

Dictamen n^o: **314/14**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.07.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de julio de 2014, emitido ante la consulta formulada por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por Z.C.C., en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad A.M.N.C., por el fallecimiento en accidente laboral de M.N.T., ex compañero sentimental y padre, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en la oficina de registro de Vicealcaldía el 22 de diciembre de 2009, la reclamante, en calidad de compañera sentimental del fallecido y madre del hijo de ambos, reclama responsabilidad patrimonial de la Administración, al considerar que su fallecimiento se debió a la falta de medidas de seguridad en la obra, cuando se encontraba en su puesto de trabajo ejerciendo labores de vigilante de seguridad en las obras que se estaban realizando en el antiguo velódromo-canódromo de Carabanchel.

La obra donde ocurrió el siniestro, al decir de la reclamante, no tenía las medidas de seguridad requeridas legalmente según dispone la Ley de

Prevención de Riesgos Laborales, al darse las siguientes deficiencias, según refirieron los servicios de emergencia (SAMUR y Policía) y un compañero del trabajador fallecido:

- Carecía de iluminación.
- Se encontraba en muy mal estado, tenía un acceso difícil y complicado y una gran peligrosidad.
- No había vallado ni medidas de seguridad en la obra, según manifestación también del técnico de Prevención del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el trabajo de la Comunidad de Madrid, que, al parecer, se pusieron después del accidente.
- El trabajador fallecido, aunque tenía la categoría de controlador o auxiliar de prevención, realizaba labores de vigilante de seguridad *“de manera ilegal pues la legislación y normativa española exigía/exige que para ser vigilante de seguridad era/es necesario, entre otros requisitos, tener la nacionalidad española o de algún otro país de la Unión Europea -lo que evidentemente no tenía el fallecido, que era nacional de Colombia-, según establecía el Convenio Colectivo aplicable de Empresas de Seguridad en el art. 22, apartados A) subapartados A.3”*.
- Se le exigía al trabajador fallecido que realizara labores de vigilancia que no le correspondían según su contrato de trabajo y para las que no estaba cualificado ni preparado, que debía desempeñar y desempeñaba siempre solo y sin teléfono de la empresa, lo que le dejaba en una situación de inseguridad y desamparo, puesto que si sucedía algo, como por desgracia ocurrió, nadie le podía ayudar ni tan siquiera pedir auxilio para él, y con unas jornadas de trabajo excesivas, ya que trabajaba muchas horas seguidas, de noche, en esas condiciones.

- La barandilla por donde se cayó el trabajador, no era adecuada, ya que el punto de apoyo de las mordazas de los balaustres -de las barandillas del lugar del accidente- no pinzaban en toda su longitud, según dictaminó el técnico de Prevención del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid, por lo que se instó a la empresa para que revisara y comprobara la colocación de los balaustres tipo “sargento” instalados, verificando que las mordazas presionaran en toda su longitud, medidas que fueron adoptadas por la empresa con posterioridad al accidente.

Comunica que los hechos se pusieron en conocimiento del Juzgado de Instrucción número 21 de Madrid, lo que dio lugar al Procedimiento Abreviado 3575/2006 que concluyó con el Auto de 29 de diciembre de 2008, notificado el 12 de febrero de 2009, que devino firme y en el que se confirmaba el sobreseimiento y archivo de las diligencias al no apreciarse que los hechos fueran constitutivos de infracción penal.

Solicita una indemnización de 163.371,80 euros, de los cuales 115.327,27 euros corresponden a la compañera sentimental/unión de hecho y 48.050,53 euros al hijo menor de edad, estas cantidades incluyen el 10% del factor de corrección. Para la obtención de la suma indemnizatoria, se ha tenido en cuenta la Ley 30/1995 de 8 de noviembre sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, actualizada por la resolución de 20 de enero de 2009 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones publicada en el B.O.E. de 2 de febrero de 2009.

SEGUNDO.- La documentación obrante en el expediente pone de manifiesto que:

I. El fallecido, de 26 años de edad, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, prestaba servicios con la categoría de Auxiliar de

Prevención, desde el 10 de enero de 2006 en la compañía A, empresa que fue contratada por la mercantil B, para la vigilancia y control de la obra de construcción del Centro Deportivo Municipal Antiguo Canódromo, en la calle Vía Carpetana, 57 de Madrid, propiedad del Ayuntamiento.

