

Dictamen nº: **333/19**

Consulta: **Alcalde de Madrid**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **12.09.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 12 de septiembre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por PERAMY-EXPRES S.L. (en adelante, “*la reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las obras de acondicionamiento llevadas a cabo en el Parque del Retiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de enero de 2016 la reclamante presentó en una oficina de registro del Ayuntamiento de Madrid una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la realización de obras en el Parque del Retiro.

En su escrito expone que la cafetería RT con terraza situada en la Avenida Menéndez Pelayo, núm. 59 sufrió unas “*pérdidas irrecuperables y desastrosas*” como consecuencia del cierre durante 16 meses de la

puerta 12 de Octubre del Parque del Retiro a raíz de la ejecución de unas obras.

Solicita que las pérdidas sean evaluadas y se compensen con lo que proceda.

No aporta documentación alguna.

Por Acuerdo de la consejera técnica de la Subdirección General de Organización y Régimen Jurídico de 3 de febrero de 2016 se requirió a la reclamante para que aportase declaración de no haber sido indemnizada por estos hechos; poder notarial que acredite la representación de personas jurídicas; indicación de si se siguen otros procedimientos por estos hechos; evaluación económica de la indemnización solicitada así como cualquier medio de prueba del que intentase valerse.

El 23 de febrero la reclamante aporta las declaraciones solicitadas, poder notarial y copias del libro mayor de los años 2014 y 2015 donde se refleja una pérdida de ganancias por importe de 92.280,87 euros durante el periodo en el que la puerta 12 de octubre permaneció cerrada.

El 29 de noviembre de 2016 la jefa del Departamento de Reclamaciones I solicita a la reclamante que indique la fecha en la que sucedieron los hechos que motivan la reclamación, su relación con el servicio público y justificantes que acrediten la relación del lucro cesante con la obra o servicio público.

El 4 de enero de 2017 la reclamante presenta un escrito en el que manifiesta que la documentación requerida ya fue aportada y que la duración de las obras fue de octubre de 2014 a marzo de 2016. Afirma que los perjuicios fueron tales que tuvo que pedir un préstamo de 30.000 euros a una cervecería para poder hacer frente a los sueldos del personal. Solicita la devolución de los gastos.

Con fecha 7 de febrero de 2017 se solicita la emisión de informe a la Subdirección General de Parques y Viveros que es emitido el 13 de ese mes y año.

En el mismo se manifiesta que las obras fueron realizadas por METRO DE MADRID S.A. para la reforma y adecuación del pozo de ventilación situado entre las calles Ibiza y Sainz de Baranda. La ocupación de vía pública fue concedida por la Dirección General de Vías Públicas y Publicidad Exterior con el visto bueno de la Dirección General de Zonas Verdes, Limpieza y Residuos y con autorización de la Dirección General de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

El plazo de ejecución de las obras era de 4 meses que fueron objeto de otras dos prórrogas por 4 y 2 meses más.

En marzo de 2015 la dirección del Parque del Retiro comprobó que se había instalado en el acceso por la puerta del 12 de Octubre una rejilla de tramej que no estaba autorizada y que constituía un peligro para los usuarios y no cumplía los requisitos para ser instalada en un bien de interés cultural. Por ello se obligó a Metro de Madrid a retirar dicha rejilla transcurriendo 11 meses, durante los cuales la puerta permaneció cerrada en beneficio de la seguridad de los usuarios.

Destaca que las obras afectaron exclusivamente al interior del parque y en ningún caso a la avenida Menéndez Pelayo. Concluye que, en todo caso, la responsabilidad correspondería a Metro de Madrid.

El 21 de marzo de 2017 se concede trámite de audiencia a la reclamante y a METRO DE MADRID S.A.

El 18 de abril de 2017 el representante de Metro de Madrid solicita una prórroga del plazo para formular alegaciones.

El 24 de abril Metro de Madrid presenta escrito de alegaciones en las que manifiesta:

- Que concurre fuerza mayor ya que se trata de una actuación de interés público.
- Que no hay relación causal entre las obras y las ventas de la reclamante ya que no se afectó al acceso al establecimiento.
- Que la reclamante no acredita la relación entre la disminución de sus ventas y la obra.
- Que el Ayuntamiento de Madrid no comunicó a Metro de Madrid los requisitos de seguridad para personas y animales al tratarse de un bien de interés cultural por lo que la responsabilidad también alcanzaría al Ayuntamiento.

