

Dictamen n.º: **681/11**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por nueve votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 30 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada del delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, por sustitución, formulada reglamentariamente a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, respecto de reclamación de E.M.S., sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños sufridos debido a la caída por un talud en el parque público Jardines de las Vistillas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, mediante escrito de 27 de septiembre de 2011, registrado de entrada el 30 del mismo mes y año, se formula consulta a este Consejo Consultivo y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 30 de noviembre de 2011, por nueve votos a favor y el voto en contra del Consejero, Sr. Galera, que hace expresa reserva de formular voto particular en el plazo reglamentariamente establecido.

El escrito de solicitud del dictamen preceptivo fue acompañado de documentación en formato cd, que se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido interesa destacar los siguientes hechos relevantes:

El interesado, mediante escrito presentado en la oficina de registro de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio el 9 de junio de 2010, formuló reclamación por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de una caída sufrida en la madrugada del 22 al 23 de agosto de 2009 en el parque Jardines de las Vistillas y que atribuye a la ausencia de *“señalización alguna sobre el desnivel existente que alcanza unos cinco metros de altura ni barandilla o elemento de protección alguno que evite posibles caídas”*. Al citado escrito acompaña informe de asistencia sanitaria de Samur-Protección Civil, informe arquitectónico, realizado a instancia de parte, sobre la disposición constructiva y seguridad del muro de contención, diversos informes médicos, facturas y fotografías de cicatriz.

El informe médico de alta, emitido por el Hospital A con fecha 23 de agosto de 2009, señala como diagnóstico *“fractura con minuta de calcáneo derecho y esguince en tobillo izquierdo”*, que es intervenido con procedimiento de reducción abierta y osteosíntesis interna con placa LCP de ACUMED.

Respecto a la valoración económica de la indemnización, se cuantifica inicialmente en 31.391,36 euros.

TERCERO.- Por dichos hechos se inició expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con lo dispuesto 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 (LRJ-PAC) y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las

Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Mediante escrito, notificado el 3 de agosto de 2010 (folio 36), se practica requerimiento para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 (LRJ-PAC), se complete la solicitud y, en los términos del artículo 6 (RPRP), se acrediten los extremos que se indican en el anexo a dicho requerimiento:

- Justificantes que acrediten la realidad y certeza del accidente sobrevenido y su relación con la obra o servicio público.
- Declaración suscrita del afectado en la que manifieste expresamente que no ha sido ni va a ser indemnizado por compañía aseguradora ni mutualidad de seguros.
- Descripción de los daños personales, aportando partes de baja y alta médicas y estimación de la cuantía en que valora el daño sufrido.
- En caso de daños materiales, evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto o factura.

En respuesta al requerimiento, el interesado presenta el 6 de agosto de 2010 escrito de alegaciones en el que hace referencia a las pruebas documentales ya adjuntadas en el escrito inicial de reclamación, proporciona los datos de tres testigos presenciales para prueba testifical, expresa no haber sido indemnizado, aporta informe médico pericial de valoración de daños y factura de la silla de ruedas y amplía la estimación inicial de la cuantía indemnizatoria hasta la cantidad de 56.218,31 euros (folios 39 y 40).

Con fecha 15 de diciembre, emite informe técnico la Subdirección General de Conservación de Zonas Verdes y Arbolado Urbano, (folio 84) en el que manifiesta que el muro donde se produjo la caída “*se encuentra*

dentro de una zona de césped sin camino habilitado para acceder a la parte superior del muro y la coronación del mismo no está oculto por la vegetación. Según la Ordenanza General de Protección del Mobiliario Urbano, Título IV, Capítulo II, en su artículo 209, indica:

Con carácter general, para la buena conservación y mantenimiento de las diferentes especies vegetales de las zonas verdes, no se permitirán los siguientes actos:

b) Pisar el césped de carácter ornamental, introducirse en el mismo y utilizarlo para reposar, estacionarse sobre él o caminar por zonas ajardinadas acotadas”.

Se realiza prueba testifical el 10 de febrero con la presencia de los tres testigos propuestos (folios 123 a 132), de la que resulta que dos de ellos dicen haber presenciado la caída del perjudicado por el talud y explican que accedieron a la zona del parque en la que se produjo el accidente por un camino que identifican en fotografías incluidas en el informe arquitectónico aportado por el reclamante.