El día 14 de junio de 2006, entre las 22:30 y las 23 horas, cuando se encontraba en la obra realizando sus labores de vigilante de seguridad cayó en un foso de unos 3,70 metros de profundidad y 1,50 metros de ancho y se arrastró hacia unas escaleras donde gritó para pedir auxilio. El trabajador se encontraba solo en el interior de la obra. Vecinos de las proximidades oyeron los gritos y llamaron a la Policía Nacional.

Al lugar de los hechos acudió la Policía Municipal y la Policía Nacional, encontrando la puerta cerrada con llave y con cerramiento de todo el perímetro de la obra. A través de un terraplén pudieron saltar al interior, que se encontraba completamente a oscuras, sin ninguna señalización luminosa; los policías tuvieron que utilizar linternas y siguieron el sonido de auxilio del trabajador para llegar hasta donde se encontraba. En el foso donde se encontraron al trabajador no había señalización ni vallas, sólo unos hierros horizontales.

Fue atendido por el SAMUR en el lugar de los hechos y falleció cuando era trasladado al hospital. El informe de la autopsia indica que la causa de la muerte del trabajador fue el politraumatismo, presentando fractura de ambos fémures en el tercio medio y del tobillo izquierdo y el informe de toxicología indica que en sangre no se detectaron ni psicofármacos ni etanol, aunque sí compuestos de cannabis.

El día 15 de junio, el Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid realizó visita al lugar de la obra y emitió un informe sobre el accidente, en el que recomendó a la empresa constructora que con carácter inmediato se revisen todos y cada uno de los

elementos que conforman el sistema de barandilla instalado en el foso existente entre las gradas y la explanación para el campo de fútbol, con el fin de garantizar su estabilidad y solidez. La Inspección de Trabajo realizó visita a la obra tres meses después del accidente, no proponiendo recargo de prestaciones.

Al tiempo del fallecimiento, el trabajador se encontraba casado desde el año 2005 y tuvo un hijo póstumo. También tenía otro hijo, fruto de su anterior relación con la ahora reclamante, que según los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, de 15 de julio de 2011, no es beneficiaria de pensión de viudedad ni consta que la haya solicitado. El hijo de la reclamante, según la citada sentencia, percibe una pensión de orfandad de 167,89 euros mensuales y una indemnización a tanto alzado por importe de 839,48 euros.

II. La obra en la que prestaba sus servicios el trabajador accidentado fue contratada por el Ayuntamiento de Madrid mediante concurso. En los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares rectoras del contrato, se contienen algunas cláusulas en materia de seguridad y salud laboral que son de interés al objeto del presente dictamen. En concreto, la cláusula 24, “*Plan de Seguridad y Salud*”, señala:

“En aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, según proceda, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del RD. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra.”

El plan de seguridad y salud deberá ser aprobado por la Administración antes del inicio de la obra, con el correspondiente informe del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, o del director, en su caso.

En todo caso, respecto del plan de seguridad y salud en las obras de construcción se estará a lo dispuesto sobre el mismo en el R.D. 1627/1997, de 24 de octubre y en el Sección 1ª del Capítulo 12 del Pliego de Condiciones Técnicas Generales aplicable a la redacción de proyectos y ejecución de las Obras Municipales, relativo a las obligaciones sociales y laborales del contratista”.

En el mismo documento, la cláusula 33 sobre las “Obligaciones laborales y sociales” establece:

“El contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de minusválidos y de prevención de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales y en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, así como de las que se promulguen durante la ejecución del contrato”.

Por otro lado, el Pliego de Bases Técnicas, reguladoras del concurso público y de la ejecución de las obras, en el apartado 13 (“Estudio de Seguridad y Salud”) del artículo 7 “Proyecto de ejecución”, dispone:

“En cumplimiento de lo establecido en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de Octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, deberá formar parte del Proyecto de ejecución un Estudio de Seguridad y Salud elaborado por un técnico competente, coherente con el contenido

del mismo y que recoja las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra”.

El artículo 8 del Pliego de Bases, en relación con el “*Plan de Seguridad e Higiene*”, explicita:

“En aplicación del Estudio de Seguridad y Salud del proyecto, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1627/1997, el Adjudicatario quedará obligado a elaborar un plan de Seguridad y Salud en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen, en función de su propio sistema de ejecución de la obra, las previsiones contenidas en el Estudio citado. En dicho Plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de prevención que la Empresa adjudicataria proponga con la correspondiente valoración economía de las mismas, que no podrá implicar variación del importe total consignado en el Estudio de Seguridad y Salud.

