

Dictamen: **590/13**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.12.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría en su sesión de 4 de diciembre de 2013, 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 M.F.Q., sobre reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de la inundación de su local comercial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de abril de 2010 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Vicepresidencia, Cultura, Deporte y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los perjuicios económicos causados por una inundación sufrida en el local comercial del que es arrendataria, ubicado en la calle A, nº aaa, como consecuencia de la rotura de una tubería de agua.

La reclamante manifestaba en su reclamación que tenía almacenados en el local 80.000 relojes, de los cuales, 25.510 fueron afectados por la inundación, haciéndolos inservibles para su venta.

Solicitaba por ello una indemnización por importe de 60.904 euros, correspondiente al valor de la mercancía dañada.

Acompañaba a su escrito diversas fotografías del local inundado y el contrato de arrendamiento del mismo.

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Mediante acuerdo de la instructora de 2 de junio de 2010, notificado el 14 de junio siguiente, se requirió a la reclamante la aportación de declaración en la que manifestase no haber sido indemnizada por los mismos hechos y evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto, factura o cualquier otra justificación documental.

El requerimiento fue atendido mediante escrito presentado el 22 de junio de 2010 aportando la declaración exigida y cinco facturas.

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por el jefe de la U.I.D. Centro Sur de la Policía Municipal, de 3 de septiembre de 2010, en el que ponía de manifiesto:

“Comisionados por V.O. los componentes arriba indicados se persona en la dirección A nºaaa en el local de M.F.Q. propietaria del local la cual manifiesta que en el sótano de dicho local sale bastante agua debido a una rotura personándose en el punto el parque 5 de bomberos. Nos entrevistamos también con el filiado P.J.M. (administrador de la finca colindante) el cual manifiesta que ha cortado la toma general de agua del edificio, pero que sigue saliendo agua, por lo que se personan operarios del Canal de Santa Isabel II (sic), cortando varias tomas de la vía pública, informando que vendrá alguna cuadrilla del canal para reparación de la finca”.

Igualmente, se ha incorporado el informe emitido por la jefa de la Unidad del Departamento de Gestión Administrativa de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil, de 17 de septiembre de 2010, en el que señalaba:

“1º.- Con fecha 13 de abril de 2010, intervino el Servicio de Extinción -Parte de Intervención nº (...) - en la Calle A nº aaa, con ocasión de un siniestro consistente en la rotura de una arteria de agua con filtraciones en un sótano.

2º.- En el citado Parte consta que se trata del sótano de una tienda que se inundó por las filtraciones que caían a través de una de las paredes de dicho sótano, propiedad de [la reclamante] con DNI (...). Se avisó al Canal de Isabel II para que procediera al corte de las llaves necesarias y se instaló una electrobomba para desaguar el local”.

Por su parte, el jefe de sección del Departamento de Alcantarillado, emitió informe de 16 de noviembre de 2010, en el que manifestaba:

“1. (Si el elemento es objeto del Convenio de encomienda de Gestión de los servicios de saneamiento...) El elemento no es objeto del convenio de Encomienda de Gestión de los Servicios de Saneamiento.

7. (Cualquier otro extremo que se considere oportuno y sea de interés) De los informes que constan en el expediente, se deduce que la inundación se produjo por la rotura de una conducción de abastecimiento interviniendo la Sección de Averías del Canal de Isabel II, no teniendo ninguna relación con la red de saneamiento municipal”.

Mediante escritos del jefe del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales, de 13 de octubre de 2011, se confirió trámite de audiencia al Canal de Isabel II y a la reclamante, no constando la presentación de alegaciones por ésta última dentro del plazo concedido para ello.

En uso de dicho trámite, el 8 de noviembre de 2011, el Canal de Isabel II presentó escrito de alegaciones en el que indicaba que, de acuerdo con sus registros, existían dos incidencias relacionadas con el siniestro referido por la reclamante, ambos ocasionados en la red municipal (riego), considerando por tanto no acreditado el nexo causal entre los daños aducidos por la reclamante y el servicio prestado por el Canal de Isabel II. Aporta a tal efecto partes de incidencias (folios 51-57) y un informe elaborado por un técnico del propio Canal que se limita a afirmar que la causa de la inundación es la red de riego (folios 59-60).

Aporta partes de reparación de fecha anterior a la de los hechos reclamados (16 de febrero de 2010) en los que se consigna que hubo una filtración al citado local indicando que “*hay rotura de red de riego*” si bien no se occasionaron daños.

Con fecha 7 de noviembre de 2012, la reclamante presentó un escrito por el que solicitaba urgentemente la continuación del procedimiento.

