

Expediente Núm. 190/2011
Dictamen Núm. 258/2011

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 28 de julio 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 24 de junio de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Carreño formulada por, por los daños derivados de la caída de una jardinera en la vía pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de diciembre de 1996, se presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ayuntamiento de Carreño por daños relacionados con la caída de una jardinera ubicada en una plazuela de Candás el día 30 de octubre de 1996.

El reclamante refiere que la pesada jardinera de hormigón cayó sobre su hija, de 3 años, y otros niños mientras jugaban, y que le provocó graves

lesiones. Añade que la jardinera “estaba colocada a efectos ornamentales en la acera colindante a la plazuela, sin la más mínima separación y en un plano superior a esta”.

En cuanto a las lesiones, indica que a su hija se le diagnosticó “herida a nivel de triángulo de scarpa de unos 12 cm” y fractura “subtrocantérea fémur izdo.”; consigna la intervención quirúrgica a que fue sometida y que se le colocó “tracción transesquelética femoral”, precisando luego “un yeso pelvipédico”. Señala que necesita atención constante y permanente, “pues debe vigilarse la coloración, temperatura y movilidad de los dedos del pie, ya que si se hincharan o tomaran coloración azulada debe acudir de urgencia a los servicios médicos”.

Afirma que “el accidente fue debido a la incorrecta colocación y sujeción a la acera de la pesada jardinera ornamental de hormigón conteniendo tierra y plantas (90 kilogramos de peso). Más bien, la jardinera (...) carecía por completo de sujeción alguna a la acera, como se comprueba con la ausencia de tornillos de sujeción y fijación, de cemento de fijación, etc. Además (...), se encontraba colocada en el bordillo mismo del murete que constituye el límite de la plazuela, con el consiguiente y evidente peligro de accidentes; máxime cuando esta resulta tan concurrida por niños todos los días del año, en la que desarrollan sus juegos infantiles”.

Expone que “desde el accidente” su hija se encuentra absolutamente imposibilitada para cualquier actividad, “necesitando la atención constante de una tercera persona para todas sus actividades vitales”, especificando que la asiste su esposa. Añade que los médicos les han informado de la “posibilidad de que resulte afectada por una cojera el resto de sus días”, y que no puede fijarse “por el momento” la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, ya que no están consolidadas las secuelas.

Señala también daños “evidentes” al matrimonio, “al tener que prestar una continua atención” a la niña, y que su “esposa no puede apartarse ni alejarse de la niña, que tiene un grave trauma psicológico y rechaza quedarse sola, ya que desde el accidente tiene miedos y terrores”.

Manifiesta su satisfacción por la retirada de las jardineras, tras la conversación mantenida con el Alcalde “cuando vino a interesarse por el estado de salud de mi hija y por la forma de producirse” el accidente.

Solicita la incoación del correspondiente procedimiento y que el Ayuntamiento les conceda ayuda, consistente en la asistencia de una persona para las labores diarias y apoyo psicológico para la niña.

Propone prueba testifical, remitiéndose a las diligencias instruidas por la Policía Local que contienen los datos personales de los testigos, y que se tengan por reproducidos los documentos que adjunta a la reclamación, consistentes, entre otros, en: a) Seis fotografías que ofrecen una “vista general de la plazuela”, apreciándose en el centro de algunas “la jardinera caída” y “la altura y la diferencia de planos con respecto a la acera”, así como “la proximidad de las jardineras al desnivel” con el evidente peligro de colocarlas en ese lugar; una vista en detalle de la altura y la anchura de la jardinera caída sobre mi hija”, aclarando que él “colocó expresamente la jardinera en esa situación para poder fotografiarla y también para mostrar la inexistencia de elemento alguno de sujeción a la acera o suelo, con el consiguiente peligro (inexistencia de tornillos o clavazones de cualquier tipo”, y la “vista en detalle de la situación de otra de las jardineras”, que “se ha movido lateralmente (...) para mostrar la inexistencia de elementos de sujeción (...) a la acera o suelo”, apreciándose su peligrosa situación y la inestable colocación”. b) Informe de alta del Servicio de Traumatología de un hospital público, del día 19 de noviembre de 1996, relativo a una niña de 3 años, en el que consta traslado desde otro hospital “donde había ingresado tras caérsele encima una jardinera muy pesada, según refieren, presentando herida a nivel del triángulo de scarpa de unos 12 cm y (...) fractura subtrocantérea fémur izdo.”. Se refleja en el mismo intervención quirúrgica, evolución satisfactoria y colocación de un yeso pelvipédico el día 14, con recomendaciones de “vigilar la coloración, temp. y movilidad de los dedos del pie. Caso de que los dedos se hinchen o tomasen coloración azulada acudirán al S. de Urgencias” y fecha para la revisión.

2. Mediante Providencia de la Alcaldía de 10 de enero de 1997, se acuerda iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial y solicitar al Encargado Municipal de Obras un informe “acerca de si la jardinera que ocasionó el accidente se encontraba correctamente colocada, cumpliendo con las debidas normas de seguridad”.

3. Mediante escrito presentado en una oficina de correos el día 14 de enero de 1997, el reclamante formula proposición de prueba testifical de las personas que identifica, y documental de los documentos que aporta. Reitera que no puede fijarse por el momento la indemnización de los daños sufridos, ya que no están aún consolidadas las secuelas de mi hija y los perjuicios siguen manifestándose. Indica que podrían valorarse los daños y perjuicios a razón de 27.359 pesetas (164,43 €) diarias, que es en lo que lo valora el INSALUD.