Este Plan de Seguridad y Salud deberá ser entregado por el adjudicatario, con el correspondiente informe del Coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, de forma que sea elevado para su aprobación en el mismo acuerdo de aprobación del Proyecto de Ejecución.

El Plan de Seguridad y Salud será documento de obligada presentación junto con la comunicación de apertura del centro de trabajo a la autoridad laboral competente y estará a disposición permanente de la Dirección facultativa, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los técnicos de los órganos especializados en materia de seguridad y salud de las Administraciones Públicas competentes”.

III. Por estos mismos hechos se siguieron diligencias penales que terminaron por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número

1088/2008, de 29 de diciembre, por el que se confirma el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa, decretado por el Juzgado de Instrucción 21 de Madrid., mediante Auto de 22 de julio de 2008.

IV. Asimismo, se han sustanciado diversos procesos en la jurisdicción laboral, que han dado lugar a las siguientes resoluciones judiciales, que son de interés para el objeto del presente dictamen:

- Sentencia 27/2010, de 18 de enero, dictada en Autos 898/08 por el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, en la que figura como demandante la cónyuge del fallecido, en nombre propio y en el de su hijo, y como demandados el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la mercantil B, la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido, A y el Ayuntamiento de Madrid en calidad de promotor de las obras. Se condena a las citadas empresas, por falta de medidas de seguridad, al recargo de un 50% sobre las prestaciones a que tiene derecho la demandada y su hijo y se absuelve al Ayuntamiento de Madrid, a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el caso del Ayuntamiento de Madrid se apreció falta de legitimación pasiva.
- La anterior sentencia fue recurrida en suplicación por las condenadas, dando lugar a la Sentencia 228/2011, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de marzo de 2011, que desestima los recursos de suplicación.
- Sentencia 328/11, del Juzgado de lo Social número 26 de Madrid, de 15 de julio de 2011, dictada en los autos acumulados 1878/2009 y 701/10, este último del Juzgado de lo Social número 13, siendo demandantes la cónyuge y la anterior pareja sentimental del fallecido. Se aprecia falta de legitimación activa de la ahora reclamante en el

procedimiento de responsabilidad patrimonial, se estima parcialmente la demanda de la cónyuge y también parcialmente lo solicitado por ambas para sus hijos menores de edad, condenando a las empresas demandadas y a sus compañías aseguradoras a abonar a cada hijo del trabajador la cantidad de 40.255,59 €, y a la viuda 106.135 €, de los que habrá que descontar la capitalización de la pensión de viudedad, en conceptos de indemnización por responsabilidad civil de las empresas al haberse acreditado la culpa y negligencia de las mismas en el accidente del trabajador. Esta Sentencia fue aclarada por Auto de 14 de septiembre de 2011. +

- Sentencia 93/2013, de 14 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la viuda del trabajador contra la Sentencia de 15 de julio de 2011, y declara el derecho de la demandante a una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 96.614,12 euros, con los intereses moratorios declarados a su favor y en el de su hijo, junto con los procesales a favor de la viuda e hijos del causante, confirmando la sentencia de instancia en el resto de sus pronunciamientos.

TERCERO.- Ante la reclamación se ha incoado expediente de responsabilidad patrimonial.

Mediante escrito de 18 de enero de 2010, se practica requerimiento para que se complete la solicitud de reclamación, aportando: justificante que acredite la unión de hecho de la reclamante con el fallecido; acreditación de la relación paterno-filial del menor con el fallecido; declaración en la que la reclamante manifieste expresamente que ni ella ni su hijo menor de edad han sido indemnizados por los mismos hechos, en caso contrario deberán indicar las cantidades recibidas y justificantes oportunos; copia del Auto de 29 de diciembre de 2008 dictado por el

Juzgado de Instrucción número 21 de Madrid en el Procedimiento Abreviado 3575/2006 al que hace referencia en su reclamación; fotocopia del certificado de defunción del fallecido; y en caso de que se disponga del mismo, copia del contrato laboral suscrito por el trabajador y la empresa en la cual desempeñaba su trabajo en el momento de su fallecimiento.

