

Dictamen n^o: **396/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.11.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 17 de noviembre de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por M.A.R.I., sobre responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Madrid por los daños causados por el mal estado de la vía pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio de 14 de octubre de 2010, registrado de entrada el 21 del mismo mes y año, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 17 de noviembre de 2010.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de la documentación en formato cd que, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

La interesada, mediante escrito presentado en el servicio de correos el 4 de junio de 2009 que tiene entrada en el Ayuntamiento de Madrid a través de la oficina de registro de Vicealcaldía el día 12 del mismo mes (folios 1 y 2) formuló reclamación de responsabilidad patrimonial, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la caída sufrida el día 3 de diciembre de 2008 en la calle Ponzano a la altura del número 5 donde, al decir de la interesada *“resbalé con una tabla sin ninguna sujeción al suelo, simplemente superpuesta y cubierta de tierra mojada, encima de unas baldosas en la acera, recién colocadas. No había valla que impidiera o limitara el paso de transeúntes, y al estar cubierta de arena apenas se percibía”*.

Al escrito de reclamación no adjunta la documentación que en el mismo detalla.

En concepto de indemnización solicita la cantidad de cuarenta mil novecientos diecinueve euros y ochenta céntimos (40.919,80 €), de los que 22.198,16 euros corresponden a diversos gastos que desglosa pero no justifica documentalmente.

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, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Mediante escrito de fecha 7 de julio de 2009, se practicó requerimiento a la interesada, de cuya recepción queda constancia en el expediente (folios 5 a 6C) para que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 71 de la LRJ-PAC, se completase la solicitud y, en los términos del artículo 6 RPRP, se acreditasen los extremos que se indicaban 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 (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); y declaración suscrita por la afectada en la que se manifiesta 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.

Con fecha 27 de julio de 2009, se cumplimentó parcialmente el citado requerimiento, aludiendo a la intervención del servicio municipal SAMUR-Protección Civil, como medio de prueba de la relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento de un servicio público municipal (folios 7 y 8).

De conformidad con lo prevenido en el artículo 10.1 RPRP, se ha incorporado al expediente informe del servicio municipal SAMUR-Protección Civil de 30 de septiembre de 2009 que indica que una vez revisados manual e informáticamente los archivos, consta que el día de los hechos, se atendió a la reclamante de una caída en la vía pública, trasladándole posteriormente al hospital de Madrid (folio 13).

También se ha unido al expediente el informe del Departamento de Conservación y Renovación de Vías Públicas de 21 de diciembre de 2009, cuyo contenido pone de manifiesto que en la fecha y emplazamiento en que

tuvieron lugar los hechos, se estaban realizando obras de canalización en la vía pública por la compañía A, de la que se indican domicilio social, datos fiscales y número de la licencia de obra. Indica que no se puede determinar si la señalización de la obra era deficiente, ni si los servicios técnicos tenían conocimiento de ello, que pudo existir relación de causalidad entre el daño y la obra y que el daño no es imputable a la Administración sino a la empresa A (folio 20).

Una vez instruido el procedimiento y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 RPRP, se procedió el 8 de marzo de 2010 a dar trámite de audiencia y vista del expediente a todos aquellos a quienes se consideraron como interesados en el procedimiento, es decir, a la reclamante y a la empresa que realizaba las obras en el lugar de los hechos, A.

La recepción de ambas notificaciones se acredita mediante los correspondientes acuses de recibo debidamente firmados el 17 de marzo de 2010 a la compañía A (folios 25 a 28) y el 23 de marzo de 2010 por la parte reclamante (folios 21 a 24).

En uso de dicho trámite, y dentro del plazo establecido en el citado art. 11 RPRP, consta la comparecencia de la reclamante, quien tomó vista del expediente, solicitando copia de diversos documentos obrantes en el mismo, que se facilita previa firma de comparecencia. Presentó escrito de alegaciones con fecha 5 de abril de 2010, en el que sostiene que se han acreditado los daños, la intervención del servicio municipal SAMUR-Protección Civil, y la existencia de *“obras controladas por el Ayuntamiento de Madrid que debieron estar suficientemente señalizadas y con las medidas de protección que corresponden a las obras urbanas peligrosas”*. Indica que *“La cuantificación total de los daños habrá de hacerse cuanto estos cesen o cuando las secuelas provocadas por la caída, sean irreversibles”* (folio 41).

Con fecha 26 de marzo de 2010, la compañía A presenta escrito en el que informa que las obras, que se realizaron para una acometida de gas en el nº 7 de la calle Ponciano y no en el nº 5 como se expone en la reclamación, fueron ejecutadas por la empresa B, que actuaba al amparo de la preceptiva licencia de obra, sin que se tuviera constancia de ningún hecho relacionado con el incidente relatado por la reclamante. Añade que consultadas las incidencias remitidas por el Ayuntamiento sobre las obras en ejecución, no hay constancia de que exista ninguna incidencia concreta sobre la protección de la misma y que la obra estuvo en todo su perímetro protegida mediante vallas y el paso de peatones habilitado en la misma, estando adecuadamente protegido y anclado (folio 36).

