

Expediente Núm. 243/2010  
Dictamen Núm. 77/2011

**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*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de marzo de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 4 de agosto de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por ....., por los daños ocasionados con motivo del accidente sufrido por su hijo menor de edad.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de febrero de 2010, se presenta en el registro municipal una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ayuntamiento de Gijón, con motivo de los daños sufridos por el perjudicado al precipitarse, a través de un lucernario, al interior de un hipermercado.

Refiere la reclamante, quien actúa en representación de su hijo accidentado, que “el pasado día 21 de mayo del año 2009 sobre las 14,50 horas, cuando (el niño) se encontraba jugando en compañía de unos amigos en el parque público (...), sufrió un grave accidente al producirse la rotura de una claraboya sita en dicho parque y precipitarse el menor desde una altura de 15 metros, cayendo al interior del hipermercado”.

Señala que, “como consecuencia de la caída, sufrió lesiones graves”, ingresó en un hospital “donde fue intervenido el día 22 de mayo del año 2009 procediéndose a la reducción de fractura de fémur” y “permaneció ingresado hasta el día 4 de junio del año 2009”. Refiere que tras el alta hospitalaria permaneció “inmovilizado en su domicilio”, recibiendo “el alta el día 14 de septiembre del año 2009”.

Sobre la relación de causalidad, señala que “el accidente generador de los daños es imputable al Ayuntamiento de Gijón, en cuanto titular de la plaza pública y encargada de su mantenimiento. Este organismo pese a ser conocedor de que la zona donde se produce la rotura de la claraboya es habitualmente frecuentada por menores y utilizada como zona de juego ni coloca material resistente ni impide en otro caso de modo eficaz el acceso de los menores a dicha zona. Por tanto existe responsabilidad del Ayuntamiento por el anormal funcionamiento de un servicio público, y ello al no mantener en las debidas condiciones de seguridad espacios públicos destinados fundamentalmente al juego de menores, eliminando los elementos peligrosos o impidiendo eficazmente el acceso a los mismos”.

Señala que “de los hechos relatados existen varios testigos”, de los que se aportan su nombre y documento nacional de identidad, y cuantifica los daños en dieciocho mil quinientos setenta y ocho euros con sesenta y ocho euros (18.578,68 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 117 días de incapacidad, de los cuales 15 fueron de hospitalización y el resto improductivos, 6.408,60 €, y secuelas, 12.170,08 €.

Al escrito acompaña copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe de alta del Servicio de Traumatología del hospital en el que fue intervenido quirúrgicamente, de fecha 4 de junio de 2006, en el que consta: "Rx fractura desplazada basicervical de fémur derecho, fractura ala-sacra izda., fractura ilioisquiopubiana izda. y fractura escafoides sin desplazar izda. (...). Con fecha 22-05-09, de urgencia bajo anestesia general se procede a la reducción de la fractura mediante placa DHA (...). En el posoperatorio inmediato el paciente evoluciona satisfactoriamente (...), siendo alta en el día de la fecha". b) Hoja de consultas del Servicio de Traumatología en la que se anota, el 28 de julio de 2009, "Rx cadera: consolidación perfecta./ Se retira yeso./ Comenzar apoyo parcial". c) Hoja de cita para consulta en el Servicio de Traumatología el día 14 de septiembre de 2009. En la misma hoja se anota manualmente "revisión en mayo 2010". d) Informe médico privado, fechado el 7 de diciembre de 2009, en el que se refleja que el lesionado, de 13 años de edad, presenta una "cicatriz de 19 cm por 1 cm de ancha, queloidea, muy coloreada", que valora en 6 puntos, y "porta placa con 5 agujeros en fémur derecho", a la que corresponden 7 puntos. Refiere que los días impeditivos invertidos en la curación, entre el "alta el 14-09-09 y el accidente el 21-05-09", son 117.

2. A solicitud de la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales, el día 12 de febrero de 2010, el Jefe de la Policía Local facilita una copia del parte elaborado sobre el siniestro objeto de la reclamación. Consta en él que los agentes desplazados al lugar de los hechos identifican al "Jefe de Sección de Electro Hogar del hipermercado (...) el cual había sido testigo de los hechos al presenciar la caída del menor después de haber oído previamente varios golpes sobre la claraboya fracturada", así como al "Jefe de Seguridad del centro comercial (...), el cual les manifestó que el exterior del centro comercial era de titularidad pública ya que había sido cedido al Ayuntamiento". También se identificó a "otros menores", de la misma edad que el accidentado, "que

acompañaban al caído en el momento del accidente”, precisando que una de las niñas “se hallaba acompañada de su madre”, cuyos datos se anotan.