Cumple parcialmente con lo requerido por escrito presentado el 2 de febrero de 2010 donde manifiesta que no ha recibido indemnización alguna por los hechos referidos, *“salvo la pensión de orfandad otorgada a mi hijo (...) que viene percibiendo y una indemnización a tanto alzado (839,48 €) de 1 mensualidad del salario anual que me concedieron”*. No acredita la unión de hecho con el fallecido y presenta copia del contrato de trabajo con categoría profesional de auxiliar de prevención; comunicación del contrato de trabajo del INEM como empleados de control y nómina correspondiente al mes de mayo de 2006, categoría profesional: controlador.

Por el instructor del procedimiento se solicita a la Dirección General de Patrimonio que informe sobre los siguientes extremos:

- Si las obras que se ejecutaban en el *“antiguo velódromo/canódromo de Carabanchel”* cuando se produjo el fallecimiento del trabajador, ocurrido el día 15 de junio de 2006, eran promovidas por el Ayuntamiento de Madrid.
- Si en esa fecha el Ayuntamiento de Madrid era el propietario de la citada instalación.
- En su caso, confirmación sobre la identidad de la sociedad que promovía las obras, según la reclamante B, así como si disponía o no de licencia o autorización, indicando, igualmente, quién las ejecutaba (incorporar al informe copia de la licencia o autorización). En su caso,

deberá facilitarse el código de identificación fiscal y el domicilio del promotor y ejecutor de las obras.

- Se adjuntará copia del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, Particulares y de Prescripciones Técnicas, así como fotocopia de la póliza de seguros de obligada suscripción en vigor en la fecha del suceso, 15 de junio de 2006, que cubriera los posibles daños que se ocasionaran a terceros durante la ejecución de los trabajos contratados, indicándose el domicilio social de la citada compañía de seguros.

- Consideraciones sobre las deficiencias que, según la interesada, propiciaron el accidente del fallecido, relacionadas con la falta de medidas de seguridad y otras irregularidades indicadas en su escrito de reclamación.

- De proceder, se adjuntarán copias de los informes emitidos por la entidad responsable de seguridad y salud en las obras correspondientes a la fecha indicada, si aportasen información complementaria sobre la señalización y condiciones de seguridad de aquéllas.

- Asimismo, se incluirá en el informe cualquier otro extremo que se considere oportuno y sea de interés para determinar la existencia de responsabilidad y a quién debe ser imputada.

La Subdirección General de Edificación Pública, con fecha 31 de mayo de 2010 informa que las obras que se ejecutaban en la fecha indicada eran promovidas por el Ayuntamiento de Madrid, en terrenos de su propiedad. Dichas obras fueron adjudicadas por Decreto del concejal de Gobierno de Hacienda y Administración Pública el 28 de octubre de 2005 a la empresa B, mercantil de la que se facilitan datos y domicilio fiscal.

No se emiten consideraciones adicionales sobre las deficiencias y adjuntan copia del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales,

Particulares y de Prescripciones y de la Póliza de Seguro en vigor en la fecha del suceso.

Con fecha 16 de junio de 2010, el Departamento de Responsabilidad Patrimonial, extiende diligencia para hacer constar que se une a las actuaciones copia parcial de la Sentencia de 18 de enero de 2010 del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, en la que se estima la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid en la demanda interpuesta por la esposa del fallecido en el momento de producirse el accidente.

Por escritos de 22 de julio de 2010, se notifica a los interesados en el procedimiento: la reclamante, la contratista encargada de las obras y la aseguradora de la mercantil, la apertura del trámite de audiencia con vista del expediente. La recepción de las comunicaciones por parte de la contratista y su asegurada queda acreditada con la incorporación al expediente de los acuses de recibo debidamente firmados.

No consta la presentación de alegaciones por parte de la compañía de seguros dentro del plazo establecido al efecto.

La empresa encargada de las obras, mediante representante acreditado por escritura de poder para pleitos, presenta el 9 de agosto de 2010 escrito de alegaciones, en el que, en síntesis, expone que el fallecido, empleado de una subcontrata no realizaba funciones de vigilante sino de controlador de la obra y que las mismas eran *“vigilar el perímetro y avisar si ocurría algo, bien a su jefe o a la policía, pero no intervenir él mismo ni entrar dentro de la obra”*, por lo que el trabajador, al adentrarse en la obra, además de incumplir las normas de seguridad, se extralimitó en sus funciones *“entrando en zonas que no correspondían a su zona de actuación por razones desconocidas”*.