A la vista de las alegaciones efectuadas por el Canal de Isabel II, se solicitó informe del Departamento de Conservación y Renovación de Vías Públicas, emitido por el jefe del departamento con fecha 27 de diciembre de 2012, en el que señalaba:

“2.- (*Si la deficiencia denunciada existía en la fecha en que tuvo lugar el hecho*) Consultados los archivos que obran en este Departamento no figura ninguna deficiencia en el lugar y fecha que se indica.

3.- (*Si esos servicios técnicos tenían conocimiento de la deficiencia con anterioridad*) No.

4.- (*Relación de causalidad entre el daño y el servicio u obra*) *En principio ninguna, ya que no existe constancia de que se produjera rotura.*

7.- (*Imputabilidad a la Administración*) *Con los datos existentes no se puede imputar responsabilidades.*

8.- (*Imputabilidad a la empresa concesionaria o contratista*) *Con los datos existentes no se puede imputar responsabilidades”.*

Igualmente, se solicitó informe de la Subdirección General de Gestión Hídrica. Con fecha 26 de febrero de 2013, el jefe del Departamento de la Oficina Azul, emitió informe en el que puso de manifiesto:

“1/ *Teniendo en consideración la urgencia de lo solicitado y el informe que ya se adjunta al expediente de la Dirección General de Vías y Espacios Públicos, con competencia sobre el tema tratado en la fecha de siniestro, 13 de abril de 2010, efectuamos las comprobaciones y podemos confirmar que la incidencia quedó registrada en el gestor Avisa, con el número (...), con fecha de recepción coincidente con la fecha de siniestro.*

2/ *Como resultado de la inspección efectuada, en su día, por la empresa conservadora de redes de bocas de riego de las vías públicas, se comprobó que la serie de riego en la zona de posible afección a la finca indicada, situada en la calle A, aaa se encontraba en la fecha de siniestro sin agua, debido a la ausencia del contador, que había sido sustraído, Por este motivo, en esa inspección se verificó, y así se registró en el sistema Avisa, ‘No existencia de rotura en las conducciones de riego’, fundamentalmente porque estaban sin agua,*

De lo que se desprende el hecho incuestionable de que al hablar de conducciones secas, no pueden ser el origen de los perjuicios reclamados por filtraciones de agua en la finca indicada.

3/ Como resultado de la última inspección efectuada, en fecha 20 de febrero de 2013 a la dirección de referencia, por la empresa conservadora de redes de bocas de riego de las vías públicas, nos comunican que la serie de riego sigue en estado de fuera de servicio y sin el contador de agua respectivo, robado en su día.

La reposición del contador sustraído, es competencia del Canal de Isabel II. Por tratarse de una serie de riego innecesaria para el uso público, no se han hecho las gestiones precisas para su rehabilitación.

La empresa conservadora de redes de bocas de riego de las vías públicas de la zona, nos comunica que en la dirección de la calle A, aaa, nunca, ha realizado reparación de avería en conducciones o elementos de la red de bocas de riego de las vías públicas en fecha de siniestro, ni en el perlado de tiempo transcurrido desde entonces hasta hoy.

4/ En la zona de afección, nos confirma la empresa conservadora de las redes de bocas de riego que no existe red de riego de zonas verdes municipales de competencia de Patrimonio Verde.

ANEXOS:

2/ Estos servicios técnicos ratifican lo informado sobre este asunto por el Departamento de Conservación y Renovación de Vías Públicas, en fecha 27.de diciembre de 2012, con competencia sobre el tema en fecha de siniestro, en el sentido de que, como resultado de las comprobaciones nuevamente efectuadas en el sistema de incidencias Avisa, consta el número de Avisa (...), pero con resultado, ‘No

existencia de avería en las conducciones de la red de riego en la zona,’ por el hecho de ser conducción sin agua, condenada por robo de contador y ser innecesaria para el uso público.

3/ Se tenía conocimiento de un hecho similar con anterioridad, concretamente en la correspondiente a la que dio lugar a la reclamación patrimonial número (...) de fecha de siniestro, 31 de julio de 2009, en la misma dirección de finca situada en la calle A, aaa y con fecha de siniestro anterior a esta que nos ocupa de fecha 13 de abril de 2010.

4/ Sin relación de causalidad entre el daño reclamado y el servicio de conservación. No se efectuó ninguna reparación en la conducción. Conducción sin agua.

7/ No imputable a la Administración (conducción sin agua).

8/ No imputable a la Empresa conservadora.