Aporta documentación y propone la testifical de una empleada de Metro de Madrid.

El 24 de mayo de 2018 se concede audiencia a ZURICH en cuanto aseguradora del Ayuntamiento.

Por escrito de fecha 9 de octubre de 2018 la citada aseguradora afirma que, al no ser una obra promovida por el Ayuntamiento de Madrid, no está incluida en la cobertura de la póliza.

No consta la presentación de alegaciones por la reclamante pese a que tomó vista del expediente el 7 de abril de 2017.

Finalmente, con fecha 17 de abril de 2017 (sic), la instructora del procedimiento dictó propuesta de resolución en la que propone desestimar la reclamación al no considerar acreditada la relación de causalidad, el lucro cesante reclamado como daño y considerar que la

responsabilidad correspondería a METRO DE MADRID S.A. ni tener el daño la condición de antijurídico.

SEGUNDO.- El coordinador general de la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid, formula preceptiva consulta por trámite ordinario, a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 13 de junio de 2019, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por unanimidad, en la Sección de la Comisión en su sesión de 12 de septiembre de 2019.

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.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, 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 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Con carácter previo, hemos de señalar que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera a) de la Ley 39/2015 de

1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), a este procedimiento le resulta de aplicación la normativa anterior por haberse iniciado antes de su entrada en vigor.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al haber resultado supuestamente perjudicada por el cierre de una de las puertas de acceso al Parque del Retiro al ser titular de un establecimiento comercial cercano a dicho parque.

En cuanto a la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Madrid deriva de la titularidad de la competencia de parques y jardines públicos, *ex artículo 25.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local* en la redacción vigente en el momento de los hechos.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 142.5 de la 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, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sujeto a examen, la reclamante afirma que las pérdidas se produjeron hasta la reapertura de la puerta del parque en marzo de 2016. Por ello la reclamación presentada el 25 de enero de 2016 está dentro del plazo legal.

Respecto a la tramitación del procedimiento se ha cumplimentado lo establecido en la LRJ-PAC desarrollada en este ámbito por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de

Responsabilidad Patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

En este sentido se ha solicitado el informe del servicio al que se imputa la producción del daño al amparo del artículo 10.1 del RPRP, se ha admitido la prueba documental y se ha evacuado el trámite de audiencia de acuerdo con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11.1 del RPRP.

En relación con la prueba testifical planteada por Metro de Madrid puede considerarse como innecesaria ya que aludiría a las causas por las que se prolongó la obra pero no a si esta ocasionó un concreto perjuicio a la reclamante. Por ello cabe rechazar la práctica de esa prueba por inútil al amparo del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se ha dado audiencia a METRO DE MADRID S.A. como interesada en el procedimiento así como a la aseguradora del Ayuntamiento.

TERCERA.- 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, y, en la actualidad, en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, exige la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

- 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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 [recurso 1515/2005] y de 31 de marzo de 2014 [recurso 3021/2011]).

CUARTA.- En primer lugar ha de examinarse si se ha acreditado la existencia de un daño partiendo de que es doctrina reiterada, tanto de los órganos consultivos como de los tribunales de justicia, el que, conforme el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba de los requisitos de la responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de las modulaciones que establece dicho precepto.

En relación al lucro cesante como daño reclamable, es jurisprudencia consolidada (v gr. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014 (recurso 1365/2012), que para reconocer una indemnización por ese concepto “*es preciso demostrar la existencia de un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de un*

pérdida de ingresos no contingentes, sin que en dicho concepto quepa el resarcimiento de meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas”.

En este sentido, en el Dictamen 10/18, de 11 de enero, se recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre el lucro cesante y declara como requisitos que han de concurrir para poder apreciarlo, los siguientes: a) han de excluirse las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas; b) no debe producirse un enriquecimiento injusto; c) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad (sentencia de 20 de enero de 2004 -recurso 6259/2008-).

En este caso, la reclamante se limita a aportar copias del libro mayor de los años 2014 y 2015, de cuya comparativa extrae la existencia de pérdidas que atribuye al cierre de la puerta del Parque del Retiro. Sin embargo dicha documentación contable es claramente insuficiente para acreditar que la disminución de las ventas se debió al cierre de la puerta toda vez que pudo deberse a múltiples factores. A ello se suma el que se desconoce la facturación anterior y posterior al cierre de la puerta ya que un único año anterior no es ilustrativo de tal forma que no se sabe si, tras la apertura, la cifra de ventas se recuperó o siguió descendiendo.