Aduce la contratista que tras el accidente se realizó una visita por parte del técnico Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid cuyo informe indica *“que no existe una base lo suficientemente sólida como para formular, de una manera razonable y consecuente al menos una hipótesis sobre cómo sucedieron los hechos... Tampoco pueden establecerse causas concluyentes al respecto”*.

También menciona el informe de Valoración Médico-Toxicológica realizado al trabajador por el Instituto Anatómico Forense de las Diligencias Previas 3575/2006 tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid que contiene la siguiente declaración: *“En la muestra de sangre se detectan compuestos de cannabis. No se detectan psicofármacos ni etanol”*, por lo que es posible que el accidente se originara por encontrarse el trabajador bajo los efectos de drogas que le hicieran perder la conciencia de la realidad, desobedecer las órdenes dadas y perder el equilibrio, provocándose el lamentable accidente.

Por otra parte señala que la Sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid no es firme, pues la misma ha sido objeto de recurso de suplicación tanto por esta parte como por la subcontratista, por lo que ningún efecto tienen los hechos probados contenidos en la citada sentencia.

Concluye oponiéndose a las cuantías solicitadas como indemnización por no tener la solicitante derecho alguno a indemnización habida cuenta que ni era cónyuge ni pareja de hecho del trabajador en el momento del fallecimiento.

Al escrito de alegaciones acompaña además de la escritura que acredita la representación letrada, entre otros, copia del informe del accidente laboral y del recurso de suplicación formalizado por la mercantil.

La notificación del trámite de audiencia a la reclamante se realiza en segundo intento con fecha 3 de septiembre de 2010 y recepción el 17 del mismo mes.

El día 4 de octubre de 2010, el representante acreditado mediante escritura de poder general para pleitos comparece para tomar vista del expediente y retirar copia de diversos documentos obrantes en el mismo.

La interesada presenta el 5 de octubre de 2010 escrito de alegaciones en el que aduce que visto el expediente administrativo y la sentencia del Juzgado de lo Social 12 de Madrid de 18 de enero de 2010, queda suficientemente acreditada la falta de medidas de seguridad en la obra promovida por el Ayuntamiento de Madrid, en instalaciones de su propiedad y ejecutadas por las empresas constructoras con las que contrató el municipio y en consecuencia debe ser el Ayuntamiento quien indemnice por los daños y perjuicios causados.

Vistas las alegaciones formuladas por los interesados se solicita al Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública para que a la vista del Pliego de Bases Técnicas que rigen el concurso público para la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras de construcción de la instalación deportiva con campo de fútbol de césped artificial en el antiguo Velódromo de Carabanchel, se adjunte el Estudio de Seguridad y Salud y el Plan de Seguridad y Salud, lo que se efectúa con fecha 23 de noviembre de 2011.

Con fecha 4 de enero de 2012 la jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial extiende diligencia para hacer constar que se une al expediente la documentación anterior, en soporte electrónico, excepto una serie de documentos que no afectan a la tramitación del expediente y que se enumeran.

En este estado del procedimiento, se procede a dar nuevo trámite de audiencia a la contratista de las obras, que por medio de representante acreditada formula alegaciones por escrito presentado el 17 de febrero de 2012, en las que aduce que con el fin de evitar reiteraciones innecesarias se remite a las alegaciones presentadas en el mes de agosto de 2010 y puntualiza la falta de legitimación activa de la reclamante.

También se ha comunicado la apertura del nuevo trámite de audiencia a la compañía aseguradora de la contratista y a la reclamante. Consta la notificación a la aseguradora por el acuse de recibo de 17 de enero de 2012 que queda incorporado al expediente.

La notificación del trámite de audiencia a la reclamante se intentó por dos veces en el domicilio de la interesada, que no se pudo practicar por ser desconocida y posteriormente se intentó su notificación mediante edictos, que fueron publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid con fecha aaa de 2012 y en los tablones del Ayuntamiento de Madrid del 4 al 23 de mayo de 2012. No consta que en uso del indicado trámite haya comparecido ni formulado alegaciones por escrito en el plazo para ello establecido.

El 26 de febrero de 2013, la Asesoría Jurídica municipal, a requerimiento de la instructora del procedimiento remite al Departamento de Responsabilidad Patrimonial copia de las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Social número 12, de 18 de enero de 2010, (Autos 898/08) y en segunda instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Recurso de Suplicación 5753/10, de 25 de marzo de 2011, ambas firmes.

