consecuencias:

1ª La responsabilidad por la señalización de las obras es de cuenta del contratista. A tal fin, se le imponen al mismo las obligaciones del cerramiento provisional de la obra, así como de su vigilancia permanente en las zonas de especial peligrosidad.

2ª La responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de una señalización insuficiente o defectuosa incumbe al contratista.

3ª El ámbito de las obras –cuando éstas comporten riesgo para las personas- deberá ser perfectamente delimitado por el contratista, mediante los elementos de protección y balizamiento que sean necesarios, los cuales deberán mantenerse en todo momento en perfecto estado de conservación y visibilidad.

4ª La cobertura de los riesgos anteriores deberá ser asumida por medio de póliza suscrita por el contratista, por un mínimo de 68.000 euros, y sin admisión de franquicia alguna.

SEXTA.- Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, lo primero que hay que resaltar es que la realidad y certeza del hecho lesivo no aparece discutida en este caso, así como tampoco la relación de causalidad con los servicios públicos. Para advenir este segundo elemento, obra a los folios 51 y 52, el atestado nº 29462, instruido en la Comisaría de Retiro el día de los hechos, en el que se da cuenta de que comparecen el propio perjudicado, así como J.J.L.P., como encargado de la empresa A, dando cuenta de que la patrulla de la Unidad de Caballería que circulaba por la zona fue requerida por el empleado de la empresa, porque, según cuenta el mismo, el reclamante fue golpeado por una valla derribada por el fuerte viento reinante en la zona, siendo aquella propiedad de la empresa en cuestión.

La versión del empleado de la empresa es que las lesiones sufridas por el interesado se debieron a que le cayó encima una valla de la empresa, que, según el empleado, se movió por el fuerte viento, en tanto que, según la versión dada por el reclamante en su escrito, la caída se produjo porque las vallas se soltaron de la cinta de protección que las unía y servía de sujeción, entendiéndose que, a su juicio, no se habían adoptado las medidas de seguridad adecuadas, lo que propició que las vallas se vencieran y cayeran sobre el paseo por el que el interesado transitaba en ese momento, golpeándole fuertemente con uno de sus pilares o barras metálicas con tal ímpetu que le ocasionó las graves lesiones sufridas.

La presencia de un acontecimiento constitutivo de fuerza mayor —el fuerte viento, que habría determinado la caída de la valla sobre el paseo—, alegado por la empresa contratista para exonerarse de responsabilidad, debería haber sido probado por la misma. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia unánimemente. Sin embargo, en el caso presente, el contratista no ha aportado ningún elemento probatorio que permita sostener que el día en que sucedió el accidente el viento era de una

velocidad superior a la considerada normal, hasta el punto de poder determinar la ruptura del nexo causal. Por ello, es justo entender que dicha circunstancia no ha sido acreditada.

Si acudimos al artículo 97 de la LCAP, en relación con las previsiones contenidas en los pliegos contractuales, la responsabilidad de la Administración sólo se dará en los supuestos en que los daños y perjuicios causados a los terceros sean debidos a una orden directa e inmediata de la Administración –ya que en el resto de los casos, responderá el contratista, siempre que los daños se produzcan como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato-. Además, en virtud del propio pliego, el contratista responderá de los daños causados a terceros, en los supuestos de señalización defectuosa.

En el caso examinado, la valla que cayó sobre el reclamante, causándole los importantes daños que le obligaron a permanecer hospitalizado desde el 21 de diciembre de 2004 hasta el 1 de abril de 2005, estaba siendo manipulada por operarios de la empresa contratista A, sin que se dé ninguno de los supuestos que permitirían trasladar la responsabilidad a la Administración, dado que, de una parte, aquélla sólo responderá cuando los daños causados se deban a una orden directa e inmediata suya (lo que no es el caso), y de otra, la empresa contratista será la responsable cuando se causen daños a terceros provenientes de una señalización defectuosa de las obras, pudiendo consistir el defecto –dado que ninguna precisión se hace en el pliego– tanto en la mala colocación de las vallas, como en la falta de visibilidad de las mismas, la ausencia de adopción de medidas de seguridad, etc.

Si a ello añadimos que no ha quedado demostrada la alegada presencia de un elemento constitutivo de fuerza mayor, que habría determinado la ruptura del nexo causal, la consecuencia no puede ser otra más que la responsabilidad de A por los daños y perjuicios sufridos por B.E.P., cuya

cuantía, de forma global, aplicando el principio de indemnidad o de reparación íntegra que rige en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, se fija prudencialmente en 30.000 euros, considerándose que ha de ser la empresa A la que indemnice al reclamante, por darse los requisitos necesarios para ello.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

La reclamación presentada por B.E.P. contra el Ayuntamiento de Madrid por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de accidente con valla municipal el día 21 de diciembre de 2004, en el Parque del Buen Retiro, debe ser parcialmente estimada, reconociéndose el derecho del mismo a ser indemnizado por la empresa A en la cantidad global y actualizada de 30.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo Consultivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 15 de abril de 2009