Seguidamente se refiere que “por parte del servicio de bomberos se inspeccionó la claraboya fracturada. Cabe reseñar que las claraboyas están situadas en la zona de parque descrita, pero separada de la zona de uso público por medio de una barrera arquitectónica que consta de dos franjas de jardín situadas a diferente altura de la zona pública, teniendo incluso que salvar un desnivel de 1,5 metros de altura y que existe paso estrecho entre las claraboyas no siendo necesario apoyarse sobre ellas para pasar a su través”.

Al parte se adjuntan siete fotografías del lugar del accidente.

**3.** El día 15 de febrero de 2010 la Jefa de Sección de Gestión Administrativa de Patrimonio elabora un informe a solicitud de la Jefa del servicio instructor, en el que indica que “en la declaración de obra nueva y división horizontal del edificio comercial construido en la manzana 7, que ocupa en subsuelo la superficie de dicha manzana y la totalidad de la superficie afectada por el derecho real de subedificación, se establece como elemento común la cubierta del centro comercial, constituida tanto por el techo o terrado de lo edificado sobre superficie como por la losa o forjado superior de lo construido en el subsuelo en uso del derecho de subedificación. Y en la cubierta de lo construido en el subsuelo se ubicarán las escaleras de emergencia, salidas de ventilación, claraboyas y lucernarios./ Teniendo en cuenta que dichos elementos son imprescindibles y necesarios en la edificación del centro comercial, las obligaciones de conservación y mantenimiento de tales elementos, por estar configurados como elemento común y no establecerse excepción al respecto, recaen, sobre la comunidad de propietarios”.

**4.** Con fecha 24 de febrero de 2010, el Jefe de la Sección Técnica de Apoyo elabora un informe técnico a petición de la Jefa del Servicio instructor. En el mismo señala que “las claraboyas a las que se alude en la petición de

responsabilidad patrimonial (...) no son de titularidad municipal./ Por otra parte, como se puede apreciar en las fotografías que se adjuntan, dichos elementos se encuentran fuera de los espacios peatonales, a una altura diferente de estos. Para adentrarse en ellas hay que acceder voluntariamente subiendo los citados desniveles, a través de las zonas destinadas a jardín. Esta zona en la que se encuentran ubicadas las claraboyas está separada del resto y se aprecia que no está destinada a juegos ni a transitar por ella, estando limitado el acceso a las mismas por petos de diferentes alturas”.

Al informe acompaña once fotografías del lugar del accidente.

**5.** Con fecha 8 de marzo de 2010, el Jefe del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento, elabora un informe en el que refleja que, personada una dotación en el lugar de los hechos y “tras colaborar con el personal sanitario, se procedió a revisar la zona del accidente (...). En la revisión efectuada se pudo comprobar que en la plaza (...) y en las zonas aledañas situadas sobre el forjado del centro comercial (...), existen unas estructuras piramidales construidas con perfiles metálicos y elementos traslúcidos que conforman parte de la cubierta de la planta sótano del edificio y permiten el paso de la luz natural al centro comercial, integrándose en el conjunto como elementos ornamentales (...). Las claraboyas situadas en la zona del accidente se hayan en zonas exentas al tránsito peatonal, delimitadas por el oeste por el vial de salida del muelle de mercancías que discurre entre dos muros pantalla y, por el resto del perímetro, por zonas ajardinadas a diferentes niveles y sus correspondientes muros, lo que exige superar diferentes obstáculos y un muro de aproximadamente 1,50 m para acceder a la zona del accidente./ La accesibilidad está por tanto limitada y se puede apreciar (...) que el espacio entre las estructuras y la inclinación de los planos de los elementos traslúcidos no están diseñadas para su utilización como espacio de ocio./ Según parece el accidentado, junto con otros compañeros, accedieron a la zona no apta para los peatones y se encaramaron a los elementos traslúcidos

ocasionando la rotura de uno de ellos, lo que propició la caída desde unos 6 metros de altura al interior del centro comercial”.

Al informe se adjuntan 4 fotografías del lugar del suceso.