Adjunta copia de la siguiente documentación: a) Diligencias seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Gijón, cuyos archivos acota, en las que figuran las actuaciones de la Policía Local de Carreño en relación con el accidente. Obra en las mismas la denuncia formulada por reclamante mediante personación el día 31 de octubre de 1996, que manifestó “que el día treinta de los corrientes, entre las diecisiete y las diecinueve horas, había caído encima de unos niños una maceta, resultando lesionada su hija y otro niño, ocurriendo los hechos, posiblemente, en la Plaza, solicitando saber qué maceta había sido y si realmente había sido en el mencionado lugar”, constatando que, mientras se realizaban las correspondientes diligencias, se tuvo conocimiento de que el accidente había ocurrido en la calle, justo delante del supermercado”. Trasladados al lugar de los hechos, “junto con la persona reseñada, se observa delante del mencionado supermercado en una especie de patio que allí existe y que se encuentra por su parte más próxima a la calle unos ochenta centímetros por debajo del nivel de esta, una maceta rota y cinco más situadas sobre la propia acera. Estas últimas, según comprobó el funcionario de Policía (...), se encontraban sin ningún tipo de anclaje, pudiendo ser desplazadas de su lugar (...). Los hechos tuvieron lugar sobre las diecisiete cuarenta horas del día

treinta de octubre del presente año, cuando tres niños de corta edad, acompañados de sus madres (...), decidieron cambiar de acera en dirección al supermercado (...), indicándoles las madres a los niños el momento en el que podían cruzar, haciéndolo estas posteriormente. Antes de que estas terminaran de cruzar la calle, oyeron unos gritos, observando cómo dos de los pequeños se encontraban debajo de una maceta". Se da cuenta de la identidad de los niños lesionados -entre los que se encuentra la hija del ahora reclamante- y de los testigos, la primera de las cuales resulta ser la madre del niño que salió ileso. Se aclara que "las macetas fueron colocadas hace unos dos o tres años por servicios del Ayuntamiento de Carreño, que posiblemente en el momento de su colocación fueron recibidas con cemento rápido para su anclaje en la acera./ Que las macetas son prefabricadas simulando piedra, de un metro de largo, treinta centímetros de ancho, cuarenta centímetros de altura y sus paredes de unos centímetros de espesor, que juntamente con la tierra que contienen, podrían tener un peso aproximado de unos noventa kilos", y "que no se tiene conocimiento que desde su colocación se hubiera producido incidente alguno con las mismas". Se acompaña entre otras, un actas de intervención policial, relativa al interrogatorio de una testigo que declara que la maceta cayó sobre los niños y dos fotografías muy oscuras. b) Informe del Servicio de Traumatología de hospital público, datado el 23 de diciembre de 1996, en el que se consigna que "se le retira el yeso (...). Fue vista en Rehabilitación, recomendándole alta al domicilio, ejercicios de movilidad y rodilla en bañera. Evitar apoyo hasta que tenga movilidad completa de las articulaciones" y "continuar controles por S. de Rehabilitación", con revisión por Traumatología en un mes. c) Factura "pro forma" del hospital público en el que la paciente fue atendida, en concepto de 20 días de estancia, por importe de 547.180 pesetas.

4. El día 15 de enero de 1997, se envía a la correduría de seguros una copia de la reclamación.

Con fecha 5 de febrero de 1997, mediante escrito presentado en el registro del Ayuntamiento, se persona en el procedimiento un abogado en

nombre de la compañía de seguros, solicitando traslado del contenido del expediente y que se le comuniquen los trámites posteriores.

5. El día 14 de febrero de 1997, el Aparejador Municipal emite informe en el que señala que “las jardineras colocadas (5 Uds.) en la acera de la Calle, protegiendo un pequeño desnivel existente con la plazoleta, tienen unas dimensiones de 1,00 x 0,30 m y (de) alto 38 cm, con un peso de unos 100 kg aproximadamente con tierra. Dichas jardineras (...) son del tipo de pedestal con apoyos incorporados, no precisando ningún tipo de anclaje./ Se utilizan habitualmente (aprovechando la ornamentación floral que además constituyen) para delimitar espacios, impedir u orientar la circulación deseada vial o peatonal, proteger obstáculos, etc./ En el caso que nos ocupa, la jardinera ha sido derribada, aunando los esfuerzos, al parecer, de tres niños, circunstancia excepcional debido a su peso superior a 100 kg”.

6. El día 18 de marzo de 1997, el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito en el que formula proposición de prueba, aportando los siguientes documentos: a) Informe médico fechado el 9 de enero de 1997, en el que consta que su hija “se encuentra en fase de recuperación funcional de miembro inferior izdo. (...). En el momento actual inicia apoyo y marcha con 2 ayudas. Cuando la niña se reafirme en la marcha podrá acudir a su colegio”. b) Informe del hospital público en el que fue atendida, sin fecha, en el que se refleja que su hija evoluciona “favorablemente con recuperación de la movilidad de cadera y rodilla izdas. En el momento actual realiza marcha con claudicación ocasional”. c) Informe privado, elaborado por un traumatólogo, en el que se aprecia, tras exploración, “cicatriz oblicua en el tercio medio proximal del fémur en su cara anterior e interna. Es una cicatriz roja-queloides./ En el tercio medio y proximal del fémur se nota callo exuberante. No tiene dolor a la presión./ No se aprecian acortamientos. La función de la rodilla está limitada en los últimos grados de la flexión” y, tras el examen radiográfico, formación de importante callo óseo exuberante, concluyendo que la fractura “está totalmente consolidada. No hay

dismetrías. No necesita ninguna terapia especial". d) Dos recibos emitidos por el traumatólogo, por honorarios profesionales, por importe total de 35.000 pesetas (210,35 €) y una factura de 6.000 pesetas (36,06 €), correspondiente a una radiografía.

7. Obra incorporada al expediente, a continuación, la siguiente documentación:

a) Escrito del interesado presentado en una oficina de correos el 11 de julio de 1997, en el que solicita que se le comuniquen las actuaciones llevadas a cabo y las "soluciones a practicar de conformidad con el parecer de los técnicos puesto que habiendo transcurrido el tiempo suficiente para una adecuada reacción por parte de ese Ayuntamiento aún no se ha producido la misma" y copia de lo actuado, para "comprobar (...) la diligencia del Ayuntamiento". Además, reprocha que no se hayan interesado por la situación personal y familiar de la niña, que será sometida a revisión en octubre.

Consta oficio de la Alcaldía de 30 de julio de 1997, por el que se le remite copia de todo lo actuado.

b) Escrito presentado en una oficina de correos el día 7 de enero de 1998, en el que el reclamante reitera su petición anterior y señala que "al parecer se han reparado alguno de los daños y perjuicios irrogados a algunos de los afectados" y comunica la próxima revisión de su hija en febrero.

c) Escrito presentado en una oficina de correos el día 4 de junio de 1998, en el que comunica que su hija tiene revisión en julio, reprochando que no la hayan examinado, y solicita información sobre la situación en la que han quedado los demás afectados en el mismo siniestro.

d) Escritos presentados en una oficina de correos los días 7 de octubre de 1998 y 13 de enero y 6 de abril de 1999, en los que manifiesta que su hija "tiene cinco años y aún no están objetivadas todas las secuelas" y que "precisará probablemente una intervención quirúrgica para remediar los terribles daños estéticos que padece", informando de una próxima revisión en abril. También solicita ser informado de la compañía de seguros que cubre el riesgo, indicando

que “no tendríamos inconveniente en que por los médicos que ustedes designen se examine” a la niña.

e) Escrito, presentado en el registro municipal el día 6 de mayo de 1999, en el que reproduce las manifestaciones y peticiones de los anteriores y comunica revisión de su hija en mayo.

f) Escrito presentado en una oficina de correos el día 12 de mayo de 1999, en el que comunica que “en la revisión y radiografía realizada en el día de hoy se ha detectado (...) un aumento de crecimiento en la pierna lesionada” y señala una nueva revisión el día 22 de junio, reiterando las peticiones y reproches de anteriores escritos.

g) Escrito presentado en una oficina de correos el día 3 de noviembre de 1999 en el que reitera que su hija “sigue sometida a observación y tratamiento, estando pendiente de intervenciones quirúrgicas correctoras y de cirugía estética”, y que tiene revisiones pendientes, insistiendo en las peticiones y quejas de falta de interés de anteriores escritos.

h) Escrito presentado en una oficina de correos el día 18 de enero de 2000, en el que comunica la reciente implantación de una plantilla a su hija y que será sometida a nuevos controles.

i) Escrito presentado en una oficina de correos el 14 de junio de 2000, en el que informa de la próxima revisión de su hija en agosto y reitera la reclamación de los daños y demás manifestaciones y peticiones de sus anteriores escritos.

j) Escrito presentado en una oficina de correos el día 15 de septiembre de 2000, en el que comunica que en la revisión de agosto se le apreció en su hija un “aumento de la disimetría de 1 cm por hipercrecimiento de fémur izdo. (secundario a la fractura) (...) que precisa de ortesis (alza interna) compensadora” y que tiene solicitada scanigrafía de medición para febrero de 2001, “por si consideran de su interés proceder al examen médico de la menor o examinarla debidamente”, reiterando la reclamación de los daños y la petición de una copia de lo actuado. Adjunta un informe del Servicio de Traumatología de un hospital público, del día 9 de agosto de 2000, en el que se señala que la menor

acudió a revisiones sucesivas, "siendo evidente en junio de 1999 una disimetría de 1 cm por hipercrecimiento de fémur izdo. (secundario a la fractura) que precisa de ortesis (alza interna) compensadora de 0,5 cm en el zapato izdo./ El 1-8-00 es nuevamente valorada (...), comprobándose un ligero aumento de la disimetría en la exploración clínica. La huella plantar y el patrón de marcha son normales. Tiene solicitada scanigrafía de medición para febrero 2001".

k) Escrito presentado en una oficina de correos el día 25 de enero de 2001, en el que reitera las peticiones y quejas anteriores, "ya que al parecer se han reparado alguno de los daños y perjuicios irrogados a algunos de los otros niños afectados por los hechos que han originado el presente expediente, y deseo conocer la razón por la que se trata de modo distinto a quien ha resultado afectado por una negligencia del Ayuntamiento", comunicando que su hija está "sujeta a prescripción facultativa y a examen durante este mes y durante el próximo (...), por si desea estar con mi hija y afectada, víctima y perjudicada, así como con nuestra familia, con el fin de conocer de primera mano todas las secuelas y los intentos de los médicos de (...) corregir y subsanar todas las posibles secuelas que se hayan manifestado".

l) Escrito presentado en una oficina de correos el día 20 de febrero de 2001, en el que comunica una revisión de su hija en el Servicio de Traumatología el día 20 del siguiente mes, reiterando la reclamación de daños, la petición de copia de lo actuado y que se le informe de la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

m) Escrito presentado en el registro del Ayuntamiento el día 10 de agosto de 2001, en el que solicita el número de la póliza del seguro, comunica que están a la espera de que el equipo médico de su hija proceda al alta médica de la misma, reiteran la reclamación de daños y acusa recibo de una copia del expediente. Consta fax de 11 de septiembre de 2001 por el que se accede a lo interesado.

n) Escrito presentado en una oficina de correos el día 3 de mayo de 2002, en el que refiere los contactos que ha tenido con la compañía de seguros -cuatro conversaciones- "sin que hasta la fecha se haya producido ningún tipo de avance

en las negociaciones, puesto que ni tan siquiera se ha realizado ofrecimiento alguno por parte de la compañía”, y reitera la reclamación “en la confianza (de) que tras el tiempo transcurrido logremos alcanzar la negociación deseada”.