El 24 de abril de 2013, la Asesoría Jurídica municipal comunica al Departamento de Responsabilidad Patrimonial que todavía no se ha

recibido la sentencia del recurso de suplicación interpuesto contra el Auto de 14 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Social nº 26.

Con fecha 30 de mayo de 2013, se concede un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, a través de su representante legal, que rehúsa la notificación por no llevar ya su defensa, por lo que se notifica al nuevo domicilio de la reclamante con fecha 14 de junio de 2013, que es devuelto por ausente los días 21 y 24 de junio de 2013.

El 2 de agosto de 2013 se procede a dar trámite de audiencia a la empresa subcontratada por la adjudicataria de las obras y en la que prestaba sus servicios el trabajador fallecido, que comparece mediante escrito presentado el día 12 de agosto siguiente, para alegar, en síntesis que la reclamante también planteó un procedimiento de reclamación por indemnización por daños y perjuicios, ante la jurisdicción social, que ha sido tramitado ante el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, con número de Autos 1878/2009 y autos acumulados 701/10 del Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, que en el citado procedimiento se dictó Sentencia el 15 de julio de 2011, que posteriormente fue objeto de aclaración.

Por otro lado, hace mención a la falta de legitimación activa de la reclamante y la condena a las empresas demandadas de forma solidaria y a las compañías aseguradoras hasta el límite establecido en sus pólizas o franquicia de las mismas, a abonar a cada hijo del trabajador, cuyos datos constan en los Autos, la cantidad de 40.255,29 euros. La sentencia fue objeto de recurso de suplicación por parte de la viuda del fallecido, ante el Tribunal Superior de Justicia, sin ser recurrida por parte de la reclamante.

Insiste en la falta de legitimación activa de la reclamante para poder instar una reclamación de daños y perjuicios, pero que su hijo, sí ha resultado beneficiario de la indemnización reconocida en el procedimiento seguido ante la Jurisdicción Social, por lo que no tiene cabida una segunda

reclamación interpuesta de forma paralela y en la que se viene a reclamar lo mismo, ya que con ello se produciría un enriquecimiento injusto. Adjunta copia de las sentencias.

Se procede a notificar trámite de audiencia a la empresa contratista y sus aseguradoras, que dentro del plazo establecido no presentan nuevos documentos ni formulan alegaciones.

La instructora del procedimiento, el 17 de septiembre de 2013 extiende diligencia para hacer constar que se une al expediente el documento obtenido del Padrón Municipal de Habitantes de la Dirección General de Estadística donde consta el último domicilio de la reclamante, con el fin de conceder un nuevo trámite de audiencia. Tras tres intentos y posterior publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, dentro del plazo concedido que para ello haya, la reclamante no ha comparecido ni presentado alegaciones.

El 23 de abril de 2014, el director general de Coordinación y Régimen Jurídico del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por la reclamante en su propio nombre, como compañera sentimental del fallecido, por falta de legitimación activa y la desestimación de la formulada en nombre y representación del hijo menor de ambos por ruptura del nexo causal, toda vez que los daños no se han producido por el funcionamiento de los servicios públicos municipales sino por la actuación de las empresas contratistas que incumplieron las medidas preventivas de seguridad para evitar accidentes laborales de sus empleados y, en todo caso, por pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento en aplicación de lo dispuesto en el art. 87.2 LRJ-PAC, ya que las empresas responsables del accidente han indemnizado por tal motivo a la parte interesada.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se formula consulta con fecha 7 de mayo de 2014 por el coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 10 de mayo de 2013), a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, mediante escrito de 21 de mayo, registrado de salida en la Consejería el 11 de junio de 2014, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el mismo día y ha recibido el número de expediente 278/14, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por la Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de julio de 2014.

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

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado 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 (LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el coordinador General de la Alcaldía (por delegación de la alcaldesa), órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo

preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de parte, y su tramitación se encuentra regulada en 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), 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 (en lo sucesivo RPRP).

La reclamación se presenta por Z.C.C. en nombre propio y en el de su hijo menor de edad, por el daño derivado del fallecimiento de la ex pareja sentimental y padre, respectivamente, a consecuencia de un accidente laboral.

Ostenta legitimación activa el hijo menor de edad, habiendo quedado debidamente acreditada la relación de parentesco mediante el certificado de nacimiento.

