

Expediente Núm. 174/2007
Dictamen Núm. 45/2008

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de abril de 2008, 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 20 de agosto de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por doña, en nombre y representación de su hijo, por las lesiones sufridas como consecuencia una caída en un parque infantil.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de abril de 2007, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial formulado por doña, en nombre y representación de su hijo menor de edad,, en relación con las lesiones sufridas por éste tras una caída mientras jugaba en el parque infantil denominado

En él manifiesta que con fecha 1 de septiembre de 2006 el menor, “tras caer al suelo desde las barandillas metálicas del parque y (a) consecuencia del mal estado del pavimento del mismo, se produjo una fractura del codo derecho (*sic*), al no reposar los aparatos sobre superficies adecuadas sintéticas, bien de caucho o materiales similares y en correcto estado, y no sobre superficies desaconsejables como son las (...) duras, o en mal estado de conservación, por un mal mantenimiento de las mismas”. Señala, a continuación, que en el lugar “se puede observar claramente lo deteriorado que el suelo se encuentra, careciendo total y absolutamente de nivel amortiguador alguno, al estar desgastado totalmente, impidiendo así la absorción del impacto, cuando claro está, debería de estar conservado y mantenido correctamente y de otro material”.

Añade que, como resultado de la caída, el menor hubo de ser intervenido de fractura de codo izquierdo y “ha tenido que permanecer ingresado durante varios días en el hospital, estando impedido para desempeñar sus ocupaciones habituales, pues (...) no pudo incorporarse a las clases cuando se iniciaron el día 11 de septiembre de 2006, teniendo que incorporarse a ellas a mediados del mes de octubre”.

En relación con la evaluación económica de la responsabilidad que imputa, invoca “los días de estancia hospitalaria, los días que ha estado impedido para desempeñar sus ocupaciones habituales, las secuelas sufridas, más los gastos médicos” y valora la indemnización “en una cantidad nunca inferior” a seis mil cuatrocientos setenta y siete euros con setenta y seis céntimos (6.477,76 €), que “deberá ser actualizada en la forma legalmente prevista a la fecha en que se ponga fin al presente procedimiento de conformidad con el índice de precios al consumo, más los intereses que procedan por demora”.

Aporta como prueba documental: cinco fotografías, cuatro del que afirma ser el pavimento de la zona de juegos y una parcial de dicha zona; un informe de alta del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital

....., de fecha 6 de septiembre de 2006, en el que se indica que se trata de un “varón de 6 años que ingresa tras sufrir caída casual presentando traumatismo a nivel de codo derecho (*sic*). En la Rx se aprecia fractura supracondílea de codo derecho (*sic*). Con estudios preoperatorios en orden, se interviene de urgencia el día del ingreso, realizándose osteosíntesis estable con agujas de Kirschner percutáneas. La radiografía de control es satisfactoria. Es alta el día de la fecha” con las siguientes recomendaciones al alta: “movilidad frecuente de dedos (...). Revisión en consultas externas, en 3 semanas, con Rx de control”, así como resultado de diversas pruebas realizadas el día del ingreso; un recibo expedido por el Club, de fecha 21 de noviembre de 2006, por importe de doscientos cincuenta euros (250 €), en concepto de “20 sesiones fisio” a “.....”.

2. Con fecha 16 de abril de 2007, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón solicita informe a la Sección de Parques y Jardines sobre el área lúdica (material utilizado, características específicas y régimen de inspección) y los aparatos de juego existentes en dicho parque.

3. En respuesta a lo solicitado, el día 27 de abril de 2007, el Jefe de la Sección de Jardines emite informe en el que hace constar que “no existe una normativa estatal de obligado cumplimiento relacionada con la instalación de zonas de juegos infantiles. No obstante (...), el Ayuntamiento de Gijón lleva aplicando desde el año 1990 las Normas DIN y desde su aprobación (en septiembre de 1997) las Normas europeas EN 1176 y EN 1177./ La zona de juegos dispone de un pavimento de seguridad a base de losetas de caucho que dadas las características de este material es sumamente antideslizante. Al ser permeable al conjunto del pavimento y disponer de un sistema de drenaje bajo el pavimento amortiguante, la evacuación del agua es suficientemente rápida./ La zona recibe revisiones periódicas específicas además de que es revisada

sistemáticamente por los empleados responsables del mantenimiento de la jardinería que comunican los problemas que se detectan a través de la cadena de mando (...). La zona de juegos se encuentra en correcto estado de conservación". Al informe acompaña siete fotografías del mencionado parque.

