

Expediente Núm. 309/2006
Dictamen Núm. 14/2007

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de febrero de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía, de 21 de noviembre de 2006, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Cangas de Onís formulada por doña, en nombre y representación de su hijo menor de edad, por un accidente en un parque público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de mayo de 2006 doña presenta, en el registro del Ayuntamiento de Cangas de Onís, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hijo menor de edad,, al sufrir un accidente en un juego infantil instalado en un parque público. Describe los hechos señalando que el día “22 de noviembre de 2004, sobre las 16.20 horas (...), se hallaba en el parque público infantil ubicado en las inmediaciones de la

..... de esta ciudad en compañía de su citado hijo, este último sufrió un accidente al caer desde uno de los artilugios de juegos allí instalados (un larguero de madera horizontal elevado sobre el suelo del que penden varias anillas metálicas para que los niños puedan colgarse de ellas), produciéndose como consecuencia de aquél lesiones consistentes en fractura transcondílea del húmero distal derecho./ Se estima que la caída vino provocada por el irregular estado de conservación de la atracción, habiendo cedido el mecanismo de una de las anillas a las que el menor (de 4 años de edad en aquellas fechas) se sujetaba en ese momento”.

Como consecuencia del accidente, continúa relatando la interesada, el menor hubo de “someterse a diversos tratamientos médicos, ortopédicos, quirúrgicos y rehabilitadores, iniciados de urgencia el propio día de los hechos en el Hospital y continuados en el Servicio de Traumatología y en el de Rehabilitación de este centro. Tuvo igualmente seguimiento en el Servicio de Traumatología del Hospital/ Los días invertidos en su curación o mejoría clínica, hasta recibir el alta definitiva con fecha 12 de julio de 2005 (cuando finaliza su tratamiento de rehabilitación), han sido 233, 7 de ellos con ingreso hospitalario, 56 de carácter impeditivo y los restantes 170 de carácter no impeditivo. Como secuelas físicas de las lesiones le restan: limitación de la extensión, artrosis post. y/o codo doloroso, consolidación en rotación y/o angulación, así como acortamiento o alargamiento. En conjunto, aplicando los criterios previstos por el baremo de valoración de daños personales de la Ley 34/03 (desarrollados por el R.D. Leg. 8/2004, de 29 de octubre), merecen una consideración global de 18 puntos”.

Tramitada una denuncia judicial por tales hechos en Cangas de Onís, “el 6 de mayo de 2005 se dictó por el Juzgado de Instrucción (...) auto (...), decretando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, ello por entender que los hechos investigados no eran penalmente reprochables”.

A la vista de tales antecedentes, entiende la reclamante que “el menor a quien representa (...) fue víctima de un accidente acaecido en instalaciones públicas municipales y provocado por el deficiente estado de conservación de

un sistema de juegos infantiles, en el cual las medidas de prevención y buen mantenimiento deben extremarse por parte de los organismos competentes en la materia, singularmente los responsables de parques y jardines de este Ayuntamiento. En este caso, sin embargo, tales medidas no funcionaron correctamente, constando la irregular situación del artilugio, del que ya se habían desprendido varias de las anillas utilizadas por los pequeños para colgarse del mismo conforme a su función, sin que por otra parte haya noticia de una actuación indebida o culposa del propio usuario”.

Después de invocar los fundamentos jurídicos que considera de aplicación, concluye solicitando una “indemnización total de 24.183,78 euros”, correspondiendo “7.129,80 euros por los días de incapacidad:/ 7 improductivos con hospitalización, a razón de 56,384386 € por día./ 56 improductivos sin hospitalización, a razón de 45,813548 € por día./ 169 días no improductivos, a razón de 24,671873 € por día”, añadiendo “17.053,98 euros por las secuelas (18 puntos a razón de 947,443424 € por punto)”.