Sin embargo, no cabe concluir lo mismo en relación a la que dice haber sido pareja de hecho del fallecido. A pesar de haber sido requerida por el Ayuntamiento para acreditar la unión de hecho con el fallecido, no presentó prueba alguna de dicha relación análoga al matrimonio, más allá de acreditar la existencia de un hijo en común.

La jurisprudencia establecida en esta materia por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, fijada en la Sentencia de 25 de mayo de 2010 (recurso

2969/2009) y reiterada en las Sentencias de 24 de junio y 6 de julio de 2010 (recursos 4271/2009 y 3411/2009, respectivamente), es la de que dicha convivencia puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho. No obstante la interesada no ha acreditado en forma alguna la convivencia con el fallecido.

Además, la relación de pareja de hecho, de haber existido, no estaba vigente en el momento del fallecimiento del trabajador, pues como ha quedado relatado en los antecedentes de hecho, al tiempo del accidente estaba casado y convivía con otra mujer desde el año 2005 y esperaba un hijo fruto de dicho matrimonio.

Sobre este extremo no cabe pasar por alto que en el proceso laboral sustanciado por estos mismos hechos, que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, de 15 de julio de 2011, se rechazó la legitimación activa de la ahora reclamante con los siguientes argumentos:

“en primer lugar, porque no acredita que existiera en el momento del hecho causante una relación sentimental de hecho o de derecho. No acredita convivencia actual, y que esa fuera permanente; en suma que existiera una relación de pareja equivalente al matrimonio o relación sentimental actual. El hecho de que en el pasado la actora hubiera compartido piso o hubiera mantenido una relación sentimental y de ella el nacimiento de su hijo, no acredita la estabilidad de la misma, ni la actualidad respecto al hecho causante y ningún otro dato aporta para legitimar la indemnización solicitada”.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid, en cuanto que titular de las obras en las que se produjo el accidente laboral.

El plazo para exigir responsabilidad indemnizatoria es de un año, que debe computarse desde el hecho causante del daño o desde que se manifestó

su efecto lesivo (artículo 142.5 LRJ-PAC). Es verdad que la ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal.

En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad patrimonial es preciso traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo (valga por todas las Sentencias 18 de enero de 2006 (recurso 6074/2001), 23 de enero de 2001, recurso 7725/1996, y 16 de mayo de 2002, recurso 7591/2000) que admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* - conforme al cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LRJ-PAC.

En el caso que nos ocupa el fallecimiento del trabajador se produjo el 15 de junio de 2006. Sin embargo, se sustanciaron diligencias penales que finalizaron con el Auto 1088/2008 de 29 de diciembre de 2008, notificado el 12 de febrero de 2009, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 22 de diciembre de 2009.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha recabado el informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de

audiencia exigidos en los artículos 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

Debe advertirse la excesiva dilación en la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició en diciembre de 2009 y se ha solicitado dictamen a este órgano consultivo en junio de 2014, excediendo con mucho el plazo de seis meses legalmente establecido. Si bien ello no constituye un defecto invalidante se cohonesta mal con el principio de eficacia al que está sometida la Administración *ex* artículo 103.1 de la Constitución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

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

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

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en materia de 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- 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.

CUARTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado el fallecimiento de una persona, mediante informe médico, que provoca un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 -recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

Sentado lo anterior procede analizar si el daño acreditado se encuentra en relación causal con la actuación del Ayuntamiento de Madrid. Para ello es

preciso señalar que, de acuerdo con la cláusula 33 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que ha de regir el contrato de redacción del proyecto de ejecución y realización de las obras de construcción de instalación deportiva en el antiguo velódromo de Carabanchel, en la cual se produjo el accidente por el que se reclama responsabilidad patrimonial, el contratista quedaba obligado al cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social y, especialmente, la de prevención de riesgos laborales.

Por su parte el Pliego de Bases Técnicas por las que se rige el concurso preveía en su artículo 7, apartado 13, que debía formar parte del Proyecto de Ejecución un Estudio de Seguridad y Salud que recoja las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de las obras, y el artículo 8 establece que el contratista debía elaborar un Plan de Seguridad y Salud en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen, en función de su propio sistema de ejecución de la obra, las previsiones contenidas en el Estudio y dicho plan debía ser aprobado por la Administración (en el mismo sentido la cláusula 24 del PCAP). Se añade que el Plan de Seguridad y Salud será de obligada presentación junto con la comunicación de la apertura de centro de trabajo a la autoridad laboral competente y estará a disposición permanente de la Dirección facultativa, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los técnicos de los órganos especializados en materia de seguridad y salud de las Administraciones Públicas competentes.