ñ) Escrito presentado en una oficina de correos el 17 de enero de 2003, en el que reitera que no hay avance en las negociaciones con la compañía de seguros, “puesto que ni tan siquiera se ha realizado un serio ofrecimiento económico por parte de la compañía”, y reclama nuevamente los daños, perjuicios y lesiones sufridos por mi hija “en el grueso expediente que tienen ustedes en su poder”.

8. Mediante oficio de 30 de enero de 2003, el instructor del procedimiento informa al reclamante que “se está a la espera, desde el año 1996, de que (...) se fije la cuantía económica de los daños reclamados (...). Se le comunica que de no efectuar dicha valoración se procederá a declarar la caducidad del expediente”.

9. El día 5 de febrero de 2003, el interesado presenta un escrito en una oficina de correos en el que pone de manifiesto que “el Ayuntamiento (...) no me comunicó hasta el 11 de septiembre del año 2001 (...) la compañía aseguradora que se tenía que hacer cargo del siniestro”; que conocen “todas y cada una de las revisiones médicas a las que ha estado y está siendo sometida” su hija y, “sin sanidad, no se puede cuantificar debidamente una reclamación económica por responsabilidad civil”, y que “jamás (...) me solicitaron que hiciese (...) valoración alguna, pasando ‘la pelota a la compañía de seguros’, la cual (...) no ha demostrado el más mínimo ánimo de alcanzar acuerdo alguno”. Acompaña valoración económica, “puesto que esta es la primera vez que se solicita”, sin perjuicio de advertir que “no me resulta vinculante a la hora de tener que acudir a un pleito y que es meramente a título de alcanzar un acuerdo amistoso”.

La valoración parte, entre otros, del hecho de que “el Ayuntamiento de Carreño asumió la responsabilidad en el año 2001, y en fecha 11 de septiembre de 2001, envió un fax en el que facilitaba el nº de póliza de R.C. concertada con

la compañía aseguradora". Indica que el último informe médico que obra en su poder es de 24 de enero de 2002, y en él "se le aprecian como secuelas una disimetría global de 1 cm por hipercrecimiento de fémur izdo. (secundario a fractura) que precisa de ortesis (alza interna) compensadora de 0,5 cm". A continuación procede al análisis del año padecido por su hija, que desglosa en los siguientes conceptos: 21 días de hospitalización (del 30 de octubre -día del accidente- al 19 de noviembre de 1996 -día del alta hospitalaria-); 164 días impeditivos (desde el 20 de noviembre de 1996 -día siguiente al alta hospitalaria- hasta el 2 de mayo de 1997 -fecha en la que presentaba una movilidad normal, según el informe de 28 de julio de 1998-); 330 días no impeditivos (desde el 2 de mayo de 1997 hasta el 28 de abril de 1998 -día en el que, según el informe de 28 de julio de 1998, su hija "se encuentra satisfactoriamente"-); secuelas, consistentes en disimetría global de 1 cm, que tasa en 6 puntos, y perjuicio estético medio, por cicatriz de unos 10 cm en la cara interna del muslo izquierdo, por el que solicita 10 puntos; perjuicios morales a familiares, capítulo que, a su juicio "merece mención especial, pues es necesario tomar en consideración todos los trastornos ocasionados y la preocupación y dedicación de sus padres, especialmente de su madre, hacia la niña", y gastos a propósito de los cuales indica que "se aportarán las facturas de gastos y se cuantificará este apartado en su momento".

Por lo que se refiere a la valoración económica de las lesiones y secuelas de la niña, señala que no estamos ante un accidente de tráfico, si bien se parte de las tablas establecidas legalmente para ellos "a mero título orientativo, con lo cual si fuese necesario acudir a pleito, la valoración sería libre". Aplicando dichas tablas valora el daño por días de baja y secuelas en 25.579,40 €, cantidad -dice- a la que "habrá que añadir el importe correspondiente a los perjuicios morales a familiares y los gastos en que hemos incurrido a consecuencia del accidente sufrido por (su hija), calculando sobre todo ello los intereses establecidos en el art. 20 de la LCS".

Adjunta diversos informes del Servicio de Traumatología del hospital público que atendió a su hija, de fechas 19 de noviembre y 23 de diciembre de

1996, que ya obran en el expediente; 28 de julio de 1998, en el que consta que la paciente “el día 2-5-97 presentaba una movilidad normal, por lo que se revisó al año”, que “el 28-4-98 se encontraba satisfactoriamente y se citó a nuevo control en un año”; 22 de junio de 1999, en el que figura que acudió a revisiones sucesivas, “siendo en la actualidad evidente una disimetría de 1 cm por hipercrecimiento de fémur izdo. (secundario a la fractura) que precisa de ortesis (alza interna) compensadora de 0,5 cm en el zapato izdo.”; y 24 de enero de 2002, en el que se refleja que “el 1-8-2000 es nuevamente valorada (...), comprobándose un ligero aumento de la disimetría en la exploración clínica. La huella plantar y el patrón de marcha son normales./ El 20-3-01 acude con resultados de scanigrafía de medición de extremidades inferiores, apreciándose una disimetría global de 1 cm y precisando, por consiguiente, continuar con el alza prescrita”.