A modo de “otrosí”, como medios de prueba, propone que se incorporen los documentos aportados junto con el escrito de reclamación y que se tome declaración, como testigo, a don

Junto con la reclamación acompaña: un informe suscrito por un médico de un “Gabinete de Valoración”, el día 24 de febrero de 2005, que indica, a propósito del perjudicado, “paciente que precisó de tratamiento médico, quirúrgico, ortopédico y rehabilitador para su curación con secuelas durante 233 días, de los cuales 7 días fueron hospitalarios, 56 días improductivos y los restantes 170 días no improductivos”. Auto del Juzgado de Instrucción Nº 1 de Cangas de Onís, de 6 de mayo de 2005, por el que se decreta el “sobreseimiento libre y el archivo” de diligencias, en relación con los hechos relatados. Diligencia de denuncia del mismo juzgado, de fecha 30 de noviembre de 2004, siendo denunciante la ahora reclamante. Recoge las manifestaciones de ésta, que señala que “el accidente ocurrió cuando su hijo se colgaba de una anilla unida a un pasamanos. Esta anilla en el momento en que su hijo se suspendió de ella cedió rompiéndose por el enganche, cayendo el niño al suelo

y sufriendo la fractura en el brazo derecho”. Auto del mismo juzgado, de fecha 24 de enero de 2005, sobre incoación de diligencias previas como consecuencia de denuncia de particular. Adjunta, asimismo: acta de declaración de la denunciante ante dicho juzgado, el día 11 de febrero de 2005, ratificándose en el contenido de la denuncia; acta de declaración del testigo don ante dicho juzgado, el día 1 de abril de 2005. Recoge el acta que “el día de los hechos auxilió a un niño de nacionalidad colombiana llamado El accidente se produjo en el aparato que tiene las anillas. No pudo ver si el accidente se produjo al subir o cuando estaba colgado de las anillas. Este aparato es usado habitualmente por los niños que acuden al parque. El niño en el aparato estaba solo. Su madre estaba en el parque sentada en un banco. En el aparato no había nadie más”.

2. Por Providencia de la Alcaldía, de fecha 12 de mayo de 2006, se acuerda la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, debiendo notificarse a la interesada “el plazo máximo de resolución del expediente y el efecto del silencio administrativo”. Además, ordena que se solicite “informe a la Policía Local y al Responsable del Servicio”.

3. El día 15 de mayo de 2006 se notifica a la interesada la incoación del procedimiento, los plazos de resolución y los efectos del silencio administrativo.

4. Mediante oficio de la Alcaldía, de fecha 12 de mayo de 2006, se notifica a la compañía aseguradora del Ayuntamiento que, con fecha 3 de mayo de 2006, se ha recibido reclamación de responsabilidad patrimonial, adjuntando una copia de la misma.

5. Con fecha 15 de mayo de 2006, el Alcalde solicita al Departamento de Policía la emisión de un informe sobre los siguientes aspectos de la reclamación: “Determinación del lugar en que se produjo el accidente./ Condiciones en que

se encontraba./ Cualquier elemento que se considere relacionado con las circunstancias en que se produjo el accidente”.

6. El día 17 de mayo de 2006, se recibe en el Ayuntamiento un escrito de la empresa aseguradora señalando que “a la vista de la documentación remitida consideramos que no hay responsabilidad por parte del Ayuntamiento, por lo que no se procederá a realizar indemnización alguna”.

7. El Jefe de la Policía Local informa, mediante escrito de fecha 1 de junio de 2006, que “la lesión del menor se produjo en el juego denominado anillas y que consiste en un larguero de madera suspendido del suelo del cual penden 9 anillas metálicas, para que los niños se cuelguen de ellas y avancen hacia el otro extremo del larguero y el cual se encuentra con un ligero desnivel ascendente./ Que en la parte más elevada del larguero faltaban varias anillas lo cual obliga a realizar el recorrido en sentido ascendente./ Que las primeras anillas del recorrido se encontraban en perfecto estado./ Que para poder superar el recorrido resulta necesario suspender todo el peso del cuerpo en una de las manos y avanzar hasta la siguiente anilla, que difícilmente puede superar el recorrido un niño de 4 años de edad./ Que según manifestación realizada por D., persona que prestó el primer auxilio al niño lesionado (...), no puede precisar si el accidente se produjo al subir al aparato o cuando el niño estaba colgado, lo cual indica que no se observa que se hubiese desprendido una de las anillas, si bien reconoce el testigo que del aparato ya faltaban varias anillas con anterioridad a los hechos”.