A ello se suma el que otros daños alegados como la necesidad de un préstamo para seguir ejerciendo su actividad carecen de prueba alguna.

En suma no puede acreditarse la existencia de un lucro cesante imputable al cierre de la citada puerta.

QUINTA.- Además de lo anterior, ha de indicarse que nos hallamos ante un supuesto de “*cargas generales*” que excluyen la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de diciembre de 2018 (recurso 523/2016):

“El deber jurídico del administrado de soportar el daño o el perjuicio se concreta, además de en los casos en que la Ley lo imponga, en las cargas generales que los ciudadanos deben soportar como consecuencia de una vida en sociedad que demanda la mejora de los servicios públicos existentes o la implantación de otros nuevos, siendo de significar que, en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por alteraciones y obras en vías públicas, la jurisprudencia declara que la regla general es que no resultan indemnizables los que se irroguen por las actuaciones que hubiese requerido la ejecución por la Administración de obras en las vías públicas, al no estarse en tales supuestos en presencia de un daño antijurídico sino de riesgos o consecuencias lesivas que los particulares tienen el deber de soportar (artículo 141.1 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero), salvo que existan especiales circunstancias de gravamen respecto al común de los ciudadanos, o de los establecimientos o inmuebles de las inmediaciones, como sería el caso.”

En estos casos cobra un especial relieve la concreta afectación que suponen las obras al perjudicado. Las cargas generales, como su nombre indica, afectan en general a los ciudadanos sin una especial afectación a alguno que, por su intensidad, pudiera excluir esa generalidad para convertirse en una afectación singular. Como indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 (recurso 10236/2004):

“La cuestión consiste, pues, en indagar si, tal y como acontecieron los hechos, extremo sobre el que hay consenso, el perjuicio sufrido por la

compañía recurrente supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales [sentencia de 16 de diciembre de 1997 (casación 4853/93, FJ 6º)] o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría desde la perspectiva que ahora examinamos, singularizándose en el patrimonio de la actora [véanse en este extremo las sentencias de 14 de febrero de 2006 (casación 256/02, FJ 3º) y 16 de noviembre de 2008 (casación 453/06, FJ 3º), que, aunque referidas a supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, contienen reflexiones en torno a la antijuridicidad de la lesión pertinentes para el actual supuesto].”

Así, y a propósito de unas obras realizadas en un intercambiador de transportes, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 25 de julio de 2014 (recurso 242/2012) consideró que:

“Lo que significa que el local pudo seguir ejerciendo su actividad de restauración, lo que no se ha puesto en duda por la mercantil afectada, a pesar de tales obras, siendo la esencial afectación la de la ocupación de a calle y por tanto, en todo caso, una mayor dificultad para acceder al mismo, pero no una imposibilidad que hubiera determinado la suspensión o cierre temporal del negocio, como lo demuestra la propia cuenta de actividad correspondiente al periodo señalado.

El mero descenso de ventas no se puede achacar de manera determinante y exclusiva a la realización de las mentadas obras, especialmente teniendo en cuenta el negocio al que se destinaba el

local y la concreta actividad empresarial de restauración realizada en el mismo.”

Aplicando esos criterios jurisprudenciales al presente caso, cabe descartar cualquier tipo de afectación singular al negocio de la reclamante.

Las obras en ningún momento impidieron o dificultaron el acceso al negocio de la reclamante ya que se realizaron en el interior del parque y tan solo motivaron el cierre de la puerta denominada “*12 de octubre*”. El local de la reclamante se encuentra situado en la acera contraria de la avenida Menéndez Pelayo en la que se encuentran multitud de locales comerciales toda vez que en la acera del parque no existe ninguna edificación.

Por todo ello no se aprecia ninguna intensidad especial que afecte al negocio de la reclamante siendo un supuesto típico de una carga general.

Por todo ello ha de entenderse que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la existencia de un daño, su relación causal con el funcionamiento de los servicios públicos ni que el daño tenga la condición de antijurídico.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 12 de septiembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 333/19

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid