

Dictamen nº: **610/12**  
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **07.11.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de noviembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el vicealcalde de Madrid (por delegación de la alcaldesa mediante Decreto de 26 de enero de 2012), a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.A.F., en nombre y representación de A.S.M. sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños causados a consecuencia de la caída producida en el Mercado de Tetuán sito en la calle Marqués de Viana números 4 y 6.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito dirigido al Ayuntamiento de Madrid y registrado de entrada el 17 de junio de 2010, se reclama responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por el accidente sufrido por la reclamante en el Mercado de Tetuán sito en la calle Marqués de Viana números 4 y 6, donde se produjo una caída al resbalar en la zona de acceso y que atribuye a que la superficie estaba totalmente mojada, lo que provocó el resbalón y posterior caída que le produjo “*graves lesiones, con fractura del radio, encontrándose aún de baja lo que le ha provocado un grave perjuicio económico, ya que ha estado de baja desde entonces, además de encontrarse*

*en un estado depresivo porque no se encuentra físicamente bien y no puede desarrollar su trabajo, que necesita para sobrevivir”.*

Adjunta al escrito de reclamación dos informes del SAMUR, uno de las 17:43 h. y otro de las 18:03 h., informe del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz, partes de baja desde el 15 de enero de 2010, partes de confirmación de incapacidad temporal por contingencias comunes, parte médico de alta de 11 de mayo de 2010 por “*mejoría permite trabajar*” y escritura de poder general para pleitos y especial a favor, entre otros, del actor.

No efectúa valoración económica de los daños, manifestando que la “*cuantía se fijaran en un momento posterior*”.

**SEGUNDO.-** De la documentación obrante en el expediente se derivan los siguientes hechos:

La reclamante, de 61 años de edad en el momento de los hechos, el 13 de enero de 2010, sufrió una caída en el Mercado de Tetuán. Fue atendida en el lugar del accidente por el SAMUR cuyo comentario de actuación indica “*dolor en muñeca tras caída*” y se decide su traslado al Hospital Universitario La Paz para valoración facultativa de fractura de tercio distal radio.

Ingresó en el centro hospitalario donde se realiza reducción de fractura y radiografía de control se coloca yeso antebraquial, se pauta analgesia y control en una semana (folio 6).

**TERCERO.-** Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Mediante escrito notificado el 7 de octubre de 2010, se requiere a la representación de la reclamante para que complete su solicitud aportando: justificantes que acrediten la realidad y certeza del accidente sobrevenido y su relación con

la obra o servicio público (en caso de intervención de personal perteneciente a servicios municipales, basta con indicar dicha intervención sin necesidad de aportar los correspondientes informes, los cuales se solicitaran directamente a través de la Unidad de Reclamaciones Patrimoniales); en caso de intervención de otros servicios no municipales (SUMMA 112, servicio de grúa, u otros similares), aportar justificante en el que figure el emplazamiento en el que tuvo lugar la intervención; declaración en la que manifieste expresamente, que no ha sido indemnizada (ni va a serlo) por compañía o mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada como consecuencia del accidente sufrido o, en su caso, indicación de las cantidades recibidas; indicación detallada del lugar de los hechos, aportando croquis e indicando el número de la calle; en el supuesto de daños personales, estimación de la cuantía en que valora el daño sufrido y en caso de daños materiales, evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto o factura.

El requerimiento es cumplimentado por escrito de 19 de octubre de 2010. Se estima “*en 30.000 euros la cuantía del daño sufrido, sin perjuicio de ulterior valoración*”, ampliado con fecha 10 de enero de 2011 a requerimiento de la Administración y donde proponen como medios de prueba “*al Mercado de Tetuán para que comunique si existen cámaras de vigilancia en las entradas/salidas del mercado que pudieran haber grabado los hechos por los que se reclama, y en caso afirmativo, proporcione copia de las cintas en las que se grabó el suceso*” y a los efectivos del SAMUR que atendieron en un primer momento a la interesada, con el fin de que ratifiquen su informe.