8. Con fecha 20 de julio de 2006 emite informe el “Responsable del Servicio”, con el “Visto Bueno” del Secretario municipal. Dicho informe, después de recoger lo señalado por el Jefe de la Policía Local, indica que “es evidente que no constan la totalidad de los datos que serían precisos para determinar con exactitud las circunstancias en que se produjo el resultado dañoso, pero (...) la Administración no puede desentenderse de las consecuencias que generan sus

propios hechos./ Entendiendo que la actuación municipal, o al menos el material municipal, ha derivado en la producción de un resultado dañoso en los intereses particulares, de tal manera que se produce una conexión que implica la existencia de la relación de causalidad que se exige jurisprudencialmente para establecer la responsabilidad administrativa se propone estimar la reclamación formulada (...), por existir una relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios de la Corporación y el accidente, elemento necesario para que entre en funcionamiento el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y darse, en consecuencia, los requisitos exigidos para ello por el artículo 139 de la LRJPAC./ Valoración de los daños que se solicita: 24.183,78 euros./ El Ayuntamiento tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil que debe atender el supuesto, si bien existe una franquicia concertada con dicha empresa./ El expediente debe remitirse a informe del Consejo Consultivo con carácter preceptivo”.

9. Con fecha 16 de octubre de 2006, se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, a fin de que pueda examinarlo durante el plazo de diez días y formular las alegaciones que estime pertinentes.

10. Con fecha 19 de octubre de 2006, la interesada solicita al Ayuntamiento la expedición de copias de los informes emitidos por la Policía Local y por el Responsable del Servicio, y el día 27 de ese mismo mes presenta, en el registro municipal, un escrito de alegaciones en el que analiza los diferentes informes incorporados al expediente. Sobre lo indicado por el Jefe de la Policía Local, destaca que recoge “expresamente la circunstancia según la cual en la fecha del siniestro que da origen a esta reclamación ya faltaban en el mecanismo varias de las anillas situadas en la parte superior del larguero de madera del que penden las mismas (...). Entendemos que ello permite presumir que el estado de mantenimiento del juego infantil en cuestión no resultaba el más idóneo para los efectos y uso que le son propios, pudiendo entonces presumir que si varias de las anillas ya habían cedido y habían sido retiradas, idéntico

destino (y defecto) podría desde luego afectar a las que entonces aún subsistían en la atracción, desmintiendo así la versión del informe que asegura tajantemente que estas últimas se encontraban en perfecto estado, aunque sin revelar la fuente de la que esta información procede./ Tampoco puede dejar de matizarse la apreciación que la Policía Local realiza en el sentido de que para poder superar el recorrido del juego es necesario suspender todo el peso del cuerpo en una de las manos y avanzar hasta la siguiente anilla, algo que difícilmente puede hacer un niño de cuatro años de edad (que es la que tenía en aquellos momentos el lesionado, hijo de la exponente). Sobre este particular debe decirse de inmediato que ninguna advertencia o prohibición especial figura en las cercanías del mecanismo, refiriéndose a la supuesta peligrosidad del mismo o a la necesidad de que sólo sea usado por niños de una determinada edad (...). Puede decirse en suma que los dos aspectos del informe de la Policía Local que acaban de glosarse refuerzan el convencimiento de la reclamante en cuya virtud se estima la presencia de cierto grado de negligencia en la actuación administrativa municipal, dando así lugar a un nexo causal no interrumpido entre aquélla y los daños físicos sufridos por el menor lesionado”.

Sobre el informe del “Responsable del Servicio”, la interesada se limita a señalar que “hacemos nuestras sus acertadas conclusiones” y, finalmente, sobre lo indicado por “la empresa aseguradora de este Ayuntamiento”, apunta que “es evidente que aquélla deberá afrontar su resarcimiento si la Administración llegare a reconocer su responsabilidad en el asunto, ello sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de su relación contractual”.

Concluye su escrito reiterando “los términos de su reclamación inicial por entender que se dan todos los requisitos fácticos y jurídicos exigidos a los efectos de que la misma pueda prosperar”.