4. Mediante Resolución de la Alcaldía, de 8 de mayo de 2007, se dispone admitir las pruebas propuestas por "..... &, en representación de D^a", requiriendo la identificación de los testigos señalados y la presentación del correspondiente pliego de preguntas. Esta resolución se notifica con fecha 14 de mayo de 2007.

5. El día 24 de mayo de 2007, tiene entrada en el registro municipal del Ayuntamiento de Gijón un escrito de la interesada remitiendo la identificación de cuatro testigos y un pliego de preguntas que interesa les sean formuladas.

6. Acordada, por Resolución de la Alcaldía de 25 de mayo de 2007, la fecha y hora para la práctica de la prueba testifical, se notifica a la reclamante el día 1 de junio de 2007, y a los testigos propuestos con fechas 5, 7 y 8 de junio de 2007.

7. En cuanto a la práctica de la prueba testifical, en las actas extendidas al efecto el día 13 de junio de 2007 consta que los cuatro testigos manifiestan haber observado al menor sufrir una caída en el lugar y fecha señalados en la reclamación y que tuvieron conocimiento de que en el momento en que se produjo aquella el menor sufrió lesiones. Interrogados sobre el estado de conservación del suelo del parque, responden que no era correcto, añadiendo tres de ellos que "estaba deteriorado y duro", "estaba muy duro" y que "no tenía el mullido que tienen cuando lo ponen nuevo". A la pregunta de si el suelo se encontraba apelmazado y duro y sobre si por tal motivo no pudo impedir la absorción del impacto de la caída responden sucesivamente "pienso que sí,

porque si estuviera blando no hubiera pasado o igual sí, pero no lo sé”, “creo que sí, porque estaba ajado y agrietadísimo”, “supongo que sí, que si estuviera blando al niño no le hubiera pasado lo mismo” y “pienso que sí, si estuviera más mullido no se hubiera producido tan fuerte la lesión como fue”. Interpelados por la instructora sobre lo que entienden por un deficiente estado de conservación del solado, responden que “no es el suelo blando como el que tienen otros parques”, que está “muy agrietado. Muy deteriorado”, “que este material era muy duro, como de cemento de piedra” y “que si eso es un corcho para la protección de los menores, no está en su debido espesor o mullido suficientemente”.

8. El día 18 de junio de 2007, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón, solicita un informe complementario a la Sección de Parques y Jardines. Con fecha 22 de junio de 2007 emite informe la Jefa de la Oficina Técnica de la Sección de Jardines del Ayuntamiento de Gijón, con el visto bueno del Jefe de la Sección, indicando que el parque “está siendo mantenido por esta Sección desde principios de 1999 y que desde el inicio la zona de juegos infantiles dispone de pavimento de seguridad”, añadiendo que “el día del suceso, efectivamente, el pavimento de la zona de juegos era pavimento de seguridad con las características señaladas en el informe de fecha 27 de abril”.

9. Evacuado el trámite de audiencia con vista del expediente mediante escrito de la Alcaldía notificado a “..... &, en representación de D^a” en fecha 10 de julio de 2007, el día 13 de ese mismo mes se persona una letrada en las dependencias administrativas (adjuntando un escrito de la reclamante autorizándola para el examen del expediente), según consta en la diligencia extendida al efecto.

10. Con fecha 20 de julio de 2007, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito de alegaciones de la reclamante. En él aduce, entre otras cosas, que no se ha informado por el “Servicio de Parques y Jardines, ni concretamente por parte de los proveedores del suelo, la supuesta duración de éste, con cuidados y mantenimiento, ni la periodicidad” del mismo. Considera que es palmario, y que así lo manifestaron de forma coincidente todos los testigos, que el suelo “no estaba en buen estado, y por lo tanto no cumplía con las condiciones mínimas de seguridad que debe de tener un lugar de estas características. Todos y cada uno de los testigos vecinos, todos ellos de la zona y en consecuencia usuarios del parque, manifestaron que la superficie (...) no se encontraba en correcto estado de mantenimiento”. Añade que “si en fechas posteriores e imaginamos próximas a la caída del menor, se procedió a cambiar el solado del lugar, es porque su estado no era el correcto”. Finalmente, expone que considera incumplidas y no aplicadas las normas UNE-EN 1176 y 1177.