En fase de instrucción se ha recabado informe de la Dirección General de Comercio, que por escrito de 26 de abril de 2011 comunica que por acuerdo del Ayuntamiento de Madrid, de 30 de abril de 1987, se adjudicó la explotación en régimen de concesión administrativa como Centro

Comercial del Barrio, el Mercado de Tetuán situado en el edificio destinado a este fin que tiene entrada por la calle Marqués de Viana, 4 y 6, a favor de la Asociación Profesional de Comerciantes del Centro Comercial Tetuán.

En el mismo escrito consta que el gerente del mercado informa que se tenía conocimiento del accidente pero que éste

*“tuvo lugar fuera del mercado y que ocurrió en el callejón que hay entre la calle A y la calle B y no en Marqués de Viana como indicaba la denunciante. Así mismo indica que la accidentada hizo una reclamación al mercado por dicha caída y se le informó que la compañía de seguros no se hacía responsable por haber ocurrido fuera de las instalaciones del mercado”.*

La concesionaria del mercado municipal de Tetuán tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil con una compañía aseguradora, facilitando razón social y número de póliza.

Al informe se adjuntan documentos relativos al acuerdo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 31.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), se confiere trámite de audiencia a la compañía aseguradora del Ayuntamiento de Madrid para que realice valoración de los daños y que por escrito de 22 de junio de 2011 cifra en 9.238,39 euros, cantidad que desglosa de la siguiente manera:

- Por 118 días que la reclamante estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, a razón de 55,27 euros por cada uno, resulta la cantidad de 6.521,86 euros.

- Por las secuelas y tras aplicar la formula de baremo para los casos de pluralidad de lesiones y teniendo en cuenta la edad de la reclamante el día del accidente, resulta la cantidad total de 2.716,53 euros.

Por escritos de 22 de julio de 2011, notificados el 8 de agosto siguiente, se concede trámite de audiencia a la Asociación Profesional de Comerciantes del Centro Comercial Tetuán y a su aseguradora, no consta en el expediente que en uso del indicado trámite, la compañía de seguros haya presentado alegaciones, en cuanto a la asociación de comerciantes, por escrito registrado en el servicio de correos con fecha 23 de agosto de 2011 alega, entre otros extremos que analizando la documentación entienden que la reclamante se cayó en la rampa de acceso al mercado por el pasadizo que une la calle A, aaa y la calle B y no en la calle Marqués de Viana.

También observan que anexo al pasadizo hay una frutería, que pertenece a la comunidad de propietarios de la calle A, aaa y tiene dos entradas, una de ellas por el pasadizo de acceso al mercado. Indican que ese local no pertenece al mercado y tiene un acceso por el pasadizo.

Añaden que con todos estos datos, consideran que la perjudicada “*sufrió la caída en un lugar propiedad de la comunidad de propietarios de A, aaa y no en las instalaciones aseguradas, considerando que el responsable del mantenimiento de esas instalaciones es esa misma comunidad de propietarios y no el Asegurado*”.

Al escrito de alegaciones acompaña informe pericial que contiene diversas fotografías.

Vistas las alegaciones presentadas por la asociación de comerciantes, se procede a notificar, como interesada en el procedimiento, trámite de audiencia a la comunidad de propietarios de la calle A, nº aaa, cuyo administrador presenta escrito de alegaciones con fecha 5 de octubre,

adjunta diversas fotografías y un documento de 4 de octubre de 2011 por el que certifica

*“Que ni la rampa ni accesos del Mercado de Tetuán son objeto de la administración, conservación etc., a que se hace mención en el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, escapándose de las competencias de la comunidad, toda vez que su uso es privativo de dicho mercado”.*

También se ha procedido a conferir trámite de audiencia a la representación de la reclamante por escrito notificado el 31 de agosto de 2011, presentando alegaciones el 8 de septiembre de 2011, en las que expone que queda acreditado que su representada sufrió una caída en el Mercado de Tetuán, en la entrada de la calle Marqués de Viana, 4. Respecto del informe del gerente del mercado, manifiesta: *“hemos de destacar que no tuvo lugar la caída fuera del mercado sino en el acceso al mismo por la calle Marqués de Viana, que no se encontraba en las condiciones necesarias para garantizar el acceso en condiciones mínimas de seguridad, tal como ha quedado acreditado”*. Insiste en que se examinen las cámaras de seguridad de la zona para confirmar dónde tuvo lugar la caída.