**6.** Mediante Resolución de la Alcaldía de 16 de marzo de 2010, notificada a la interesada y a los testigos, se admiten las pruebas propuestas, se señala un plazo de diez días para que la reclamante presente el pliego de preguntas a realizar a los testigos y se fija la fecha para la práctica del interrogatorio.

**7.** El día 9 de abril de 2010 se recibe en el registro municipal un escrito firmado por la reclamante mediante el que “solicita que por el Servicio de Patrimonio del Ayuntamiento de Gijón u otro que corresponda se emita informe acerca de los siguientes extremos:/ 1º. Titularidad del lugar donde se produce el siniestro, con manifestación en su caso de si el citado espacio fue cedido por el centro comercial (...) al Ayuntamiento, y se informe igualmente de quien es el encargado del mantenimiento del espacio en el que se produce el siniestro”.

**8.** Con fecha 30 de abril de 2010 se recibe en el registro municipal, un escrito de alegaciones firmado por el representante de la Sociedad de Responsabilidad Limitada que ostenta la presidencia de la comunidad de propietarios del centro comercial. En el mismo se expresa que “los elementos comunes del centro comercial, en lo que a estos efectos se refiere -claraboyas y lucernarios-, se encuentran en la actualidad y se encontraban en la fecha del siniestro, en perfecto estado de mantenimiento y conservación, ajustados a la normativa y configurados según el proyecto constructivo del centro comercial que, como es evidente, goza de las preceptivas licencias./ Por ello en ningún caso existe responsabilidad de esta comunidad”.

Seguidamente, se afirma que “el mantenimiento, cuidado y preservación de los espacios públicos de la ciudad, incluso aunque en ellos se inserten elementos privativos o comunes de titularidad privada, corresponde a los

servicios municipales./ En el caso que nos ocupa, dicha apreciación es, además, mucho más evidente, pues las claraboyas están en una plaza pública y están rodeadas de césped que mantiene el Ayuntamiento e, incluso, algunas de ellas, sirven como rotonda para el tráfico./ Al tratarse de espacios públicos donde, igualmente, no está permitida la deambulación, corresponden al Ayuntamiento prestar la debida vigilancia y adoptar las medidas protectoras conducentes a la no invasión por peatones y transeúntes (vallas, etc.)”.

Se concluye que “sin perjuicio de lo dicho (...) la culpa de la caída es exclusiva del accidentado (...) que nunca debió transitar por el lugar en que sufrió el accidente, al tratarse de un sitio de prohibido acceso. En definitiva, se trata de un acto de clara imprudencia por parte del lesionado, al adentrarse en una zona por la que no puede deambular”.

**9.** El día señalado tiene lugar el interrogatorio de las cuatro testigos propuestas por la reclamante. Todas ellas responden afirmativamente que la “zona donde están colocadas las claraboyas es habitualmente frecuentada por menores que discurren por dicha zona o acceden a ella para recoger balones u otros objetos”, “porque así lo han presenciado en numerosas ocasiones”. Sostienen que no estaban presentes en el lugar del accidente cuando ocurrieron los hechos, que no saben si “el accidentado estaba solo o en compañía de personas mayores o tutores o (...) de otros amigos de su misma edad y solos”, ni tampoco si “accedieron a la zona de lucernarias y se encaramaron a los elementos traslúcidos”. Aseguran que “para acceder a la zona donde se produce el suceso es preciso subir una plataforma de aproximadamente unos 60 centímetros, y atravesar posteriormente una zona de jardín”, precisando una de ellas que “desconoce los centímetros”.

**10.** El día 27 de mayo de 2010 se notifica a la parte reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

**11.** El día 1 de junio de 2010, una persona que actúa en representación de la reclamante comparece en las dependencias municipales para consultar el expediente administrativo, obteniendo copia de algunos documentos.

**12.** Con fecha 15 de junio de 2010 se recibe en el registro municipal un escrito de alegaciones, firmado por la reclamante, en el que manifiesta que “la zona donde rompe la claraboya no está fuera del acceso de los peatones y mucho menos de los menores que son en su mayoría los principales usuarios del parque que se encuentra en dicha zona. Así en el folio 45 del expediente y en virtud de fotografía aportada por la propia reclamada se aprecia que existen zonas de acceso a las claraboyas que no representan una altura superior a los 25-30 centímetros, en concreto se equipara la altura que permite el acceso a las zonas de claraboyas con la altura de un escalón tal y como se puede apreciar en dicha fotografía. Dicho acceso además está situado en una zona perfectamente integrada en la zona de uso peatonal, no en vano al lado del acceso a las claraboyas está una escalera por la que se accede a la zona de los bancos”.

A lo anterior añade que “ni existió, ni existe en la actualidad señal de prohibición o advertencia que impida el acceso a las claraboyas” y que “en los informes aportados por la parte reclamada se hace mención reiterada a que la zona de las claraboyas era una zona de acceso limitado o de acceso prohibido, pero en momento alguno se aporta fotografía o prueba alguna que ponga de manifiesto elemento de delimitación, ni señal de prohibición”.

Por todo ello, considera que la Administración ha de hacer frente a la responsabilidad solicitada, “tanto por incumplir el deber de mantener en las debidas condiciones de seguridad los espacios públicos, como por incumplimiento del deber de señalización y cuidado”.

**13.** El día 11 de junio de 2010, la Jefa del Servicio de Reclamaciones Patrimoniales suscribe una propuesta de resolución en el sentido de que debe

desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada. Según se refleja en la propuesta citada, “las fotografías incorporadas al expediente, ratifican los informes obrantes en el procedimiento, es decir, en primer lugar no se trata de una zona destinada al esparcimiento de los viandantes, sino que es una zona ajena y claramente diferenciada por la zona ajardinada previa y la diferente altura así como por los metros de distancia existente a la zona de lucernarias, en segundo lugar que se trata de una zona cuyo acceso implica una actuación deliberada por parte de quien se adentra en el referido lugar, saltando varios obstáculos cuales son una zona ajardinada entre la zona específica de juegos y la zona de claraboyas (...) y se puede apreciar en las fotografías que el espacio entre las estructuras y la inclinación de los planos de los elementos traslúcidos no están diseñados para su utilización como espacio de ocio. Por otro lado, las testificales practicadas a personas que no estaban presentes en el momento del suceso no sirven en ningún caso para acreditar la relación de causalidad precisa y necesaria en toda petición de responsabilidad patrimonial (...). En modo alguno ha habido prueba directa del modo en que se produjo (el accidente), salvo la que se deduce de la mera declaración del recurrente en este caso de la madre del accidentado. A la recurrente corresponde probar no sólo la realidad del daño padecido sino también la relación de causalidad entre el actuar administrativo y el hecho lesivo producido. Atribuir, por las meras manifestaciones de la reclamante, responsabilidad a la Administración supondría establecer no una responsabilidad objetiva por el funcionamiento normal de los servicios públicos, tal como resulta de la tradición jurídica, sino un seguro total y completo para todos por cualquier hecho dañoso que ocurra en la vía pública, no pudiendo convertir a la Administración en aseguradora de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados”.

**14.** El día 4 de agosto de 2010, la Alcaldesa dirige a la interesada una comunicación en la que señala que, con motivo de la solicitud de dictamen al

Consejo Consultivo, y “en aplicación del artículo 42.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se suspende el procedimiento hasta en tanto no se cumpla plenamente lo requerido, o pasado el plazo legalmente estipulado se dicte resolución”.

**15.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de julio de 2010, registrado de entrada el día 13 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 expediente.

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 al 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), está el menor perjudicado activamente legitimado para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación.

Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, está facultada para actuar en su representación la reclamante, en su condición de madre del perjudicado (la cual resulta del parte policial incorporado al expediente), según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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 prescripción, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 5 de febrero de 2010, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 21 de mayo de 2009, por lo que, aun sin tener en cuenta la fecha de curación, es claro que fue formulada 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 de los interesados y elaboración de una propuesta de resolución.

No obstante, advertimos de la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de

ellas consiste en que habiendo asumido la instrucción del mismo el Servicio de Reclamaciones Patrimoniales se suscriben por otros órganos administrativos diversas actuaciones que, como ya hemos señalado en dictámenes anteriores, deberían haberse resuelto por el propio órgano instructor. La segunda se produce porque no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la reclamante, 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.

**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 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), dispone 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.-** Es objeto de nuestro análisis un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la reclamante solicita de la Administración municipal una indemnización por los daños padecidos por su hijo, de trece años, a causa de un accidente sufrido cuando “se encontraba jugando” en un parque.