10. Con fecha 19 de febrero de 2003, el instructor requiere al reclamante para que proceda a “fijar la reclamación económica que pretende, respecto a la que no puede realizar, como ha hecho, reserva alguna”, y para que presente informe médico de valoración de daño corporal”. Aclara que “es la Administración quien ha de resolver este expediente, sin que tenga capacidad la compañía aseguradora de este Ayuntamiento para dicha resolución”, advirtiéndole de que “en caso de no presentar la documentación requerida se continuará la tramitación del expediente con la existente”.

El día 3 de marzo de 2003 el reclamante presenta un escrito en una oficina de correos en el que comunica que “mi hija (...) no ha finalizado su crecimiento, con lo cual las secuelas (...) tienen muchas posibilidades de incrementarse; por otro lado, mi hija no ha recibido el alta definitiva”, por lo que “resulta imposible realizar una valoración económica sin ningún tipo de reservas”. Consigna, a continuación, la valoración económica correspondiente a 21 días de hospitalización, 164 días impeditivos y 330 días no impeditivos, así como 6 puntos de secuela por acortamiento de 1,5 cm en miembro inferior derecho y 13 puntos por perjuicio estético importante, ascendiendo el importe

solicitado por estos conceptos a 27.890,40 euros, más “los intereses establecidos en el art. 20 de la LCS”. Adjunta el justificante de la próxima revisión y el informe de una clínica privada sin fecha-, en el que se refiere que en la exploración de la cadera derecha, la paciente presenta “movilidad normal e indolora en todos los arcos articulares (...). Cicatriz de 15 centímetros (...), queloides en su parte central, en la cara anterior de muslo izquierdo (...). Dismetría de 1,5 centímetros en miembros inferiores, midiendo desde la espina ilíaca anterosuperior hasta el maleolo peronéo” y fija las secuelas en 19 puntos, 6 por la disimetría y 13 por perjuicio estético importante.

11. El día 6 de marzo de 2003, el instructor resuelve “abrir un periodo de prueba”, declarando pertinente la prueba documental, en los términos que indica, e impertinente la prueba testifical “de los presentes en el momento del accidente, por considerar que está suficientemente probado que el mismo tuvo lugar”. Acuerda, además, que se practique, de oficio, prueba pericial médica por la facultativa que identifica y requerir al reclamante para que aporte el Libro de Familia y los documentos nacionales de identidad suyo y de su hija y se persone en las dependencias municipales para ratificarse en todos los escritos presentados, “dado que se observa que los mismos tienen diferentes firmas”.

12. Con fecha 11 de abril de 2003, el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito en el que impugna la práctica de la prueba pericial propuesta por el instructor, por considerarla superflua e innecesaria, al haberse aportado ya un informe pericial a petición del Ayuntamiento. Entiende que la facultativa solo puede efectuar una valoración en base a los informes médicos que ha ido aportado al expediente administrativo, que han sido emitidos por facultativos de la sanidad pública y que recogen la evolución dolencia y secuelas de su hija. Además, tacha de parcial el informe que emita la doctora, pues “está adscrita a la compañía aseguradora”. Adjunta copia de su documento nacional de identidad y del Libro de Familia en el que consta la anotación del matrimonio, sin capitulaciones matrimoniales, y la de la lesionada, como hija.

13. El día 25 de abril de 2003, el instructor resuelve inadmitir el recurso presentado, citando al reclamante para la práctica de las diligencias de prueba pendientes.

Así, consta que el día 8 de mayo de 2003 el reclamante se personó en las dependencias municipales para reconocer los documentos y escritos obrantes en el expediente, que ratifica. Asimismo presenta, para su cotejo, originales de los informes médicos de 19 de noviembre y 23 de diciembre de 1996, 28 de julio de 1998, 22 de junio de 1999, 24 de enero de 2002 y 17 de marzo de 2003, en el que se hace referencia a una “dismetría de 1,4 cm”. También acompaña informe íntegro de valoración del daño emitido por un médico especialista en Rehabilitación y Medicina Física de una clínica privada, fechado el 25 de febrero de 2003, del que sólo constaba en el expediente la primera hoja. En él se consignan secuelas de acortamiento de 1,5 cm en miembro inferior derecho, y perjuicio estético importante, a los que asigna 6 y 13 puntos, respectivamente. En el capítulo de días de sanidad, determina 21 días de hospitalización, 164 días impeditivos y 330 días no impeditivos. Añade que “debido a que la paciente no ha finalizado su crecimiento es previsible que las secuelas anteriormente descritas se incrementen, aumentando tanto los centímetros de disimetría como el tamaño de la cicatriz en la cara anterior del muslo izquierdo./ De hecho, la paciente no ha recibido el alta definitiva por parte del Servicio de Traumatología (...), ya que el riesgo máximo de aumento de las secuelas anteriormente descritas se inicia a partir de ahora” y considera indicada “valoración por parte de Cirugía Plástica sobre posibilidades quirúrgicas” de la cicatriz, teniendo en cuenta el severo perjuicio estético que representa.