Vistas las alegaciones, se solicita informe de la Subdirección General del SAMUR-Protección Civil en el que se concrete el sitio exacto en el que tuvo lugar el accidente, que por escrito de 4 de noviembre de 2011 indica que revisados los archivos, consta que se atendió a la reclamante el día 13 de enero de 2010, en la calle Marqués de Viana, 4 (Mercado de Tetuán) Planta Alta cajón 18-19, de una caída, trasladándola al Hospital La Paz.

Con fecha 12 de diciembre de 2011, se ha procedido a notificar nuevo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento: la representación de la reclamante, la Asociación de Comerciantes, la

aseguradora de la asociación y la comunidad de propietarios de la calle A, aaa. Consta la recepción de todas las notificaciones por los correspondientes acuses de recibo debidamente firmados.

En uso del indicado trámite presenta alegaciones la presidenta de la comunidad de propietarios de la calle A, aaa, en las que señala que el accidente tuvo lugar en la calle Marqués de Viana y no en su comunidad.

Por parte de la asociación de comerciantes, su escrito de alegaciones solicita al Ayuntamiento que determine si el pasadizo donde tuvo lugar la caída es un elemento perteneciente al mercado o a la comunidad de propietarios de A, aaa.

No consta la presentación de alegaciones por parte de la reclamante ni de la compañía aseguradora.

El 3 de septiembre de 2012, se formula por el director general de Organización y Régimen Jurídico propuesta de resolución desestimatoria, al no haber quedado acreditada la necesaria relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos municipales, no existiendo el nexo causas preciso para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

**CUARTO.-** En este estado del procedimiento se formula consulta por el vicealcalde de Madrid, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía de Gobierno, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 11 de octubre de 2012, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez. La oportuna propuesta de dictamen fue deliberada y aprobada, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 7 de noviembre de 2012, haciendo la Consejera, Sra. Laina, el voto particular concurrente que se reproduce a continuación del dictamen.

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.-** 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), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LCC.

**SEGUNDA.-** Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado, supuestamente, por la caída provocada por el mal estado del pavimento de las instalaciones municipales. El apoderado se encuentra debidamente acreditado como representante mediante la aportación de poder general para pleitos otorgado a su favor por la interesada.

La legitimación pasiva corresponde al Ayuntamiento de Madrid, como titular de la competencia de mercados *ex* artículo 25.2.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

Puesto que el informe del SAMUR revela que la atención médica se prestó a la perjudicada en “*la calle Marqués de Viana, nº 4 (Mercado de Tetuán) Planta Alta cajón 18-19*” este órgano consultivo entiende que no procede plantearse la legitimación pasiva de la comunidad de

propietarios de la calle A, aaa como pretende la contratista del Ayuntamiento encargada de la gestión del mercado.

Tampoco cabe considerar, como pretende el Ayuntamiento, que la legitimación pasiva corresponde al contratista. Es reiterada doctrina de este órgano consultivo la de sostener que la Administración que ostenta la titularidad del servicio ha de responder de los daños que éste produce a terceros en el marco de su funcionamiento normal o anormal, sin que la previsión de un pacto convencional por cuyo cauce se asigne tal responsabilidad al propio prestatario del servicio o la mención normativa citada evite este resultado, así nos hemos pronunciado, entre otros, en el Dictamen 219/12, de 18 de abril que, con cita del Dictamen 515/2009, de 25 de noviembre expresaba:

*“la responsabilidad extracontractual de la Administración le viene exigida en tanto en cuanto es titular del servicio correspondiente, por cuyo funcionamiento, normal o anormal, se produce el resultado dañoso, en relación de causa a efecto, siendo indiferente que realice directamente la gestión del servicio de que se trate o indirectamente a través de las técnicas legalmente previstas, como la contratación administrativa; por tanto, es distinto el título en virtud del cual se puede exigir la responsabilidad a la Administración, en que basta que la lesión sea consecuencia del funcionamiento del servicio, con la excepción de la fuerza mayor, o a los sujetos privados concurrentes a la producción del daño, en que sólo será exigible a título de culpa o negligencia, según el principio general establecido en el artículo 1902 del Código civil, es decir, que mientras en el primer caso se trata de una responsabilidad objetiva o por el resultado, como afirma constante jurisprudencia, en la segunda ha de acreditarse la concurrencia del elemento culposo, sin el cual la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, queda excluida (...)”*