Una vez instruido el procedimiento y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Pública en materia de responsabilidad patrimonial, se notifica trámite de audiencia al reclamante el 23 de febrero de 2011. En respuesta a dicho trámite, se presentan alegaciones el 28 del mismo mes en las que manifiesta su disconformidad con el informe de la Dirección General de Patrimonio Verde y reitera su reclamación inicial (folios 140 y 141).

El 18 de agosto de 2011, la jefa del Departamento de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales elevó propuesta de resolución desestimatoria.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f)1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- 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 39 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

TERCERA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la citada LRJ-PAC, por cuanto es la persona que sufrió el daño.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid como titular de la competencia de parques y jardines *ex* artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de*

carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”. Puesto que la caída se produjo el 23 de agosto de 2009 y la reclamación se presentó el 9 de junio de 2010 ha de considerarse formulada en plazo, con independencia del momento de curación de la reclamante o de la fijación del alcance de las secuelas.

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

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

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso que entre los servicios públicos y el daño exista una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal. Se requiere, además, que el daño se haya de considerar antijurídico en el sentido de que reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de

2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, los daños sufridos por el reclamante están acreditados por los informes médicos que obran en el expediente: esguince en tobillo izquierdo y fractura conminuta en calcáneo derecho que requirió cirugía para reducción abierta de la fractura y osteosíntesis. Se aducen, además, diversas secuelas físicas (folios 47 y 48)

SEXTA.- Debe examinarse si concurre, en el presente caso, la relación de causalidad, definida por la jurisprudencia en, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, RJ 7648, como *“una conexión causa efecto, ya que la Administración –según hemos declarado entre otras, en nuestras Sentencias de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002–, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa”*. Asimismo, ha de determinarse si el daño puede o no considerarse antijurídico, en el sentido ya indicado.

Alega el perjudicado que la caída que sufrió tuvo su origen en un talud sin señalizar que existe en el parque en el que se encontraba. Para acreditarlo, aporta fotografías del lugar de los hechos, incluidas en un informe arquitectónico y solicita la práctica de prueba testifical de los amigos que lo acompañaban aquella noche.

Respecto de las fotografías, cabe considerar que prueban la existencia del talud sin señalizar, pero, por sí mismas, no hacen prueba de la forma en que se produjo la caída.

Los testimonios realizados por los acompañantes del interesado, valorados en conjunto con el informe de la Unidad de Soporte Vital

Avanzado (fo.3), que asiste al reclamante estando tumbado en el césped al pie del talud, sí acreditan indubitadamente que la caída se produjo a causa del talud, cayendo el perjudicado desde una altura de entre 4 y 5 metros.

En relación con las declaraciones testificales, la propuesta de resolución efectúa, en primer lugar una descalificación general de la prueba testifical como medio de prueba en sí mismo, con reproducción de argumentos genéricos y apriorísticos que este Consejo ha considerado ya inaceptables en numerosos dictámenes (por todos, v. el dictamen n° 143/10). Posteriormente, atiende a los concretos testimonios prestados y destaca concisamente ciertas diferencias en ellos, de las que, sin explicación, concluye que esa prueba *“no permite probar la mecánica del incidente ni la causa que lo provocó”* (143/10).

Llama la atención a este órgano consultivo que no se tome en consideración por la Administración consultante el informe de asistencia sanitaria de la Unidad de Soporte Vital Avanzado, salvo en un extremo perjudicial para el reclamante, al que luego se hará referencia. Este Consejo, valorando las declaraciones testificales en relación con el lugar en que dicha Unidad encuentra al reclamante, más el estado de éste, considera probado, conforme a las reglas de la sana crítica, que el lugar donde tuvo lugar la caída del reclamante fue el que éste señala en su escrito de reclamación, habiéndose producido dicha caída por haberse precipitado al vacío generado por el desnivel que producía el talud del parque.

SÉPTIMA.- Como ya hemos apuntado, también debemos considerar el elemento de la antijuridicidad del daño, es decir, si el interesado tenía o no el deber jurídico de soportarlo, atendiendo al lugar y circunstancias en que se produjo el accidente.