11. El día 13 de agosto de 2007, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Gijón eleva propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. La propuesta se motiva en la falta de prueba por la reclamante de que el pavimento carezca de idoneidad y, en definitiva, del nexo causal entre el daño y el servicio público.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de agosto de 2007, registrado de entrada el día 24 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 Gijón, 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 de conformidad con 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 Gijón, en los términos de 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 dispuesto 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, quien dice ser madre del menor, según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos. No consta en el expediente, sin embargo, prueba alguna que acredite tal circunstancia, si bien el Ayuntamiento de Gijón no cuestionó en ningún momento la legitimación invocada.

No obstante, el necesario rigor formal que ha de presidir la instrucción de los procedimientos administrativos no puede ser omitido por un principio antiformalista cuando ello afecta a aspectos preceptivos que se constituyen en garantía de derechos de los particulares. En consecuencia, entendemos que no deberá dictarse resolución que ponga fin al procedimiento sin antes acreditar debidamente el conocimiento de la representación de la interesada en legal forma.

El Ayuntamiento de Gijón 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 el procedimiento que examinamos, la reclamación se presenta con fecha 4 de abril de 2007, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 1 de septiembre de 2006, por lo que, aun sin considerar la fecha de curación de las lesiones, es claro que se ejerce el derecho 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.

No obstante, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas radica en que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

También observamos una aplicación formalmente incorrecta de la identificación del lugar que ha señalado la interesada para la práctica de las notificaciones, en los términos de lo establecido en el artículo 70.1 de la

LRJPAC. Determinadas notificaciones obrantes en el expediente, que deberían haberse dirigido expresamente a la reclamante en la dirección indicada por ella a tal efecto (correspondiente, al parecer, a un despacho de abogados y no a su domicilio), de conformidad con lo que dispone el artículo 59 de la LRJPAC, figuran dirigidas al referido despacho “en representación de” la interesada, aunque no consta que ésta haya otorgado dicha representación. La interpretación dada a la aludida indicación de un lugar a efectos de notificaciones ha permitido que una de las resoluciones de trámite adoptadas (admitiendo la práctica de las pruebas propuestas y disponiendo sus términos) considere que la reclamación se ha presentado por la denominación profesional de una firma de abogados, en representación de la verdadera reclamante, y que entienda que dicha firma ha solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, lo que no se corresponde con los términos formales de la reclamación.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), establece que “Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- A este Consejo no le ofrece duda la realidad del accidente alegado por la reclamante. De su relato y de las declaraciones testificales incorporadas al

expediente se deduce que efectivamente la caída del menor tuvo lugar en la zona de barandillas y aparatos de juego metálicos de un parque público. Se ha acreditado, asimismo, mediante informe del Hospital, que como consecuencia de la caída se produjo una fractura supracondílea del codo izquierdo, que precisó intervención de urgencia y la realización de “osteosíntesis estable con agujas de Kirschner percutáneas”, por lo que hubo de permanecer ingresado entre los días 1 y 6 de septiembre de 2006.

No consideramos probado, sin embargo, el tiempo invertido en la curación (que hemos de suponer superior al de hospitalización), ni las eventuales secuelas tras el tratamiento prescrito, del que ninguna información se aporta al expediente.

Con todo, la acreditación parcial del daño y la omisión de práctica de prueba alguna durante la instrucción del procedimiento no impiden continuar el examen de la cuestión fundamental planteada, dado que la entidad global de un daño habría de incidir sobre su evaluación económica final, y ésta sólo cabría si entendiéramos con carácter previo que concurren los elementos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y para reconocer, en tal caso, una indemnización consecuente.

Al margen de lo anterior, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso comprobar que se dan las circunstancias que permitan reconocer a la reclamante el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, hemos de analizar en primer lugar si la caída que produjo el daño o sus consecuencias han sido o no causadas por el funcionamiento de un servicio público.

El artículo 25.2 de la LRBRL establece que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en materia, entre otras, de “parques y jardines”, y el artículo 26.1, apartado b), del mismo cuerpo legal precisa que los municipios

por sí o asociados deberán prestar en aquéllos con población superior a 5.000 habitantes, en todo caso y entre otros, los servicios de parque público.