14. Con fecha 13 de mayo de 2003, tiene entrada en el registro municipal el informe médico emitido el día 5 de mayo de 2003, a petición del Ayuntamiento de Carreño. En él consigna antecedentes que “practica balonmano desde hace 2 años de forma federada” y estima que “la paciente ha curado de sus lesiones con secuelas de disimetría en miembros inferiores por alargamiento de la

extremidad fracturada, es decir, el miembro inferior izquierdo, y perjuicio estético". A propósito del tiempo de baja, aprecia 21 días de hospitalización, 164 días impeditivos y 361 días no impeditivos, considerando "como fecha de estabilización el 28 de abril de 1998, cuando la paciente finalizó el seguimiento periódico" y pasó a controles anuales para el seguimiento de la remodelación ósea y prevención de futuras secuelas. Sobre las secuelas, señala dismetría de miembros inferiores por hipercrecimiento de la extremidad fracturada de 1,5 cm, que se valora como acortamiento del miembro inferior derecho, lo que supone una puntuación de 6 puntos, y perjuicio estético importante, por cicatriz de 15 cm de longitud y 1 cm de ancha, plana, hipo-normocrómica, deprimida en 1/3 medio con un diámetro de 2,5 cm, evidentes marcas de puntos de sutura muy visibles, que valora en 11 puntos, "aplicando distintas fórmulas que existen en la bibliografía médica del daño corporal (...), con el ánimo de evitar subjetividades".

15. El día 23 de mayo de 2003, el interesado presenta en el registro municipal un escrito en el que se queja de la dejadez y el desinterés del Ayuntamiento, y el que adjunta fotografías de las secuelas estéticas que padece su hija.

16. Con fecha 27 de noviembre de 2003, la compañía aseguradora presenta un escrito en el registro municipal en el que manifiesta haber indemnizado a uno de los dos menores lesionados por la jardinera y solicita información sobre la tramitación de la reclamación a que se refiere el presente asunto.

17. Mediante escritos presentados en una oficina de correos los días 13 de enero y 22 de junio de 2004 y 10 de mayo de 2005, el reclamante interesa información sobre el estado del expediente y solicita una copia del informe médico encargado por el Ayuntamiento, reiterando la reclamación. Constan oficios de 3 de febrero de 2004, remitiendo copia del expediente completo, y de 20 de abril de 2005 adjuntando copia del informe médico.

Obran incorporados al expediente otra serie de escritos con entrada en el registro municipal los días 11 de mayo de 2006, 7 de mayo de 2007, 6 de mayo

de 2008, 5 de mayo de 2009 y 3 de mayo de 2010, en los que el interesado comunica que su hija está sujeta a revisiones, pendiente del alta definitiva, y reitera la reclamación, especificando en el último de ellos, que lo hace “a efectos de interrupción de la prescripción del artículo 1973 del Código Civil”.

18. Mediante escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 2 de diciembre de 2010, y como consecuencia de su mayoría de edad, la lesionada se adhiere a la reclamación de los daños y perjuicios por ella sufridos y efectuada por su padre. Adjunta copia del documento nacional de identidad.

19. El día 25 de febrero de 2011, la lesionada y su padre presentan un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que reiteran la reclamación de responsabilidad patrimonial. En él reproducen el relato de hechos contenido en su escrito inicial y realizan la siguiente valoración de daños y perjuicios causados a la lesionada: 28 días de hospitalización (entre el 30 de octubre y el 19 de noviembre de 1996 y reingreso entre el 17 y el 23 de diciembre del mismo año); 157 días improductivos y 361 días no improductivos, lo que hace un total de 20.698,32 € por días de baja, según el baremo de 2010. En cuanto a las secuelas aducen 7 puntos por disimetría de 1,2 cm, 3 puntos por *coxa valga* y 24 puntos por perjuicio estético importante. El importe total reclamado por las secuelas es de 43.668,96 €. Cifran los daños morales en 88.000,00 € “habida cuenta del gravísimo perjuicio sufrido (...) en su más tierna infancia (3 años)” que “le perseguirá toda su vida, dada la tremenda cicatriz que sufre”. Consignan también una indemnización de 50.000,00 € que solicita el padre “en nombre y beneficio de su sociedad legal de gananciales”, por “la preocupación moral y el coste psíquico (...), considerando y tomando en cuenta la edad que tenía (su hija) en la fecha del accidente, la necesaria atención y cuidados que han tenido que prodigarle diariamente, las preocupaciones, la dolorosa presencia de la cicatriz, los continuos viajes y desplazamientos y el constante pesar de la cojera y afectación personal que sufriría de por vida su

hija”, pues conllevó un considerable coste anímico personal, familiar y matrimonial que ni siquiera con la cantidad señalada podría compensarse”. Interesan, asimismo, gastos por importe de 971,65 €, junto con “los intereses legales del art. 20 de la LCS”.

Adjuntan al escrito los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de hospital público que atendió a la paciente, fechado el 14 de abril de 2009, en el que consta que el 25 de noviembre de 2008 “acude por última vez a consultas externas del Servicio tras realizar una tele Rx digital de medición de extremidades inferiores, apreciándose una disimetría definitiva de 1,2 cm”. b) Informe pericial privado, fechado el 14 de mayo de 2010, en el que se consignan secuelas de disimetría de 1,2 cm, que tasa en 7 puntos; perjuicio estético importante por la cicatriz (15 cm de largo y 1,5 cm de ancho, normocrómica, deprimida en su tercio medio con bordes queloides y con la cicatriz de los puntos), al que atribuye 24 puntos, y consolidación de la fractura en leve *coxa valga* (140°), que tasa en 3 puntos. Esta secuela le fue apreciada tras radiografía de pelvis en bipedestación. c) Facturas una del día 4 de febrero de 1997, que asciende a 6.000 pesetas (36,06 €); por honorarios de traumatólogo, también del día 4 de febrero de 1997, por 20.000 pesetas (120,20 €); por honorarios de traumatólogo, del día 13 de febrero de 1997, por importe de 15.000 pesetas (90,15 €); 19 tiques de la Sociedad Central de Restaurantes, S. A., de noviembre y diciembre de 1996, por conceptos no especificados, y 2 tiques y 1 factura de otros establecimientos de hostelería; gastos de farmacia, de 18 de noviembre de 1996, por importe de 360 pesetas; consulta y realización de informe de un especialista en rehabilitación, fechada el 13 de abril de 2010, por importe de 150,00 €; gastos de de radiodiagnóstico y honorarios médicos de reumatóloga de una clínica privada, de 4 de mayo de 2010, por importe total de 156,90 €; por servicios médicos en varias consultas en 2010 fechada el 14 de mayo de 2010, por 300 €.