El Plan de Seguridad y Salud, una vez informado por el coordinador en materia de seguridad y salud fue aprobado el 15 de diciembre de 2005 por el concejal de Gobierno de Hacienda y Administración Pública.

Ahora bien, como se deriva de los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, de 18 de enero de 2010, el accidente se produjo por el incumplimiento por parte de la contratista y la

subcontratista de las medidas de seguridad pertinentes previstas en el Plan. El fundamento jurídico décimo, expresamente considera acreditada la relación de causalidad entre la infracción cometida por ambas empresas y el resultado sufrido puesto que no se encontraba señalizado el lugar por el que cayó el trabajador y que siendo completamente de noche, no disponía de elemento luminoso alguno, ni reflectante, con el añadido de que se encontraba completamente solo y sin comunicación con el exterior; no existía ninguna señal llamativa de peligro que impida el acceso a los lugares peligrosos, las barandillas no se encontraban fijadas y no existía pasamanos en una distancia de aproximadamente 20 metros. En el fundamento jurídico undécimo se señala expresamente que

“Es evidente que las empresas incumplieron la observancia debida de las medidas preventivas de seguridad.

El accidente se produce por dos hechos concurrentes, 1º MEDIDAS COLECTIVAS: que la empresa empleadora del trabajador no cumple con el Plan de Seguridad en el que está evaluado el riesgo de caída de personas en fosos, galeritas, etc., además de la falta de la medida de señalización luminosa o reflectante o de señal llamativa de peligro de caída, ni de medidas de localización en caso de emergencia o rescate.

2º MEDIDAS INDIVIDUALES. La prohibición con la instrucción clara y precisa de por dónde tenía que acceder el trabajador y de qué forma.

Las circunstancias concurrentes, fueron la causa del accidente del trabajador, por lo que estamos ante una clara falta de medida de seguridad que ha de ser sancionada”.

De acuerdo con lo anterior, queda claro que el accidente no es imputable a la actuación del Ayuntamiento, sino exclusivamente de la empresa

contratista y de la subcontratista que era empleadora del trabajador accidentado, motivo por el cual estas empresas fueron condenadas al recargo de prestaciones de la Seguridad Social y el Ayuntamiento de Madrid quedó absuelto por ser meramente el promotor de las obras, quedando la dirección facultativa de las obras a cargo de la empresa contratista.

Cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (recurso de casación 4459/2006), dictada en un supuesto en el que un trabajador que prestaba servicios para una empresa contratista de la Generalidad de Cataluña en las obras de reparación de las vías férreas, fue alcanzado por un tren cuando caminaba por las vías, de espaldas al sentido de la marcha de los trenes y portando al hombro una señal de obras que acababa de retirar. En dicha Sentencia se argumenta:

“En el segundo y tercer motivos se invoca el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, dando a entender que ésta debe responder de todo tipo de daños que se producen en su esfera de actuación, sin que pueda derivarla al contratista que es un mero ejecutor de sus decisiones.

Siendo cierto que la Administración ha de responder de los daños directamente causados por su funcionamiento, sea éste anormal (responsabilidad subjetiva o por culpa) o normal (responsabilidad objetiva o por resultado), también lo es que dichos daños deben ser causados por ella, es decir que debe existir un nexo causal entre su funcionamiento y los daños que se le imputan y ya vimos en el fundamento anterior lo que la Sala de instancia señaló al respecto: la producción del daño fue producida por la propia conducta del actor o de la empresa para la que trabajaba por no proporcionarle la formación, advertencias y vigilancia bastantes pero en ningún caso lo fue por la Administración”.

Argumento que es plenamente aplicable al que nos ocupa, en el que ha quedado plenamente acreditado que la ausencia de las medidas de seguridad que concurrieron en la producción del accidente es imputable exclusivamente a las empresas contratista y subcontratista, por lo que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el daño y la actuación administrativa, necesaria para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes



CONCLUSIONES

1.^a_ La reclamante carece de legitimación activa al no haber quedado acreditada su condición de pareja de hecho del trabajador fallecido.

2.^a_ En relación al hijo del fallecido, procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por no existir relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos.

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, 16 de julio de 2014