*En cualquier caso, la Administración conserva los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (ex artículo 155.3 TRLCAP) (...) Por tanto, si bien es cierto que el contratista está obligado a gestionar el servicio público (...) la Administración también está obligada a velar por el buen funcionamiento del servicio y vigilar el exacto cumplimiento del mismo, siendo responsable, frente a los particulares de los daños causados por el funcionamiento, normal o anormal, del mismo.*

*El incumplimiento por la Administración de esta obligación constituye el título de imputación, sin perjuicio de que si se apreciare un incumplimiento contractual, incumbirá a la Administración examinar si procede el ejercicio del derecho de repetición contra el contratista (...) En conclusión, la ineludible indemnidad de la víctima y la circunstancia de que los daños se desarrollan en el marco de un servicio público cuyo ejercicio es garantizado y asumido por una cierta Administración (que elige a la persona física o jurídica encargada de ejercitarlo en concreto) hace que ésta deba asumir los perjuicios generados en su desarrollo sin un vínculo contractual previo. Esta asunción no impide que luego la Administración pueda –si lo estima procedente repetir contra el prestatario del servicio público por considerar que la causa determinante del daño fue, precisamente, la transgresión de obligaciones asumidas por éste en el vínculo establecido al efecto. El régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial no puede ser diferente al establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Otra solución ignoraría el artículo 106.2 de la Constitución, pieza fundamental del sistema, que consagra el derecho de los particulares “a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

En virtud de lo que acabamos de exponer, este Consejo no puede compartir la tesis formulada en la propuesta de resolución, de manera que no puede considerarse que los daños alegados por la reclamante no sean imputables a la Administración municipal en virtud de la existencia de un contrato.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el artículo 142.5 LRJ-PAC establece el plazo de prescripción de un año, que debe computarse, tratándose de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Con independencia de cuándo se haya producido la estabilización de las secuelas, teniendo en cuenta que la caída tuvo lugar el 13 de enero de 2010, debe reputarse en plazo la reclamación presentada el día 17 de junio del mismo año.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evaucado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la 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”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

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.

Aplicando lo anterior al caso objeto del presente dictamen, y acreditada la realidad del daño, mediante informes médicos en los que se constata que la reclamante sufrió fractura de muñeca procede analizar si el daño físico padecido por la interesada es imputable al funcionamiento de los servicios públicos municipales.

Los principios manifestados en el fundamento anterior exigen constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual. Debe examinarse si concurre en el presente caso relación de causalidad con el servicio público puesto que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender, por tanto, el concepto de responsabilidad para dar cobertura a cualquier acontecimiento, lo que significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad de la infraestructura material para prestarlo, no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar

administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

No puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima que corresponde probar a la Administración, recae en quien la reclama (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

La reclamante alega haber sufrido los daños a causa de una caída motivada por el deficiente estado del pavimento en la entrada/salida del mercado respecto de la cual expone que “estaba totalmente mojada”. Aporta, dos informes médicos de urgencias del SAMUR, informe de urgencias del hospital en que fue atendida y partes de baja y alta médicas.

Los informes médicos aportados por la reclamante no acreditan que las lesiones se produjeran a causa de la caída y no por otros motivos, tampoco prueban que la caída fue propiciada por el estado del pavimento. Lo único que dichos informes permiten probar es que la reclamante padeció unos daños físicos, pero no el origen de los mismos ni sus circunstancias.

Respecto del informe de asistencia sanitaria del SAMUR-Protección Civil, el Consejo Consultivo ha sostenido que dicho informe o parte de asistencia no serviría para acreditar el nexo causal entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos municipales. Se entiende que el parte de intervención del SAMUR sólo acredita el lugar y fecha de recogida o de la asistencia, pero no la mecánica de la caída, en especial, la influencia del elemento peligroso con el que tropezó la reclamante, así nos pronunciamos en nuestro dictamen 37/11, de 9 de febrero.