A la vista de las alegaciones efectuadas por la compañía A, se concedió el 20 de abril de 2010 trámite de audiencia y vista del expediente a la empresa B, cuyo representante compareció y tomó vista del expediente, solicitando y obteniendo copia parcial del mismo. Se presentaron por esta empresa alegaciones por escrito de 3 de mayo de 2010 en el que dice que las obras fueron ejecutadas por empresas subcontratadas de B, al igual que la reposición y solado de la misma (subcontratada a la entidad C); que a la vista del expediente no se puede determinar en qué fase se encontraba la obra cuando se produjeron los hechos para exigir responsabilidades a una u otra empresa ni si existe relación de causalidad entre el daño reclamado y la obra; y que no consta reclamación alguna en dicha obra, la cual estaba protegida y vallada en todo su perímetro así como el paso de peatones correctamente habilitado. Estiman que la compañía no tiene responsabilidad alguna en los daños reclamados (folio 52).

Teniendo en cuenta las alegaciones de la empresa B, con fecha 4 de mayo de 2010, se procede a dar trámite de audiencia a la subcontrata encargada de la reposición y solado de la obra realizada en el lugar de los hechos, cuya notificación se intentó efectuar por correo el 15 de mayo de 2010, resultando infructuosa y constando en el documento del Servicio de

Correos que el destinatario era “*desconocido*” (folio 56). No consta un segundo intento de notificación, pero sí queda acreditado que se publicó edicto de notificación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Fuenlabrada desde el 21 de julio hasta el 8 de agosto de 2010 (folio 59) así como que se publicó edicto de notificación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 173 de 21 de julio de 2010.

El 27 de septiembre de 2010 la Jefa del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos elevó propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- Consta en el expediente que con fecha 5 de febrero de 2010, la interesada, por medio de representante, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación, el cual se tramita como P.O. nº 27/2010 en el Juzgado Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid.

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.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 27 de noviembre de 2010.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, 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 la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la citada LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufrió el daño.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Ayuntamiento de Madrid en cuanto que titular de la competencia de conservación y pavimentación de las vías públicas *ex* artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

En este sentido es ya muy reiterada la doctrina de este Consejo Consultivo, valga por todos el Dictamen 130/10, de 19 de mayo, en el que expresábamos: *“Este Consejo Consultivo no comparte la tesis expresada en la propuesta de resolución, como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores dictámenes (por todos el Dictamen 515/2009), al entender 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. 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. Las vías públicas, por ser de uso común constituyen bienes de dominio público municipal (ex artículo 79 LBRL) sobre las cuales, la Administración tiene un deber de mantenimiento en condiciones de seguridad (ex artículo 25.2d) de la LBRL). 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 encargada de ejercitarlo en concreto) hace que ésta deba asumir los perjuicios generados en su desarrollo”.

Atendiendo a esta doctrina no cabe compartir lo expuesto en la propuesta de resolución cuando afirma “*En todo caso, aun cuando se considerase probada la concurrencia de los requisitos para que pudiera declararse la responsabilidad patrimonial, no cabría exigirla al Ayuntamiento de Madrid, sino que debería ser imputada a la entidad D, promotora de obras en la vía pública y ejecutora de las mismas en el emplazamiento señalado por la reclamante. (...) En consecuencia, no puede atribuirse a la Administración municipal la responsabilidad por los daños ocasionados por actuaciones realizadas al amparo de las respectivas autorizaciones o licencias, siempre que éstas se hayan otorgado previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa aplicable en cada caso, como sucede en el supuesto de la concedida a D por la Dirección General de Vías y Espacios Públicos*”. Antes al contrario, la obligación de mantener las vías públicas en condiciones de seguridad para el tránsito determina la responsabilidad del Ayuntamiento de Madrid como titular de dicha competencia, que es, precisamente, su título de imputación.

Al pretender el resarcimiento del daño el día 4 de junio de 2009, habiéndose producido la caída el 3 de diciembre de 2008, se encuentra dentro del plazo legalmente establecido puesto que 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”*.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos, salvo lo que expondremos en la consideración siguiente. 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, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- En el caso sometido a dictamen encontramos que la tramitación del expediente ha sido deficiente y ha causado una evidente indefensión tanto a la reclamante como a otro de los interesados, en concreto, el empresa subcontratista encargada del solado y pavimentación.

Respecto de la reclamante, consta en el expediente que se concedió el trámite de audiencia y vista del expediente de forma simultánea a la empresa A y con anterioridad a la empresa contratista de las obras (B), resultando de ello que las alegaciones efectuadas por ambas empresas contradicen palmariamente lo expresado por la reclamante sin que a ésta se le haya vuelto a dar trámite de audiencia para poder aportar las alegaciones o pruebas que hubiera podido estimar pertinentes en apoyo de su versión.

En efecto, ambas empresas en sus alegaciones expresan que la obra estaba vallada y protegida en todo su perímetro así como el paso de peatones correctamente habilitado, lo que entra en contradicción con la versión de la reclamante, conforme a la cual *“resbalé con una tabla sin*

ninguna sujeción al suelo, simplemente superpuesta y cubierta de tierra mojada, encima de unas baldosas en la acera, recién colocadas. No había valla que impidiera o limitara el paso de transeúntes, y al estar cubierta de arena apenas se percibía”.