La propuesta de resolución plantea que el daño no es antijurídico fundándose, principalmente, en que el informe emitido por la Subdirección General de Conservación de Zonas Verdes y Arbolado Urbano, (folio 84)

manifiesta que el muro donde se produjo la caída *“se encuentra dentro de una zona de césped sin camino habilitado para acceder a la parte superior del muro y la coronación del mismo no está oculto por la vegetación. Según la Ordenanza General de Protección del Mobiliario Urbano, Título IV, Capítulo II, en su artículo 209, indica:*

Con carácter general, para la buena conservación y mantenimiento de las diferentes especies vegetales de las zonas verdes, no se partirán los siguientes actos:

b) Pisar el césped de carácter ornamental, introducirse en el mismo y utilizarlo para reposar, estacionarse sobre él o caminar por zonas ajardinadas acotadas”.

Sin embargo, la afirmación contenida en este informe de ausencia de camino para acceder a la zona del parque donde tuvo lugar el accidente, cuestionada por las declaraciones testificales ya mencionadas, resulta, a juicio de este Consejo, de nula relevancia ante el hecho incontrovertible de que el reclamante y sus amigos accedieron a la zona de pradera próxima al talud sin que nada permita suponer que ese acceso implicó para ellos un gran consumo de esfuerzo o el empleo de habilidades especiales. De hecho, la Administración consultante elude reconocer que, como expone el dictamen pericial de arquitecto aportado por el reclamante -informe sobre el que la Administración guarda completo silencio-, el acceso al parque es factible por la terraza superior, desde la confluencia de la calle Morería con la Plaza de Gabriel Miró.

La prohibición de la ordenanza municipal de pisar el césped no es suficiente para afirmar la antijuridicidad del daño, toda vez que no existe recordatorio alguno en forma de cartel en la zona y tampoco hay elementos ni barreras arquitectónicas de ninguna clase, por ejemplo, un bordillo, que delimiten, impidan o dificulten el tránsito de los ciudadanos por dicho lugar. El Ayuntamiento no se pronuncia sobre la existencia y vigencia, en

el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de 1997, del art. 6.9.11, relativo a las condiciones de seguridad para evitar caídas. El referido Plan, vigente al tiempo de suceder la caída del reclamante, exige proteger con barandilla de 100 cm. de altura los perímetros exteriores de las terrazas accesibles a las personas (como lo es el lugar que aquí importa) y el antedicho Plan ha de ponerse en relación con el deber de los propietarios de terrenos que consigna la Ley del Suelo en su art. 9.1, en que expresamente se mencionan las condiciones de seguridad.

El Ayuntamiento de Madrid afirma, en su propuesta de resolución, que está *“estrictamente prohibido adentrarse en la zona ajardinada”*. Si así fuese, más allá de la alegada prohibición de pisar el césped, resultaría inexplicable la inexistencia de carteles recordando tal prohibición, al menos por la noche y la existencia de carteles que, en cambio, explican la filiación botánica de algunos árboles y arbustos.

Ocurre, en suma, que no cabe controversia sobre la existencia de un espacio de parque o jardín, del que es responsable el Ayuntamiento de Madrid, que se encuentra abierto de día y de noche y respecto del que no consta indicación visible de prohibición de transitar por él, ni en todo ni en parte o en determinadas horas. La norma municipal alegada por la Administración consultante puede, de ser infringida, fundamentar las consecuencias expresamente previstas en ella, entre las que no cabe considerar que se encuentre una exclusión de la responsabilidad del Ayuntamiento si estados de cosas objetivamente peligrosos causasen daños a los infractores de dicha norma. Más aún, la responsabilidad *“in vigilando”* del Ayuntamiento debería haber conducido a impedir el acceso al parque siquiera fuese por la noche o, cuando menos, a impedir ese acceso a la concreta zona desde la que se podría sufrir fácilmente un accidente a causa de un talud que alcanza cinco metros de altura, desprovisto de barandilla ni otra cualquiera barrera.

Nada de eso se advierte en relación con el Parque de las Vistillas y, por el contrario, consta en las actuaciones la accesibilidad al interior del Parque, a lo que se ha de añadir que es notorio para este Consejo, como para muchos madrileños, el uso de las praderas del parque por numerosas personas, de día y también de noche. Cuanto mayor sea el énfasis en la inaccesibilidad del lugar y en su condición inidónea para el tránsito mayor ha de ser la sorpresa ante la incongruencia de hallarse dicho lugar sin barreras que impidan el acceso y sin carteles o señales que lo prohíban.

OCTAVA.- La Administración consultante fundamenta en buena medida la propuesta de desestimación de la reclamación en que *“las circunstancias perceptivas de la víctima no fueron óptimas en el momento del siniestro, pues el informe de Asistencia Sanitaria de SAMUR-Protección Civil recoge; ‘Ha bebido 2 absentas, tequila y varias cervezas. Niega haber fumado’.”*

Acto seguido, la propuesta de resolución recoge una extensa cita de la Sentencia núm. 49/2008, de 21 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Resultaría excesivamente prolijo comparar con el relevante pormenor las circunstancias del caso juzgado por el citado Tribunal Superior y el que es objeto del presente dictamen. Será suficiente decir que en el caso juzgado por el Tribunal estaba debidamente acreditado un estado de intoxicación etílica moderada así como la existencia de pretil de piedra delimitador de zonas, mientras que en nuestro caso se trata de afirmaciones del reclamante que, aunque no haya motivo para dudar de su veracidad, no acreditan la intoxicación en el momento de la caída y en los inmediatamente anteriores, intoxicación que no consta, sin que, por otra parte, exista en nuestro caso algo semejante a un pretil, indicativo de peligro y obstativo a la caída.

La invocación de las manifestaciones del mismo reclamante en cuanto a sus bebidas anteriores (sin especificar el tiempo pasado desde que las

ingirió) y la extensa cita de la referida sentencia no eliminan, a juicio de este Consejo, la responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid en el mantenimiento de un estado de cosas sumamente peligroso y que se considera un factor causal del daño.

NOVENA.- Sentado lo anterior, no cabe tampoco ignorar que el comportamiento del reclamante en la noche del 22 al 23 de agosto de 2009 implica una relevante imprudencia. Aun descartando la intoxicación etílica, la configuración no ajardinada de la mayoría del terreno por el que circuló con sus amigos, más su deambular apartándose del grupo en momentos anteriores a su caída, en plena noche, sin caminos visibles y, según todos los indicios, sin conocimiento de la zona, son constitutivos de imprudencia, que si bien no alcanza a eliminar la responsabilidad de la Administración municipal, pues los factores determinantes del daño de que ésta es responsable se mantienen intactos, la culpa del reclamante concurre con la de la Administración, atenuándola en un cincuenta por ciento.

DÉCIMA.- Procede ahora tratar de la cuantía de la indemnización que debe reconocerse al reclamante. Éste, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, solicita 56.218,31 euros con fundamento en un informe de valoración de daños que aporta, más una factura de silla de ruedas que dice haber necesitado.

La valoración de los daños debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, desde el 23 de agosto de 2009 hasta el 31 de enero de 2011, fecha en la que consta que el reclamante ha recibido el alta de rehabilitación, lo que supone que habría que aplicar las Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 20 de enero de 2009 y de 31 de enero de 2010.

El informe sobre valoración de daños considera 180 días de “*incapacidad médico legal*”, de los cuales 5 fueron hospitalarios y considera que 100

deben ser considerados impositivos y el resto no impositivos. También plantea secuelas que valora:

- Daños en columna vertebral, según informe radiológico de enero de 2010: 4 puntos.
- Limitación de movimientos en el pie: 5 puntos.
- Deformidad del pie que condiciona pie plano-valgo postraumático: 5 puntos.
- Edema postraumático: 3 puntos.
- Perjuicio estético ligero por cicatrices y cojera: 5 puntos.
- Situación clínica residual por el esguince: 2 puntos

Esta es la única valoración de daños que consta en el expediente al no haber efectuado la Administración municipal valoración alguna. Ello no obstante, este órgano considera que hay conceptos que no resultan aceptables en los términos expuestos.