En lo que a la efectividad de aquellos se refiere, resulta de los informes médicos aportados que, por causa del accidente, el niño sufrió diversas

fracturas, alguna de las cuales requirió incluso tratamiento quirúrgico con hospitalización.

Ahora bien, la existencia de unos daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados no puede significar por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer al interesado el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, hemos de determinar cómo se produce la caída y si el daño que esta acarrea es consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

Sobre las circunstancias del accidente únicamente conocemos que, como señala la propia reclamante, se produjo “cuando (el menor) se encontraba jugando en compañía de unos amigos en el parque público”.

El Jefe del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos manifiesta en su informe de fecha 8 de marzo de 2010, cuyas manifestaciones no han sido contradichas por la prueba testifical practicada, ni por la parte interesada en las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, que “según parece el accidentado, junto con otros compañeros, accedieron a la zona no apta para los peatones y se encaramaron a los elementos traslúcidos ocasionando la rotura de uno de ellos”. También sabemos que, antes de producirse la caída, el Jefe de Sección de Electro Hogar del Hipermercado había oído “varios golpes sobre la claraboya fracturada”, según manifestó a la dotación de la Policía Local personada en el centro comercial en los momentos posteriores al accidente, y consta en el parte policial.

No obstante, las pruebas propuestas por la parte no han contribuido a esclarecer las circunstancias del siniestro. En particular, la práctica de la testifical no ha permitido determinar cuáles eran las características del juego en el que participaba el menor lesionado, pues todas las testigos interrogadas respondieron, a la pregunta sobre si los niños “accedieron a la zona de lucernarias y se encaramaron a los elementos traslúcidos”, que no se

encontraban presentes en el momento del suceso; tampoco la segunda de las interrogadas, cuyos datos aparecen reflejados en el parte de la Policía Local como madre de una de las menores que “acompañaban al caído en el momento del accidente”. No se sabe a ciencia cierta del parte policial si esta mujer, que acompañaba a su hija cuando se personó la Policía Local en el lugar de los hechos, se encontraba también presente en el parque en el momento del accidente; sin embargo, estuviese o no en el lugar cuando se produjo la caída, es razonable suponer, puesto que su hija estaba con el niño accidentado en el momento del siniestro, que cuando se practicó la prueba testifical conocía las circunstancias del suceso y características del juego que se desarrollaba cuando la claraboya se rompió, circunstancias que, no obstante, decidió reservarse en el momento del interrogatorio.

Como ha señalado este Consejo en anteriores dictámenes, cuando no existe prueba que permita conocer la forma y circunstancias en que se produjeron los hechos, esta ausencia de prueba es suficiente, por sí sola, para desestimar la reclamación presentada, toda vez que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, e impide, por sí sola, apreciar la relación de causalidad cuya existencia sería inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración. No obstante, aunque tal falta de prueba acerca de las circunstancias en que se produjo el accidente pudiera obviarse, la conclusión del presente dictamen no variaría.

En primer término, hemos de destacar que la reclamación se formula exclusivamente frente a la Administración municipal, olvidando la causa eficiente del daño -rotura de la cubierta de un centro comercial- y, por tanto, prescindiendo de la responsabilidad que eventualmente pudiera corresponder al particular -persona física o jurídica- titular del bien que directamente ocasiona el daño, por sus propias características y estado o por la mera posibilidad de acceso al mismo. Ante este hecho, debemos examinar si concurren los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad administrativa, siquiera sea de forma concurrente con la de otros sujetos.

El artículo 25.2 de la LRBRL establece que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en materia, entre otras, de “parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas”, 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 las plazas y 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.

La reclamante achaca a la Administración una responsabilidad por omisión. A su juicio, la obligación de resarcir los daños generados por la caída resulta de la no adopción de las medidas precisas para impedir el acceso de los menores a la techumbre del centro comercial, radicando el núcleo de su argumentación en que “la zona donde rompe la claraboya no está fuera del acceso de los peatones”.

Las fotografías incorporadas al expediente muestran, sin embargo, que las claraboyas en las se produjo el siniestro se encuentran ubicadas en un lugar claramente excluido del uso público. El parque se encuentra a un nivel distinto, más elevado, del que corresponde a la zona de lucernarios, y la cubierta del centro comercial que aquellos conforman se encuentra separada del lugar destinado al esparcimiento público por muros que delimitan franjas de terreno no pavimentadas -a diferencia del parque- y situadas a diferentes alturas, a modo de muros o terrazas.