10/ Como ya se ha explicado con anterioridad, el hecho de la sustracción del contador en fecha anterior a la del siniestro, como ha quedado demostrado por la existencia de otra reclamación patrimonial con fecha de siniestro anterior a la del 13 de abril de 2010, en la misma dirección calle A, aaa y con la misma circunstancia, esto es sin contador de agua, debido también a la sustracción del mismo , dejó a la conducción de la red de riego sin agua, por lo que se elimina como causa posible de la pérdida de agua denunciada. El problema que se plantea en esta reclamación patrimonial, es ajeno a las conducciones de la red de riego municipales, de nuestra competencia.

11/ Carecemos de la información necesaria para atribuir la responsabilidad por estas supuestas filtraciones que pueden ser debidas a múltiples causas, como pueden ser las siguientes:

a/ Rotura de conducciones de abastecimiento del Canal de Isabel II. Esta posibilidad se menciona en el informe realizado por los servicios técnicos de Saneamiento, de fecha 16 de noviembre de 2010. Actúa la sección de averías del Canal de Isabel II.

b/ Roturas de conducciones de agua en el interior de la misma finca. Responsabilidad de la Comunidad de Propietarios.

c/ Filtraciones de agua debidas a posible presencia de aguas de escorrentía (aguas superficiales). Responsabilidad de la Comunidad de Propietarios (impermeabilidad de los muros externos de la finca).

e/ Filtraciones de agua debido a aguas subterráneas que pueden ascender por capilaridad. Responsabilidad de la Comunidad de Propietarios (necesidad de zanjas drenantes y reconducción de las aguas del subsuelo) ”.

Mediante escritos de la jefa del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales, de 3 de abril de 2013, se confirió nuevo trámite de audiencia a la reclamante y al Canal de Isabel II, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Transcurrido el plazo para alegaciones, la instructora formuló propuesta de resolución, de 11 de septiembre de 2013, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial.

Entiende que el Ayuntamiento no tiene responsabilidad toda vez que la rotura ocurrió en la red de abastecimiento de agua del Canal de Isabel II gestionada “*en el momento actual*” por Canal de Isabel II Gestión S.A. en cuya escritura de constitución consta que le corresponde la explotación,

operación, mantenimiento y conservación de la Red General de la Comunidad de Madrid.

No obstante añade que, de deberse la inundación a “*las restantes deficiencias señaladas en el informe del Departamento de la Oficina Azul*”, considera que es obligación de los propietarios mantener la estanqueidad del local al paso del agua, excluyendo por tanto la responsabilidad de la Administración dado que dicha obligación no fue cumplida de modo correcto, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid y los artículos 2.2.4 y siguientes de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997.

TERCERO.- 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 de Gobierno de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula mediante oficio de 17 de octubre de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 29 de octubre siguiente, preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 4 de diciembre de 2013, por mayoría, con el un voto particular del Consejero, Sr. Galera, al que se adhieren los Consejeros, Sres. Bardisa, De la Oliva y Sabando.

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

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.3 de la LCC.

El dictamen ha sido evacuado en el plazo ordinario que establece el artículo 16.1 de la LCC.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), como arrendataria del local ubicado en la calle A,

nº aaa y propietaria de los objetos depositados en el mismo. Acredita esa condición mediante la presentación del contrato de arrendamiento y de las facturas de compra de los citados objetos.

Debe hacerse una especial referencia a la legitimación pasiva toda vez que la propuesta de resolución considera que el Ayuntamiento de Madrid no es responsable de la inundación la cual sería imputable al Canal de Isabel II, en concreto a la sociedad mercantil Canal de Isabel II Gestión S.A.

No puede compartirse esa postura. En primer lugar debe destacarse que el dictamen del Consejo de Estado citado para avalarla es totalmente diferente a este supuesto ya que se trata de una carretera cedida por el

Estado a un ayuntamiento y que, lógicamente, al integrarse en el dominio público municipal determina la responsabilidad del Ayuntamiento.

En este caso nos encontramos ante un hecho que no se discute como es el que el local ha sido inundado por una fuga de agua que solo cesó cuando se cortaron las llaves por personal del Canal de Isabel II.

Según el Ayuntamiento el agua procedía de la red de abastecimiento de agua siendo responsabilidad del Canal de Isabel II en tanto que por esta entidad pública se afirma que la rotura procedía de la red de riego y por tanto la responsabilidad sería municipal.

No existe en el expediente ningún elemento que permita establecer con rotundidad si el origen de la fuga de agua era la red de abastecimiento o la red de riego pero en cualquier caso ello es irrelevante ya que en ambos casos la titularidad del servicio es municipal.

En el supuesto que el agua procediera de la red de riego, el Ayuntamiento reconoce que es de su titularidad en cuanto ostenta competencia en materia de parques y jardines conforme el artículo 25.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL).

En cambio en materia de aguas considera que la competencia es del Canal de Isabel II lo cual no se ajusta a la normativa.

El artículo 25.2 1) de la LBRL establece que es competencia de los municipios el suministro de agua, competencia que se reitera, como no podía ser menos, en la Ley 14/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid cuyo artículo 3.1 establece que “*Los servicios de distribución y alcantarillado son de competencia municipal y podrán gestionarse mediante cualquiera de las fórmulas establecidas en la legislación vigente*”.

Cuestión distinta es que el Ayuntamiento de Madrid haya encomendado la prestación del Servicio al Canal de Isabel II que también ejerce competencias en la materia (artículo 2 de la Ley 14/1984).

En el momento al que se refieren los hechos era de aplicación el Convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Madrid y el Canal de Isabel II en materia de abastecimiento de agua para la ciudad de Madrid el 29 de noviembre de 2005 (BO. Ayuntamiento de Madrid de 12 de enero de 2006) cuya parte expositiva recoge las competencias antes expuestas e indica que el Canal “*viene prestando con eficacia el servicio de abastecimiento en baja*” a través de sucesivos convenios con el Ayuntamiento desde 1876 y cuya cláusula quinta establece que el Canal realizará los trabajos de explotación y mantenimiento de la red de distribución de agua para consumo humano en la Ciudad de Madrid.

Por tanto es claro que la titularidad del servicio corresponde al Ayuntamiento de Madrid por más que pueda ser encomendado a otra Administración mediante convenio, tal y como es el caso, entendiendo el Informe 12/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que este concreto caso (convenio Ayuntamiento- Canal) es una encomienda de gestión del artículo 15 LRJ-PAC.

Ha de tenerse en cuenta que la legitimación pasiva va ligada a la titularidad del servicio (Dictamen 293/11, de 8 de junio) por lo que en este caso el Ayuntamiento, titular de la competencia tanto en cuanto a la red de riego para parques y jardines como en cuanto al abastecimiento de agua, ostenta legitimación pasiva sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el Canal de Isabel II si acredita que la fuga ocurrió en la red de abastecimiento de agua potable y en los concretos términos de la relación convencional que existe entre ambas.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En este caso los daños se ocasionaron el 13 de abril de 2010 y la reclamación se interpuso el 26 de abril siguiente por lo que lógicamente lo fue en plazo.

En este sentido se ha recabado el informe de los servicios a los que se imputa la producción del daño conforme el amparo del artículo 10.1 del RPRP, se ha admitido y practicado la prueba propuesta por la reclamante e igualmente se ha evacuado el trámite de audiencia de acuerdo con los artículos 84 LRJ-PAC y 11.1 RPRP, concediendo dicho trámite tanto a la reclamante como al Canal de Isabel II.

TERCERA.- Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que formula la representante, 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 la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicoamente 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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente, recoge dicha sentencia que:

"La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

CUARTA.- En el presente supuesto la existencia de un daño es patente en cuanto ha quedado acreditado que se produjo una inundación en el local de la reclamante que estropeó la mercancía allí almacenada, cuestión distinta es la valoración de dicho daño si bien con carácter previo debemos analizar los demás requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto al nexo causal no ha quedado acreditado con claridad el origen del agua. Los servicios técnicos municipales lo achacan a la red de abastecimiento del Canal y este lo atribuye a la red de riego municipal. En cualquier caso una y otra red son competencia del Ayuntamiento de Madrid por más que la ejerza directamente (riego) o a través de otra Administración mediante convenio. Es por ello que el nexo causal entre el daño padecido y el funcionamiento de los servicios públicos es reconocido por el propio Ayuntamiento y por ello solo resta analizar si el daño es antijurídico.

A este respecto, el Ayuntamiento considera que, aun aceptando esa relación causal, el perjudicado debería soportar el daño al no cumplir lo

dispuesto en las Normas Urbanísticas del vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que establecen que las edificaciones, en sus cerramientos y cubiertas, deben mantenerse estancas al paso del agua, citando a tal efecto el Dictamen 565/12, de 17 de octubre, de este Consejo (por error la propuesta de resolución cita como número de dictamen el 516/12).

Sin embargo no procede la invocación de tales normas en este supuesto, muy diferente del analizado en el citado dictamen. En efecto el artículo 2.2.6 de las Normas Urbanísticas concreta los deberes legales de conservación de los edificios indicando que las edificaciones deben mantenerse en sus cerramientos y cubiertas estancas al paso del agua pero esa obligación no puede considerarse suficiente para eximir de responsabilidad al Ayuntamiento en un supuesto en el que las filtraciones llegan a alcanzar el nivel de inundación en cuanto proceden de la rotura de una tubería.