20. Mediante oficios notificados a los reclamantes el 4 de abril de 2011 y a la compañía de seguros el día 9 de mayo de 2011, el instructor les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

No consta que los reclamantes hayan realizado alegaciones.

Mediante escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 13 de junio de 2011, el abogado de la compañía aseguradora del Ayuntamiento formula alegaciones oponiéndose a la declaración de responsabilidad del Ayuntamiento, “al ser el siniestro imputable única y exclusivamente a terceras personas”. Tras analizar el atestado policial y el informe del Aparejador, concluye que “ninguna vinculación puede realizarse entre el actuar administrativo y el siniestro, dado que si hasta el día 30 de octubre de 1996 ningún siniestro similar se había producido y, en ese día en concreto, de las cinco jardineras existentes en la plaza solo una fue desplazada de su ubicación, y si a ello unimos el hecho tanto del amplio volumen del meritado elemento ornamental, así como su elevada masa física que se eleva al quintal métrico, es evidente que para que se produjese la caída la jardinera tuvo que ser desplazada voluntaria y deliberadamente por terceras personas, que son por tanto las responsables del siniestro”. Subsidiariamente, interesa la “modulación de la responsabilidad del Ayuntamiento por intervención de un tercero que rompe el nexo causal” al 30 %, pues “ni antes, ni entonces, ni después ninguna de las jardineras fue objeto de desplazamiento físico”.

Por lo que se refiere a las cantidades reclamadas, entiende que por días de baja procedería una cantidad total de 20.611,94 €, en que se valoran 21 días de hospitalización, 164 días impeditivos y 361 días no impeditivos; por secuelas, considera que correspondería una cantidad de 16.122,74 €, fijando en 6 puntos la disimetría, dado que así fue valorada en 2003, sin que el aumento en 1 punto haya sido justificado; por la misma falta de acreditación rechaza la valoración en 2011 del perjuicio estético en 24 puntos, entendiéndose que debe ser tasado en 11 puntos. Rechaza la secuela de *coxa valga* por no haber sido solicitada con anterioridad. Estima que ha prescrito la reclamación de todos los daños morales y que el baremo incluye, en los días de baja, el daño moral. Asimismo, cita

doctrina de este Consejo según la cual en los menores no son indemnizables los días de baja, sin perjuicio de que sí sea indemnizable el *pretium doloris*, y concluye que de reclamar ambos conceptos se produciría un enriquecimiento injusto. En cuanto al daño moral de los padres, considera que no procede, alegando prescripción, que no son sujetos pasivos del daño y, en última instancia, que la cantidad reclamada es desorbitada, no ofreciendo criterio objetivo alguno que la avale e incluyendo en ella conceptos que no tienen nada que ver con el daño moral.

Respecto a los gastos, estima que procede una cantidad de 853,31 €, pues rechaza la aportación de tickets en los que no consta la identidad del sujeto o destinatario del gasto.

Concluye que la indemnización total ascendería a 37.587,99 €, que aplicando la reducción del 70% por la intervención de terceros, quedaría en 11.276,40 €.

21. El día 22 de junio de 2011, el instructor formula propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación, valorando la indemnización en 36.901,15 €. En los antecedentes da cuenta de la paralización del expediente tras el periodo de prueba en 2003, “dado que la abogada de la reclamante inicia contactos telefónicos para alcanzar un acuerdo convencional, sin que hasta el momento de la última reclamación hiciera propuesta concreta”. Consigna que “los hechos que motivaron el accidente fueron: una jardinera de hormigón de unos 90 kg de propiedad municipal y sita en espacio público en un nivel superior respecto a la plazoleta colindante, cayó el 30-10-1996 sobre la reclamante y otro menor, al colgarse tres menores de la misma. La causa del accidente se circunscribe a la acción de los menores, si bien debe tenerse en cuenta que la misma no se encontraba anclada y estaba situada en el borde de un desnivel (el existente entre la acera y la plazoleta)”. Considera que, a la vista del artículo 142.5 de la LRJPAC, “podría entenderse que, dado que el accidente tuvo lugar en el año 1996, y que la estabilización de las lesiones se produjo el 28 de abril de 1998 (fecha admitida por los reclamantes y por todos los informes médicos