El artículo 84.1 de la LRJ-PAC dispone que *“Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5”.*

Para que la omisión del trámite de audiencia pudiera tener efecto invalidatorio sería necesario, de acuerdo con la Jurisprudencia, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005 (recurso nº 7357/2001) y de 12 de febrero de 2001 (recurso nº 49/1994), que hubiera causado indefensión al interesado en el procedimiento.

En el caso que nos ocupa, puesto que las alegaciones formuladas por las empresas encargadas de las obras son posteriores al trámite de audiencia concedido a la reclamante, la falta de un segundo trámite de audiencia ha impedido a la interesada conocer estos informes y poder hacer alegaciones sobre los mismos y su contenido, lo que podría constituir indefensión y con ello podría producirse la anulabilidad del procedimiento en virtud del artículo 63.2 LRJ-PAC.

Por ello, es criterio de este órgano consultivo que deben retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución para que se dé nuevamente traslado a la interesada del expediente completo y pueda formular las alegaciones que estime pertinentes, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LRJ-PAC.

QUINTA.- Como ya apuntamos en la consideración jurídica anterior también se ha producido indefensión a otro de los interesados en la tramitación del expediente, en concreto a la empresa subcontratista encargada del solado y pavimentación de las obras. En efecto, la notificación del trámite de audiencia y vista del expediente otorgando un plazo para formular alegaciones fue defectuosa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo –valga por todas la sentencia de 12 de junio de 2007 (recurso 4533/2004)– considera que las notificaciones se deben hacer con *“la diligencia exigible a que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional 16/1989, 236/1992 y 70/1994, en particular la de 2 de diciembre de 1988, que declara : <<ha de tenerse en cuenta que la notificación por edictos es siempre un medio supletorio y que por tanto ha de utilizarse como remedio último, lo cual significa que previamente han de agotarse todas aquellas modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación>>. Y las del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1995, y en particular la de 22 de julio de 1999, que declara: <<la notificación edictal reviste carácter supletorio o excepcional, siendo un remedio último al que sólo cabe acudir cuando exista la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de notificación>>; pues los requisitos de la notificación edictal en nuestro ordenamiento según las normas que la regulan y la jurisprudencia que las aplica, no se cumplen cuando meramente concurren los presupuestos para que se pueda producir la notificación por edictos, esto es, la existencia de dos notificaciones anteriores, sino cuando la Administración, empleando la diligencia exigible y habiendo ya practicado dos notificaciones sin resultado, no encuentre actuando con la diligencia debida otro medio de notificar al afectado”*.

La notificación se intentó realizar en el domicilio de la empresa subcontratista encargada de la pavimentación un solo día, el 15 de mayo de

2010, resultando infructuosa, tras lo cual se procedió a la notificación por edictos tanto en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Fuenlabrada como en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Esta notificación no cumple las condiciones previstas en el artículo 59.2 LRJ-PAC, que dispone que *“si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación (...) se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres siguientes”*. El incumplimiento radica en que no se procedió a un segundo intento de notificación dentro de los tres días siguientes a distinta hora.

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2007 resume tanto su doctrina como la del Tribunal Constitucional en relación con la notificación edictal: *“(...) no se puede aceptar que la Administración en el caso de autos haya actuado con la diligencia exigible, a que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional 16/1989, 236/92 y 70/94, en particular la de 2 de diciembre de 1988, que declara: <<ha de tenerse en cuenta que la notificación por edictos es siempre un medio supletorio y que por tanto ha de utilizarse como remedio último, lo cual significa que previamente han de agotarse todas aquellas modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación>>. Y las del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1995 y en particular la de 22 de julio de 1999, que declara: <<la notificación edictal reviste de carácter supletorio o excepcional, siendo un remedio último al que sólo cabe acudir cuando exista convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de notificación>>; pues los requisitos de la notificación edictal en nuestro ordenamiento según las normas que la regulan y la jurisprudencia que las aplica, no se cumplen cuando meramente concurren los presupuestos exigidos para que se pueda producir la notificación por edictos, esto es, la existencia de dos*

notificaciones anteriores, sino cuando la Administración empleando la diligencia exigible y habiendo ya practicado dos notificaciones sin resultado no encuentre, actuando con a diligencia debida, otro medio de notificar al afectado la liquidación que proceda”.

La Administración no ha cumplido en este caso con la diligencia debida en la notificación del otorgamiento de un plazo para formular alegaciones sobre el procedimiento incoado, afectando de anulabilidad a dicho procedimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.3 de la LRJ-PAC pues, es evidente que se ocasionó indefensión a uno de los interesados en el procedimiento.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento para notificar correctamente el trámite de audiencia a la empresa subcontratista del solado y pavimentación y para conceder dicho trámite a la reclamante inmediatamente antes de la propuesta de resolución.

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

Madrid, 17 de noviembre de 2010