Por el contrario, las filtraciones analizadas en el Dictamen 565/12 procedían del agua de lluvia por lo que en este caso sí se puede considerar que los propietarios tenían la obligación de soportar el daño por cuanto la mera filtración del agua de lluvia ya permite entender que el muro no era estanco. En cambio en este caso estamos ante unas filtraciones de agua que exceden claramente de la normalidad y además en ningún momento el Ayuntamiento acredita que el muro careciese totalmente de estanqueidad.

Por todo ello entendemos que la reclamante no tenía obligación de soportar el daño.

QUINTA.- Lo anterior conduce a tener que valorar el concreto daño sufrido por la reclamante.

A este respecto la propuesta de resolución no contiene ningún pronunciamiento y la reclamante solicita 60.904 euros por la destrucción

de 25.510 relojes de un total de más de 80.000 que, según afirma, tenía almacenados en dicho lugar.

La prueba de la realidad del daño corresponde a la reclamante y a tal fin aporta una serie de fotografías en las que se aprecia diversa mercancía dañada por el agua así como facturas de los meses anteriores al siniestro (enero, febrero, marzo y abril) en los que aparece como compradora de 32.180 relojes.

Ha de destacarse que, en la instrucción del procedimiento, la Administración no ha realizado actividad probatoria alguna que pudiera desvirtuar lo indicado por la reclamante pese al deber impuesto por el artículo 78 LRJ-PAC. Aun siendo cierto que la jurisprudencia es especialmente estricta al establecer que corresponde al reclamante la prueba de la realidad y cuantía del daño sufrido no es menos cierto que en este caso, frente a la prueba aportada por la reclamante (facturas y fotografías), el Ayuntamiento no ha realizado actividad probatoria alguna que pueda contradecir las afirmaciones de la reclamante.

Sin disponer de mayores datos (ventas realizadas en el periodo) que podrían haber sido recabados por el Ayuntamiento de Madrid ha de darse por válido el número de relojes deteriorados indicado por la reclamante. Ahora bien lo cierto es que la comparación entre las facturas aportadas y la valoración del daño efectuado por la reclamante permiten comprobar que esta consigna como dañados únicamente los relojes de mayor valor. Si se efectúa una media entre los distintos tipos de relojes consignados en las facturas su valor es de 1.96 euros, cifra que multiplicada por los 25.510 relojes dañados da un total de 49.999,60 euros, cantidad que este Consejo considera que permite entender compensado el daño sufrido, sin perjuicio de la actualización prevista en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo una indemnización de 49.999,60 euros, a actualizar conforme el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. JESÚS GALERA SANZ, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS CONSEJEROS, D. ISMAEL BARDISA JORDÁ, D. PEDRO SABANDO SUÁREZ Y D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

«Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y con el respeto que siempre nos merecen nuestros compañeros que han votado a favor, formulamos este Voto particular para dejar constancia de nuestras discrepancias con el dictamen nº 590/13.

Este Voto particular viene motivado porque disentimos, dicho sea en términos estrictamente jurídicos, de la consideración en derecho quinta y de la conclusión por la que se estima parcialmente la reclamación formulada reconociendo una indemnización de 49.999,60 euros.

Coincidimos con el Dictamen que, aunque no ha quedado acreditado con claridad el origen del agua, ha quedado probado, como el propio Ayuntamiento reconoce, la relación de causalidad entre el daño padecido y el funcionamiento de los servicios públicos. Sin embargo disentimos de la prueba de los daños y de la valoración que el Dictamen hace de los mismos.

I.- SOBRE LA PRUEBA DE LOS DAÑOS.

Este Consejo Consultivo, siguiendo la doctrina jurisprudencial, ha venido afirmando reiteradamente que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba en la producción del daño recae sobre la parte recurrente y así lo señala muy amplia jurisprudencia entre la que cabe citar la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 3 de septiembre de 2005 que dijo que "*la carga de la prueba acerca de la propia existencia del nexo causal corresponde al recurrente, por lo que ante la ausencia de prueba suficiente apreciada por la Sala en modo alguno cabe entender que exista una obligación que imponga al Tribunal la necesidad de pedir y acordar la práctica de pruebas, supliendo la pasividad del recurrente*". Así como la sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2004 que afirmó que "*En consecuencia el motivo no puede prosperar por que la carga de la prueba no puede pesar, como se pretende, sobre la Administración, sino que será quien desea obtener la reparación que cree justa, como consecuencia de la a su juicio inadecuada prestación del servicio público, quien acrelide que se produjo un acontecimiento que desencadenó un daño imputable al funcionamiento del servicio en cualquiera de sus manifestaciones, para que*

de ese modo se pueda achacar ese daño a la Administración como responsable de aquél".