La representación de la reclamante solicitó como prueba las grabaciones que pudieran existir de cámaras de video vigilancia. La jefa del Departamento de Responsabilidad Patrimonial solicitó a la Dirección General de Comercio la emisión de informe comprensivo, entre otros aspectos, sobre: *“Si existen cámaras de vigilancia en las entradas/salidas del mercado que pudieran haber grabado los hechos por los que se reclama y, en caso, afirmativo, proporcione copia de las cintas en las que se grabó el suceso”*. La Dirección General de Comercio emitió informe el 26 de abril de 2011 *“en los términos solicitados”* en los que no se mencionan las cámaras ni se adjunta grabación alguna de lo cual solo cabe desprender que no existen grabaciones. Ello resulta corroborado por la propuesta de resolución cuando afirma: *“Tal insuficiencia probatoria se debe a que la reclamante no fue atendida en el lugar de los hechos por la Policía Municipal, no existe grabación de los mismos por cámara de vigilancia (...)”*.

Ante la falta de prueba de que los daños sufridos se produjeron como consecuencia del estado del pavimento de la entrada/salida del mercado debe concluirse que no está acreditada la relación de causalidad entre los daños sufridos por la reclamante y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

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

## CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de caída

en el Mercado de Tetuán debe ser desestimada al no haber quedado acreditada la relación de causalidad con el servicio público municipal.

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

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULA AL  
PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, DOÑA ROSARIO  
LAINA VALENCIANO.**

«María del Rosario Laina Valenciano, Consejera electiva del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular concurrente con el dictamen aprobado unánimemente por el citado Consejo, en la sesión de la Comisión Permanente del día 7 de noviembre de 2012, respecto de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante el Ayuntamiento de Madrid, solicitando una indemnización en resarcimiento de los daños ocasionados por una caída sufrida en el mercado de Tetuán.

El presente voto es concurrente al compartir la decisión mayoritaria de rechazar la reclamación presentada por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el daño y el servicio público. Disiento, no obstante, del razonamiento expuesto en la consideración de derecho segunda, por entender, junto con la propuesta de resolución, que en el hipotético caso de que se acredite la existencia de responsabilidad, no correspondería la asunción de la misma al Ayuntamiento de Madrid por el mero hecho de ser el titular del servicio prestado. En tanto el

Ayuntamiento ha optado por la gestión indirecta como forma de prestación del servicio, correspondería al concesionario hacer frente a la indemnización si se hubiese justificado que el accidente se produjo, tal y como alega la reclamante a consecuencia de hallarse mojado el suelo del mercado por omisión del deber de mantenimiento en condiciones adecuadas, que, sin lugar a dudas, corresponde al concesionario.

El artículo 214 del vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, recoge en los mismos términos que hacía el artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público, la responsabilidad con carácter general del contratista por los daños que se produzcan a terceros durante la ejecución del contrato, estableciendo como excepciones a esa regla general, la responsabilidad de la Administración de los daños causados, cuando estos hayan sido ocasionados como consecuencia directa de una de sus órdenes o en los casos de vicios en el proyecto elaborado por ella misma.

Aunque no unánnimemente, los órganos judiciales y consultivos, contra la literalidad de la norma, han tratado de atemperar esta decidida postura del legislador a favor de la responsabilidad del contratista, ampliando el campo de responsabilidad de la Administración, más allá de los dos supuestos recogidos en la norma, con el argumento de que las garantías de los ciudadanos frente a las actividades de titularidad pública, no pueden depender de la forma de gestión (directa o indirecta) elegida por la Administración para su prestación. Para ello, han acudido a diversos razonamientos, uno de los cuales, la culpa *in vigilando*, propio del derecho privado, es el esgrimido en el Dictamen objeto del presente voto, para sustentar la responsabilidad de la Administración, en el caso hipotético de que esta concurriese, por los daños ocasionados en el desarrollo de un contrato para la explotación del Mercado de Tetuán mediante la fórmula de gestión indirecta de un servicio público.