Para llegar a la zona donde se ubican las claraboyas desde el parque resulta necesario atravesar las barreras arquitectónicas señaladas, salvando inicialmente un desnivel de aproximadamente 1,50 metros -como refieren la Policía Local y el Jefe del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos- o bien un desnivel menor -unos 60 centímetros, como reconocen

las testigos propuestas por la parte-, según la zona del parque desde la que se acceda, aunque en este caso concreto no pueda precisarse por qué lugar accedieron los menores a la techumbre del centro comercial, al desconocerse las circunstancias del siniestro, que la propia parte reclamante no ha contribuido a aclarar.

La disposición de las claraboyas es la misma que puede apreciarse en la zona que las separa del parque, de modo que, como muestran las fotografías que obran en el folio 44 del expediente, se presentan en dos hileras situadas a distintos niveles, también en sentido descendente desde el parque, y su propia composición y estructura dan cuenta sobrada de su carácter no accesible, ajeno al uso público.

La claraboya rota está en el segundo nivel, lo que pone de manifiesto el deliberado acceso del accidentado a la misma, ya que, para llegar a ella, tuvo que salvar la primera hilera de claraboyas, bien sorteando, a través de un estrecho paso, los lucernarios y las estructuras metálicas en forma piramidal a las que se refiere el informe del Jefe del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos, bien pisando directamente las cubiertas de las claraboyas que conforman, cada una de ellas, un tejado a cuatro aguas. Salvado el desnivel correspondiente para acceder a la segunda hilera de lucernarios, y tras oírse en el interior del hipermercado varios golpes en la techumbre, una de las claraboyas acabó cediendo bajo el cuerpo del niño, quien se precipitó al interior del centro comercial.

Como este Consejo ha señalado reiteradamente, en ausencia de estándares legalmente impuestos, la diligencia exigible a la Administración ha de determinarse en términos de razonabilidad, por lo que no puede demandarse del servicio público que elimine el riesgo en que incurre quien comete imprudencias como la que ha generado el accidente que nos ocupa.

En lo que atañe a las plazas, parques y jardines abiertos al uso público y destinados al ocio y esparcimiento ciudadanos, pero no constitutivos de una cancha o campo deportivo, no cabe concebir como inherente al servicio público

su total cierre o vallado con el fin de impedir el acceso a otros elementos o espacios adyacentes potencialmente peligrosos; de tal modo que, de ordinario, tales elementos urbanísticos se encuentran en las inmediaciones -o rodeados- de vías públicas abiertas al tráfico rodado y que han de ser accesibles a los peatones de acuerdo con las normas y ordenanzas de aplicación y con las reglas más elementales y personales del sentido común que nos incumben como ciudadanos.

No apreciamos carencia y, por el contrario, sí constatamos la presencia de abundantes medidas y elementos limitativos del acceso para un uso público de la zona de claraboyas que constituye la techumbre del centro comercial. La adopción de medidas adicionales dirigidas a impedir "de forma eficaz" -como sugiere la reclamante, sin identificar cuáles podrían serlo más que las actuales- el acceso de cualquier persona a todos aquellos espacios excluidos del uso público que se convierten en peligrosos cuando se les da un uso distinto a aquel para el que fueron diseñados, excede claramente aquel estándar de diligencia, y resulta innecesaria ante riesgos del tipo del que se materializó en el caso que nos ocupa, los cuales pueden y deben evitarse por los ciudadanos gracias a su propio sentido común y a su responsabilidad, o a los de aquellas personas obligadas directa y primariamente a velar por ellos cuando, por su edad u otras circunstancias, quienes asumen un riesgo carecen del entendimiento necesario para anticipar las consecuencias de sus actos.

En definitiva, a juicio de este Consejo Consultivo, la responsabilidad del accidente sufrido no resulta imputable en modo alguno a la Administración. Lo que ha de demandarse del servicio público es una adecuada diligencia para que un riesgo mínimo no se transforme, por su acción u omisión, en un peligro cierto, pero no que elimine o, en su defecto, cubra todo tipo de riesgos, porque se convertiría en un seguro universal que trasladaría a la sociedad en su conjunto la responsabilidad de cualquier manifestación dañosa de sucesos o accidentes que debe soportar el particular como riesgos generales de la vida individual y colectiva o como consecuencia de su propio actuar.

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 .....

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.