Por tanto, en aplicación de esa doctrina, debemos partir, para analizar la realidad del daño reclamado, del principio que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (*"semper necesitas probandi incumbit illi qui agit"*) así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (*"ei incumbit probatio qui dicit non qui negat"*). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal o procedimental, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (entre otras STS, Sala Tercera) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1992.).

Como veremos más adelante, el Dictamen, del que discrepamos, sin la necesaria fundamentación jurídica, se ha apartado de esta doctrina que viene manteniendo de forma reiterada este Consejo Consultivo desde su creación.

Entrando en la reclamación objeto de este Dictamen, a los efectos de analizar y valorar la prueba que consta en el expediente, con fecha 26 de abril de 2010 (Doc. nº 1) se presenta el escueto escrito dirigido al Ayuntamiento de Madrid, por el que se reclama por los daños sufridos en el contenido de los bajos del local, del que la reclamante es arrendataria, por la inundación producida el 13 de abril de 2010. En el escrito se afirma que *"tenía almacenados más de 80.000 piezas de relojes, de los cuales 25.510 se han inundado y se han tenido que tirar a la basura"*. Relaciona los daños ocasionados, que valora en 60.904 euros y acompaña seis fotografías (Documentos nº 2 y 3), que más adelante analizaremos.

Es preciso señalar que la reclamante, en el momento de presentar su escrito, que lo hace trece días después de la inundación, ya había tirado a la basura todos los relojes que afirma que han sido dañados.

La Administración, con fecha 2 de junio de 2010, hace un requerimiento de acreditación (Doc. nº 11 y 12) por el que requiere a la interesada para que, entre otros extremos, haga una “*evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto, factura o cualquier otra justificación documental (declaraciones de impuestos por ingresos, informes periciales, etc.)*” En contestación al requerimiento la reclamante aporta cinco facturas de compra de relojes (Doc. nº 17 a 21), que analizaremos más adelante. Esa es toda la prueba que, para la acreditación del daño, presenta la reclamante y con esa escasa prueba el Dictamen da por probados los daños.

La reclamante podría haber presentado, como prueba, un acta notarial de los daños o un acta notarial que acreditará la realidad de las fotografías aportadas, lo que no hizo. Podría haber presentado un informe pericial que valorara el daño, lo que tampoco hizo. Podría haber presentado el libro de ingresos, que está obligada a llevar por la legislación mercantil y fiscal o podría haber presentado una relación del inventario, con expresión de las entradas y salidas de mercancía, por el que pudiera conocerse el stock de relojes, lo que tampoco hizo.

La Administración, en la correcta tramitación del expediente, solicitó, entre otros, el correspondiente informe tanto al Cuerpo de Policía Municipal como al Servicio de Extinción de Incendios, como medio de prueba de los hechos alegados por la reclamante. Pues bien, ni en el informe de la Policía Municipal, que se personó en el lugar de los hechos, ni en el informe de los bomberos, que actuaron para desaguar el local instalando una electrobomba, hay la más mínima referencia a los supuestos daños en el contenido.

La reclamante no solo no desplegó la actividad probatoria para acreditar la realidad de los daños sino que lo que hizo fue “*tirar a la basura*” los supuestos relojes dañados, impidiendo practicar prueba alguna sobre los daños. Con ese modo de proceder no sólo incumplió con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6.1. del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sino que quedaron mermadas las posibilidades de la Administración de realizar las comprobaciones para verificar la realidad de los daños. A la interesada no solo le corresponde la carga de la prueba por ser la que sostiene los hechos, como hemos razonado, sino que también le correspondería la carga de la prueba en aplicación del principio de mayor facilidad probatoria que tiene la reclamante para acreditar los daños.