La culpa *in vigilando*, tiene su origen en el artículo 1903 del Código Civil que aun denominada “*responsabilidad por hecho ajeno*”, en realidad constituye una responsabilidad por acción u omisión propia, ligada a la infracción del deber de vigilancia que pesa sobre el autor del daño. La jurisprudencia, ha rechazado la asunción de tan gravosa carga en los casos en que este deber de vigilancia no concurría de forma clara. Así ha denegado este tipo de responsabilidad en las relaciones contractuales, por no concurrir el requisito de subordinación, esencial para que ese deber de vigilancia fuera de la entidad exigida y de este modo, el Tribunal Supremo ha venido pronunciándose de manera inalterable en sentencias de 11-6-1998 (RJ 1998\4678), 27-11-1993 (RJ 1993\9143, 18 de marzo de 2000 RJ 2000/ 2018): «*cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el art. 1903, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección».*

No podemos olvidar que la reclamación objeto del Dictamen reprocha un daño producido con ocasión del desarrollo de un servicio público prestado de forma indirecta a través de la figura del contrato de gestión de servicio público. Esta forma de gestión ha sido objeto especial de estudio por parte de la jurisprudencia europea (Informe 12/10 de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación del Estado), en tanto que este tipo de contratos queda exento del régimen jurídico propio de la regulación armonizada que sí le es de aplicación a los contratos de obras y de servicios. Fruto de ese análisis, se han señalado las características inherentes a esta modalidad de contratación pública. Así, en el contrato de gestión de

servicio público, la explotación del servicio que se transfiere, lleva implícita la asunción por el concesionario del riesgo derivado de la misma, siendo la potestad organizativa una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de la organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

La autonomía del contratista inherente a este tipo de gestión, supone que, a mi juicio, los poderes de policía que la Administración conserva en los casos de prestación indirecta de servicios públicos, para asegurar la buena marcha de los mismos, no justifica que pueda operar la responsabilidad por culpa *in vigilando*, por no alcanzar la intensidad exigida legal y jurisprudencialmente para asumir el desfavorable efecto de asumir el daño causado por un tercero. Tal y como se ha reseñado, en las relaciones entre empresas solo es admitida la culpa *in vigilando* en los casos de una auténtica implicación en la gestión, muy alejada de una función de policía inherente a un servicio público, que no alcanza a inspeccionar si el suelo del mercado está seco o mojado, pues no puede exceder de lo razonablemente exigible.

La regulación contenida en la legislación de contratación pública se acomoda exactamente a estos postulados que solo atribuye responsabilidad a la Administración cuando el nivel de implicación en el contrato alcanza la entidad suficiente para asumir los daños causados. La referencia expresa en la citada legislación a la existencia de órdenes, causas inmediatas del daño o participaciones en el proyecto, implica, que la conservación de poderes genéricos de policía por parte de la Administración, se ha estimado insuficiente para atribuir responsabilidad por los daños causados por el contratista. La potestad de policía recoge unas facultades encaminadas a garantizar la prestación del servicio, que no implican el control de todas y

cada una de las decisiones adoptadas por el contratista, pues ello además de exigir un sistema de inspección que encarecería hasta hacer inviable la gestión indirecta de los servicios públicos, conllevaría la vulneración del derecho a la autonomía y libertad de organización que está en la base de la proclamación del principio de riesgo y ventura inherente a esas formas de gestión.

Desde el punto de vista económico, esta ampliación de los supuestos de responsabilidad patrimonial, supondría una importante lesión para las arcas públicas, dadas las dificultades para que prosperase la acción de regreso, que prevén numerosos pronunciamientos tanto judiciales como de órganos consultivos, para resarcir a la Administración de la responsabilidad asumida. Esta acción se contempla en el artículo 1904 del CC excepcionalmente para los casos de dependencia, que no se da en la relación contractual objeto de análisis, sin que tampoco pueda operar la posibilidad de reclamación cuando paga quien no es el deudor, prevista en el artículo 1158 del CC, ante la gran cantidad de ocasiones en que el contratista en el procedimiento entablado, muestra su oposición a la admisión de la responsabilidad instada (*“El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.”*).

Por ello, en contra del criterio expresado por la mayoría, entiendo, junto con la propuesta de resolución, que en el caso hipotético de que se hubieran acreditado los elementos integrantes de la responsabilidad reclamada, sería el contratista el que debería asumir la misma, al no concurrir los supuestos excepcionales previstos legalmente para considerar responsable a la Administración titular del servicio».

Madrid, 13 de noviembre de 2012