11. Con fecha 21 de noviembre de 2006, el Responsable del Servicio, con el “Visto Bueno” del Secretario municipal, eleva propuesta de resolución en

sentido desestimatorio, por entender que “no se dan los presupuestos de hecho legalmente establecidos para poder atribuir la responsabilidad a la Administración”. En los antecedentes de la propuesta, se indica que la entidad aseguradora, “el día 17 de mayo de 2006 (...), emite un informe en el que establece que no hay responsabilidad ninguna por parte del Ayuntamiento (...). Por su parte la Policía Municipal emite informe de 1 de junio de 2006, en el que establece que la lesión del menor se produjo, presuntamente, en el juego denominado anillas, en el cual faltaban en la parte final varias anillas, lo cual obliga a realizar el recorrido en sentido ascendente suspendiendo todo el peso del cuerpo en una de las manos y avanzar hasta la siguiente anilla, por lo que difícilmente va a poder superar el recorrido un niño de 4 años./ Asimismo, el Responsable del Servicio emite informe de fecha 20 de julio de 2006, en el que se manifiesta en el mismo sentido que los informes anteriores, aunque en el mismo también analiza teóricamente las causas de la responsabilidad patrimonial”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de fecha 21 de noviembre de 2006, registrado de entrada el día 22 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Cangas de Onís objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por

Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Cangas de Onís, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- En atención a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y habiendo sufrido el accidente una persona menor de edad, está legitimada para actuar en su representación la reclamante, madre del menor (condición que se desprende de las diligencias judiciales -Auto de fecha 24 de enero de 2005, del Juzgado de Instrucción Nº 1 de Cangas de Onís- que aporta con su reclamación), según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

El Ayuntamiento de Cangas de Onís está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, 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 la determinación del alcance de las secuelas”. En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 3 de mayo de 2006, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 22 de noviembre de 2004. Sin embargo, habiéndose tramitado un procedimiento penal -Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción Nº 1 de Cangas de Onís- por las mismas causas, archivado por Auto de fecha 3 de mayo de 2005, ha de ser la fecha de notificación de este Auto la determinante para fijar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, y aun desconociéndose la fecha concreta de notificación, es claro que la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el registro del Ayuntamiento de Cangas de Onís el día 3 de mayo de 2006, se concluye que, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 22 de noviembre de 2006, el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

Respecto de los actos de instrucción del expediente, debe este Consejo llamar la atención sobre la incongruencia que se observa entre el informe del "Responsable del Servicio" y la "propuesta de resolución", suscritos ambos por la misma persona, con el Visto Bueno del Secretario municipal, puesto que, si bien en el primero de ellos el autor se decanta inequívocamente por el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, en la propuesta de resolución modifica su criterio, señalando que "no se dan los presupuestos de hecho legalmente establecidos para poder atribuir la responsabilidad a la Administración", lo que resulta ciertamente llamativo si reparamos en que, entre uno y otro trámite, únicamente se incorpora al expediente el escrito de alegaciones de la reclamante, que, lógicamente, se muestra conforme con las "acertadas conclusiones" del informe emitido por el Responsable del Servicio.

Pero, al margen de lo anterior, advertimos la omisión de actos expresos de instrucción, tales como la resolución de apertura del preceptivo período de prueba y la determinación de su plazo y, en lo que a la práctica de pruebas se refiere, estimamos que la instrucción del procedimiento adolece de un defecto esencial que impide cualquier consideración sobre el fondo de la consulta planteada. Se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, que establece que deberán practicarse en el plazo de treinta días cuantas pruebas hubieran sido declaradas pertinentes, añadiendo (en reiteración de lo dispuesto en el artículo 80.3 de la LRJPAC) que el instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y ello mediante resolución motivada.

Pues bien, analizado el escrito de reclamación, hemos de señalar que en el mismo la interesada solicita la práctica de una prueba testifical, identificando al testigo y aportando su dirección, y que dicha prueba no ha sido realizada, sin que el instructor haya resuelto expresa y motivadamente su denegación o rechazo, por lo que, atendida la normativa que acabamos de exponer, habrá de acordarse o bien la apertura del correspondiente período probatorio, al objeto de que pueda practicarse la solicitada en los términos establecidos en el artículo 81 de la LRJPAC, aclarando, de ser posible, si efectivamente se produjo la cesión del mecanismo de las anillas alegado por la reclamante, o, en su caso, la denegación expresa de la misma, motivando la razón de tal rechazo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada y que debe retrotraerse el procedimiento al momento en el que debió dictarse resolución acordando la apertura del período de prueba y la práctica de la propuesta o su rechazo motivado, en los términos que hemos dejado expuestos en la consideración Cuarta del cuerpo de este dictamen, y, una vez

concedido trámite de audiencia y formulada nueva propuesta de resolución, recabar a este Consejo el preceptivo dictamen.”

V.I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
EL PRESIDENTE,