El Dictamen, del que discrepamos, afirma textualmente en su página 16 “*La prueba de la realidad del daño corresponde a la reclamante y a tal fin aporta una serie de fotografías en las que se aprecia diversa mercancía dañada por el agua así como facturas de los meses anteriores al siniestro (enero, febrero, marzo y abril) en los que aparece como compradora de 32.180 relojes.*

Ha de destacarse que, en la instrucción del procedimiento, la Administración no ha realizado actividad probatoria alguna que pudiera desvirtuar lo indicado por la reclamante pese al deber impuesto por el artículo 78 LRJ-PAC. Aun siendo cierto que la jurisprudencia es especialmente estricta al establecer que corresponde al reclamante la prueba de la realidad y cuantía del daño sufrido no es menos cierto que en este caso, frente a la prueba aportada por la reclamante (facturas y fotografías), el Ayuntamiento no ha realizado actividad probatoria alguna que pueda contradecir las afirmaciones de la reclamante. Sin disponer de mayores datos (ventas realizadas en el periodo) que podrían

haber sido recabados por el Ayuntamiento de Madrid ha de darse por válido el número de relojes deteriorados indicado por la reclamante.”

Por un lado, pese a afirmar que la prueba de la realidad del daño corresponde a la reclamante, no aplica esa doctrina sino que, por el contrario, razona que, como la Administración no ha realizado actividad probatoria alguna, “*ha de darse por válido*-como literalmente afirma el Dictamen- *el número de relojes deteriorados indicado por la reclamante*”, aplicando de hecho una inversión de la carga de la prueba que juega en contra de la Administración. En primer lugar no es cierto que la Administración se haya aquietado en la determinación de los hechos pues ha requerido a la reclamante para que aportara presupuestos, declaraciones de impuestos o informes periciales, que hubieran podido acreditar el daño, lo que ésta desatendió, y también ha recabado todos los informes para la determinación del daño. También ignora el Dictamen que en el escrito inicial de reclamación la interesada afirma que “*ha tenido que tirar a la basura*” los relojes, acción que ha impedido practicar prueba alguna sobre los supuestos bienes dañados. El Dictamen, con una extraña interpretación del artículo 78 LRJ-PAC que no podemos compartir, está reprochando a la Administración una deficiente instrucción que trae como consecuencia que, como la Administración, según el Dictamen, no ha realizado actividad probatoria alguna, lo que como ya hemos afirmado no es cierto, ha de darse por válido el número de relojes deteriorados que aduce la interesada. Así juega a favor de la reclamante, y en contra de la Administración, el hecho de que la interesada antes de presentar la declaración “*ha tenido que tirar a la basura*” todos los bienes dañados que son los relojes, exigiendo a la Administración una especie de “*probatio diabólica*” al obligarle a probar la realidad del daño de unos bienes que la interesada ha hecho desaparecer, ya antes de presentar la reclamación.

Aunque consideramos que no se ha acreditado la realidad de los daños reclamados, por lo que debería haberse desestimado la reclamación, vamos a entrar en el concreto análisis y valoración de las pruebas aportadas por la reclamante, que constan en el expediente. La interesada para probar los daños aporta las seis fotografías citadas en su escrito inicial y cinco facturas de compra de relojes, en la contestación al requerimiento del Ayuntamiento.

Por lo que se refiere a las fotografías aportadas por la reclamante, como ya dijimos en nuestros dictámenes, 1/13 de 9 de enero, 422/13 de 2 de octubre, 445/13 de 9 de octubre y 545/13 de 13 de noviembre, desconocemos el lugar y fecha en las que fueron tomadas, por lo que difícilmente servirían para acreditar el daño en el lugar y fecha invocada por la reclamante. Desconocemos si las fotografías corresponden al local dañado, ya que no hay prueba alguna sobre ello y desconocemos también si los bienes supuestamente dañados estaban en el local de la reclamante.

En todo caso analicemos las fotografías. Cada uno de los documentos nº 2 y 3 constan de tres fotografías. La primera del documento nº 2 es de una calle en la que se ve un coche de bomberos. Nada prueba esta foto de la realidad de los daños. La segunda fotografía del documento nº 2 corresponde a 21 bandejas de relojes que están superpuestas, debiendo tener cada bandeja 20 relojes y se observan 3 relojes fuera de cajas. Aun considerando que las 19 bandejas que no están a la vista tienen todas 20 relojes y todos están dañados, en la foto habría 423 relojes. Nada más. En la tercera foto del documento nº 2 se ven unos relojes amontonados en dos mesas, siendo de número indeterminado. Se desconoce si son los mismos relojes, si son otros distintos y, en todo caso, aún contándolos al alza, no hay más de 200-300 relojes. Así, en el supuesto más favorable para la reclamante, serían algo más de 700 los relojes dañados, según las fotografías aportadas.