Así, el reclamante ha estado de baja desde el día de la caída, 23 de agosto de 2009 hasta el 31 de enero de 2010, ya que el propio informe expone que finalizó la rehabilitación a finales de dicho mes. Se trata de 162 días, de los cuales:

- Desde el 23 hasta el 27 de agosto de 2009, 5 días de baja hospitalaria, a 65,48 euros cada uno: 327,4 euros.
- Desde el 28 de agosto hasta el 20 de octubre de 2009, que necesitó silla de ruedas, 54 días de baja impositiva, a 53,20 euros cada uno: 2.872,8 euros.

Desde el 21 de octubre de 2009 hasta el 31 de enero de 2010, que pudo moverse con muletas y consta que acudió al examen del curso de formación

que estaba realizando, 103 días de baja no impeditiva, de los cuales 72 días a 28,65 euros cada uno: 2.062,8 euros y 31 días a 28,88 euros cada uno: 895,28 euros. Se aplica a cada tramo la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que corresponde, al primer tramo la de 20 de enero de 2009 y al segundo la de 31 de enero de 2010.

Por otro lado, los daños en columna no aparecen en los informes médicos inmediatamente posteriores a la caída, por lo que un informe radiológico de varios meses después de la misma no puede determinar que dicho daño esté vinculado con la caída.

Entendemos que los 20 puntos restantes sí son debidos como indemnización conforme a la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 20 de enero de 2009, que establece 1.147,03 euros por punto, lo que asciende a 22.940,6 euros.

De la suma de los referidos conceptos resulta una indemnización de 29.098,88 euros, además de los 281,08 euros de la silla de ruedas, es decir, 29.379,96 euros en total. Conforme a lo expuesto en la consideración jurídica anterior, la Administración deberá abonar al reclamante la mitad de dicha cantidad, esto es, 14.549 euros

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada e indemnizar al reclamante en la cantidad de 14.549 euros.

A la vista de este dictamen, 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 QUE FORMULA AL PRESENTE
DICTAMEN EL CONSEJERO ELECTIVO D. JESÚS GALERA
SANZ.**

«Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, y con el respeto que siempre me merecen mis compañeros que han votado a favor, formulo este Voto particular para dejar constancia, sucintamente, de mis discrepancias con el dictamen del expediente 635/11.

El dictamen estima parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial, debiendo indemnizar al reclamante en la cantidad de 14.549 euros, al considerar una concurrencia de culpas entre la Administración y el reclamante.

Como ya manifesté en mi Voto particular al dictamen 468/09 considero que la aplicación hasta sus últimos extremos del carácter objetivo o por el resultado de la responsabilidad patrimonial de la Administración, precisando solo para su apreciación el nexo de causalidad, puede conducir a resultados indeseados y no conformes, en absoluto, con los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico. Y como allí decía se impone una ponderación razonada de todas las circunstancias concurrentes y los distintos intereses en conflicto, en línea con la filosofía que late bajo la

regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a efectos que dicho instituto no se desvirtúe y acabe separándose de los fines que debe de servir. Así, sólo podrán resarcirse por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración los daños que guarden relación de causa a efecto con el funcionamiento de los servicios públicos, y que merezcan la consideración de daños antijurídicos, en consonancia con lo establecido en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual: *“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*. En el bien entendido de que dicha obligación de resarcimiento, sólo surgirá cuando el riesgo creado por la utilización de un bien o infraestructura de titularidad pública o de un servicio público, haya rebasado los parámetros de la razonabilidad, y no se trate de un riesgo socialmente admitido como propio de la vida en común. En efecto, el daño sólo será antijurídico cuando el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (*vid.* Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 28 de octubre de 2003, 12 de febrero de 2002 o 31 de octubre de 2003, entre otras).