Es evidente, por lo expuesto, que la Administración municipal está obligada a mantener en estado adecuado los parques y jardines de su titularidad, en aras de garantizar la seguridad de cuantos hagan uso de ellos, lo cual requiere del Ayuntamiento una diligencia suficiente para evitar riesgos innecesarios, no atribuibles al devenir normal de la vida en sociedad.

Al margen de la constatación anterior, en el estudio del nexo causal debemos considerar las circunstancias en las que aconteció el accidente, y en particular, por su importancia para la vinculación del daño al servicio público, si está suficientemente probado por la reclamante que la lesión en el codo se produjo como consecuencia del estado del pavimento del parque o si queda abierta la posibilidad de que fuera ocasionado por las condiciones y características de la propia caída, o por cualquier otra circunstancia, rompiéndose así el imprescindible nexo causal entre el servicio público y el daño.

Pues bien, analizando las circunstancias concretas en las que se produce el accidente, debemos comenzar por señalar que la caída en sí misma no guarda relación con las instalaciones del parque público, sino que parece estar ligada al propio desenvolvimiento del juego de un niño y ser manifestación del riesgo general inherente a ello. Asimismo, estimamos como indubitado que ha sido la referida caída la que ha tenido como consecuencia la fractura supracondílea del codo izquierdo. Con este planteamiento habríamos de concluir que nada permite vincular el daño padecido con el servicio público.

Sin embargo, la reclamante pretende afirmar que el daño no se habría producido y, por tanto, que la caída no habría tenido consecuencias, si el suelo en el que reposan las instalaciones de juego fuera "de otro material", no careciera de "nivel amortiguador alguno" o no estuviera "desgastado totalmente"; o, dicho de otro modo, viene a considerar que ha sido el estado "duro", "apelmazado", "agrietado" o no "blando" (según alguno de los adjetivos

con los que ha sido calificado por la reclamante y los testigos propuestos por ella) el que ha ocasionado la fractura en el codo y no la propia caída.

Esta afirmación requiere una prueba específica que no se ha practicado, máxime si tenemos presente (aunque podría deducirse otra cosa del escrito de reclamación) que no se ha discutido que el pavimento de la zona de juegos está realizado "a base de losetas de caucho". Los testimonios prestados acerca de la dureza del suelo, siendo plausibles, carecen del rigor y del valor técnicos que serían necesarios para anudar a tal hecho la fractura, y además para hacerlo con el carácter de exclusividad que se pretende con el fin de exigir una indemnización con cargo al erario público y para no asumir y soportar el daño padecido como un lance del juego de un niño de seis años debidamente vigilado.

En tales circunstancias, no resulta preciso extender nuestro dictamen a mayores consideraciones sobre un pavimento que los testigos califican como ya hemos descrito, y que a tenor de los informes de la Sección de Jardines se compone de "losetas de caucho que dadas las características de este material es sumamente antideslizante"; dispone de un "sistema de drenaje bajo el pavimento amortiguante"; recibe "revisiones periódicas específicas además de que es revisado sistemáticamente por los empleados responsables del mantenimiento de la jardinería"; que en el día del suceso mantenía las características señaladas para un pavimento de seguridad, y que corresponde a una zona de juego "en correcto estado de conservación", dotada de un cartel informativo de su destino a juegos infantiles de 18 meses a 6 años y con indicación, entre otros datos, de teléfonos de urgencias y mantenimiento. En cualquier caso, sin prescindir del hecho de que no se han documentado las concretas condiciones de la caída, no consta en absoluto acreditado que un pavimento adaptado a la norma técnica de calidad homologada para las zonas de juegos infantiles garantice la total absorción de un impacto en un codo y la imposibilidad de cualquier lesión física.

En definitiva, este Consejo estima que, con los datos aportados, ha de llegarse a la conclusión de que no existe responsabilidad de la Administración, ya que ni la prueba testifical ni la narración de los hechos de la interesada prueban más que el hecho mismo de una caída y las consecuencias de ella derivadas, pero en modo alguno nos permiten llegar a la convicción de que el consiguiente daño ha sido consecuencia del funcionamiento del servicio público.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por doña, en nombre y representación de su hijo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.