El documento n^a 3 tiene también tres fotografías. En la primera de ellas, de muy escasa calidad, parece que se ven una serie de cajas de color blanco amontonadas en el suelo y mesas, no se sabe si vacías o con algún contenido en ellas, que nada prueban la realidad del supuesto daño. La segunda fotografía está tomada de frente en la que se observa una serie de cajas amontonadas en el suelo sin que se vea el contenido de las mismas en las que no se observa ningún reloj. En la tercera y última también se ven en el suelo una serie de cajas amontonadas y desordenadas en las que no se observa ningún reloj y tampoco se puede saber si las cajas que se ven en esta fotografía son las mismas que las que aparecen en la foto anterior. Por todo ello, en el supuesto más favorable para la reclamante en las fotografías, que repetimos desconocemos la fecha en la que fueron tomadas y que desconocemos si corresponden al local dañado, solo se observan algo más de 700 relojes, no los 25.510 relojes que la interesada afirma que se han dañado.

La reclamante también ha aportado cinco facturas (Documentos n^o 17 a 21). Las facturas aportadas tampoco acreditan la realidad de los daños y ni siquiera acreditan la compra de la mercancía. Ninguna de las facturas están acompañadas del correspondiente documento de pago y a ninguna se ha acompañado el albarán de entrega, por lo que desconocemos si las facturas corresponden a la realidad de unas compras realizadas. A mayor abundamiento las facturas de los documentos 17,18 y 21 ni siquiera están firmadas o selladas, la factura del documento 19 incumple el artículo 6.1 d) del entonces vigente Real Decreto 1496/2003, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y la factura del documento 20 no se refiere a compra de relojes dañados, ya que no se reclama por los descritos en esa factura. Por todo ello consideramos que por las facturas aportadas no ha quedado suficientemente probado por la reclamante que los relojes supuestamente dañados corresponden a los reflejados en las aparentes facturas.

Por todo lo expuesto consideramos que no ha quedado acreditada la realidad de los daños en los términos que se reclama por lo que el Dictamen debería haber desestimado la reclamación.

II SOBRE LA VALORACIÓN DEL DAÑO

A la hora de fijar el “*quantum*” indemnizatorio, el Dictamen, del que disentimos, dando por válido el número total de relojes deteriorados indicado por la reclamante (25.510), calcula el valor medio de compra (1,96 euros), por lo que, con una simple multiplicación, se fija el daño en 49.999,60 euros. Estando de acuerdo que el valor medio de compra de los relojes es de 1,96 euros no podemos estar sin embargo de acuerdo en la cifra indicada por la reclamante, ya que su cálculo está exento de toda lógica por lo que seguidamente vamos a exponer, a efectos exclusivamente dialécticos. Dando por correctas las facturas aportadas por la reclamante con el fin de establecer la rotación del stock, observamos que la reclamante compra una media de 6.545 relojes al mes. Podría entenderse que esa cifra corresponde con el número de relojes que vende mensualmente pues es la cifra que repone. Según afirma la reclamante en su escrito inicial, con un stock que ella afirma que es de más de 80.000 relojes, se le han deteriorado 25.510 relojes, lo que representa que se le ha dañado el 31,88% del stock, lo que corresponde al stock de 3 meses y 26 días. Sin embargo reclama por 25.510 relojes y aporta, en escrito posterior, facturas por 26.180 relojes. Por tanto hay una gran contradicción en su reclamación, de la que nada dice el Dictamen, ya que por un lado, en su escrito inicial, afirma que se le han deteriorado el 31,88% del stock y según las propias facturas aportadas por la interesada, en el segundo escrito y la relación desglosada que hace en su escrito inicial, se han deteriorado el 97,44% de los relojes comprados, cifra que ha dado como válida el Dictamen. También resulta absolutamente ilógico e irracional que, según las facturas que aporta la reclamante y la relación desglosada que hace en su escrito inicial, se han deteriorado todos

y cada uno de los relojes comprados en los meses de enero y febrero, el 75% de los comprados en marzo, todos los más caros, y el 85% de los comprados en abril, curiosamente también los más caros. Choca con el principio de la lógica y del sentido común que en los meses de enero y febrero no vendiera ni un solo reloj, pese a comprar 6.545 al mes, pues todos, según la interesada, han sido dañados, que en el mes de marzo se hayan dañado todos los relojes más caros (2,20 euros cada uno) y ninguno de los más baratos (1-1,50 euros cada uno), cuando el siniestro se produjo en el mes de abril.

Por todo lo expuesto consideramos que el Dictamen ha infringido la doctrina que sobre la carga de la prueba ha mantenido este Consejo Consultivo, no ha valorado correctamente la prueba y no ha hecho tampoco una correcta valoración del daño, dando por probados los hechos manifestados por la reclamante que, por sus propias contradicciones, chocan con la lógica y el sentido común.

En Madrid a 12 de diciembre de 2013».

Madrid, 13 de diciembre de 2013