Son varias las sentencias de nuestros tribunales de justicia en las que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas frente a la Administración, cuando el accidente causante de los daños haya tenido lugar en una zona destinada a otro fin distinto de la deambulación de peatones, como en el presente caso, considerándose que la conducta exclusiva de la víctima es la que contribuyó al daño lo que determina la ruptura del nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos municipales, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 12 de

febrero de 2007 o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2008, en la que se señala que la caída se produjo *“con motivo de haberse introducido el pie izquierdo en un agujero que había en dicha zona verde, zona que ornamenta la plaza peatonal del citado parque, el cual dispone de áreas habilitadas para el uso exclusivo de peatones, no siéndolo en ningún caso la zona destinada a jardín, aun cuando la misma efectivamente resulte transitable por no disponer de vallas que limiten su acceso, en el sentido de término, esto es como sitio o lugar por donde se puede transitar, y transitar a su vez, como ir o pasar de un punto a otro, siendo la zona por la que transitó la recurrente una vía no destinada al tránsito de peatones, y que el deambular por la misma requiere la adopción de precauciones, que como sostiene la Sentencia no fueron adoptadas por la recurrente cuando decidió introducirse en la zona de jardinería, caminando por lugar no destinado al efecto, rompiéndose el nexo causal dada la falta de atención imputable a la recurrente”*. Por ello, concluye afirmando que *“la referida caída se produjo en lugar no destinado específicamente al tránsito de los peatones, todo lo cual exige una mayor atención en la deambulación, lo que hubiera evitado la caída de la aquella”*. La sentencia, en fin, concluía desestimando el recurso de apelación interpuesto, y confirmando la sentencia de instancia.

Examinadas las circunstancias concurrentes en el caso, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial, considero que no se dan aquí los presupuestos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

El reclamante no ha dado razón de su presencia en la zona ajardinada, cuando le corresponde la acreditación del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Así, el resultado probatorio ofrece descripciones del momento en que el demandante caía y del momento posterior a la caída pero nada se prueba sobre el motivo de la

deambulaci3n del reclamante por el Jard3n de las Vistillas, en zona no habilitada para la circulaci3n de peatones.

A los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administraci3n, como uno de sus requisitos, es menester determinar qu3 servicio p3blico ha originado los daos. Y en correspondencia con lo anterior, resulta necesario dar raz3n del uso de ese concreto servicio p3blico por la persona afectada. En este sentido, en el expediente administrativo consta el informe de la Subdirecci3n General de Conservaci3n de Zonas Verdes y Arbolado Urbano del Ayuntamiento de Madrid en el que se manifiesta que el muro donde se produjo la ca3da *“se encuentra dentro de una zona de c3sped sin camino habilitado para acceder a la parte superior del muro y la coronaci3n del mismo no est3 oculto por la vegetaci3n”* y en el que se invoca el art3culo 209 de la Ordenanza General de Protecci3n del Mobiliario Urbano, seg3n la cual, con car3cter general para la buena conservaci3n y mantenimiento de las diferentes especies vegetales de las zonas verdes, no se permitir3 pisar el c3sped de car3cter ornamental, introducirse en el mismo y utilizarlo para reposar.

El dictamen considera que *“La prohibici3n de la ordenanza municipal de pisar el c3sped no es suficiente para afirmar la antijuricidad del dao, toda vez que no existe recordatorio alguno en forma de cartel en la zona y tampoco hay elementos ni barreras arquitect3nicas de ninguna clase, por ejemplo, un bordillo, que delimiten, impidan o dificulten el tr3nsito de los ciudadanos por dicho lugar* (Consideraci3n jur3dica s3ptima, p3gina 11). No puedo compartir esa afirmaci3n. Considero que la zona ajardinada est3 claramente diferenciada de la zona de uso y tr3nsito de los ciudadanos. De tal modo y manera, que la presencia del reclamante en la zona ajardinada, a falta de otros datos que den raz3n y expliquen la misma, incurr3a en un uso del servicio p3blico de jardines y parques que excede la finalidad de los mismos. As3, el reclamante se coloc3 en una situaci3n de riesgo, a altas horas de la madrugada, sin motivo o explicaci3n alguna, despu3s de haber

ingerido, como él mismo reconoce, según el informe de la unidad del SAMUR, dos absentas, tequila y varias cervezas, con el lamentable resultado. Al no quedar acreditado por qué el recurrente se colocó en tal situación de riesgo, la causa de exoneración de responsabilidad patrimonial por culpa exclusiva de la víctima entra en juego y despliega toda su eficacia. Así la conducta de la víctima concurrió a la producción del daño, quebrando la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños sufridos.

Por todo ello, considero que debería haberse desestimado la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid.

En este sentido emito mi Voto particular

Jesús Galera Sanz

Consejero electivo».

Madrid, 12 de diciembre de 2011