obrantes en el expediente), el derecho de la lesionada habría prescrito. Ciertamente, la reclamación inicial se produce dentro del año siguiente al accidente, y además el plazo no comenzaría hasta el momento de estabilización, pero a 28 de abril de 1998 la menor se encontraba curada y el alcance de las lesiones determinado. Tanto es así que la cuantificación económica de la reclamación que se realiza en el 2003 no aporta nuevas lesiones o secuelas respecto a las existentes el 28 de abril de 1998 (fecha a partir de la cual se inicial los controles anuales de Traumatología)./ A la vista de lo expuesto, y de que la valoración de la indemnización solicitada no se produce hasta el año 2003 (...), podría concluirse que la acción prescribió como máximo el 28 de abril de 1999. El hecho de que la menor lesionada no hubiese alcanzado aún la pubertad y por ello pudieran manifestarse a posteriori ulteriores daños, no es óbice, dado que los mismos podrían reclamarse dentro del año siguiente a su producción". No obstante, entiende que "la prescripción no se había producido cuando en el 2003 se concreta cualitativa y cuantitativamente la reclamación, dado que la Administración no había resuelto expresamente, ni había indicado al reclamante el plazo de resolución que tenía, los efectos de su inactividad y los plazos para reclamar en vía jurisdiccional; es decir, la Administración no había cumplido y, por ello, esa falta no puede suponer en ningún caso un perjuicio para la menor dañada./ La muestra más evidente de lo dicho es que la reclamante podría (...) en la actualidad accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa". Tras recordar la doctrina constitucional sobre la caducidad de la acción en relación con la impugnación en vía contencioso-administrativa de las desestimaciones presuntas, o por silencio administrativo, estima que su aplicación al presente caso "implica el necesario rechazo de la extemporaneidad de la acción en relación con la reclamación concretada y configurada por la reclamante en su escrito de 3 de marzo de 2003".

Considera, en cambio, que "no puede correr igual suerte la reclamación que se presenta el 25 de febrero de 2011 (registro de entrada en el Ayuntamiento de 2 de marzo de 2011)", porque "incorpora una nueva reclamación (...) en nombre del propio padre y de su sociedad de gananciales

por gastos y daños morales (...). Además todos los daños reclamados, salvo tres facturas (...), son anteriores al año 1998" y que "la reclamación en nombre de la menor se varía sustancialmente (...), fruto de aplicar la normativa y baremos vigentes en el año 2010, incorporando (...) una solicitud de indemnización por daño moral (...) que no se había reclamado antes (...), concretamente en el año 2003, cuando ya había curado completamente la lesión, sin que sea procedente entender ese daño moral como un daño (...) que se sigue produciendo de forma indefinida en el tiempo (...). Tampoco sería legalmente procedente, al haber optado la reclamante por valorar su derecho conforme a la normativa de accidentes de circulación, que incluye expresamente en las cuantías reclamadas el daño moral". Señala que esta doctrina "ha de servir para que el silencio de la Administración no produzca daño e indefensión al ciudadano, pero no puede ser utilizada como una 'carta blanca' para que el reclamante plantee lo que quiera cuando quiera". Por tanto, concluye que "no concurre la prescripción de la acción en lo que se refiere a la reclamación (...) formulada en el año 2003, y sí (...) para todo lo reclamado en el 2011, a excepción de las tres facturas de 2010".

Por lo que al fondo del asunto se refiere, considera que "ninguna duda cabe de que la acción de los menores colgándose de la maceta conjuntamente es una actuación sin la que no se habría producido el accidente, ni que la madre debía vigilar a una menor que, por su edad, no tenía el más mínimo juicio sobre la creación de una situación de peligro" y que, "si bien (...) la acción de los menores fue causa del accidente (...), no es menos cierto que el mobiliario no se hallaba correctamente colocado" y que "la actuación de las madres que acompañaban a los menores de ninguna forma puede calificarse como omisión del deber de cuidado exigible (...); las progenitoras se encontraban en todo momento presentes y (...) entra dentro de la lógica que los niños, en sus juegos, se puedan separar una distancia prudencial de sus padres y que en un breve instante actúen como lo hicieron. Es más, no entra dentro de lo exigible que, en un brevísimo instante, las madres evalúen la acción y perciban un peligro que en ningún caso era evidente sin más. La muestra es que los servicios municipales al colocar el mobiliario, no lo percibieron". Concluye que "el nexo causal del

accidente con el servicio municipal se encuentra dominado por la defectuosa colocación del mobiliario y por ello no se rompe, y, además, tampoco se dan los requisitos para una moderación de la responsabilidad”.

A continuación, aborda la evaluación económica del daño cuya reclamación no consideró prescrita, partiendo de lo dispuesto en el artículo 141 de la LRJPAC. En primer lugar, considera “incorrecta la pretensión de los reclamantes de aplicar la normativa y valoración vigente en el año 2010, debiendo acudir a la aplicable en el momento del accidente, aplicándose para la fijación de la cuantía a indemnizar el diferencial del IPC al objeto de que la indemnización esté convenientemente actualizada” y señala que “la valoración realizada por la reclamante en el 2003 se ajustaba a la legislación vigente en el año 1996, si bien incrementando las cuantías previstas para el año 1995, en el IPC al no existir, según ella, en ese momento baremo actualizado para el año 1996”. Entiende “que es asumible y aceptable la aplicación de la normativa de accidentes de circulación en cuanto a los daños y su valoración”, que “las indemnizaciones marcadas en las tablas de la ley reseñada (...) comprenden ya los daños morales” y que “las indemnizaciones pretendidas en la reclamación formulada el 4 de marzo de 2003 son proporcionadas y razonables, si bien han de efectuarse las siguientes correcciones: (...). No deben incorporarse criterios para fijación de los daños o su valoración no contenidos en la normativa aplicable a la fecha del siniestro (...). A pesar del error de la reclamante, deben considerarse para valorar 546 días y no 515. También ha de tenerse en cuenta que en el año del accidente (1996) solo se diferenciaba entre días hospitalarios y no hospitalarios, por lo que se consideran 21 hospitalarios y 525 no hospitalarios. La reclamación es acorde con esta diferenciación (...). Como secuelas han de considerarse las contempladas en la pericial realizada a instancia del Ayuntamiento, al tratarse de un perito independiente de la reclamante y de la Administración, y además contenerse en su informe (...) criterios fundamentados que no aporta el perito de la reclamante. Por ello, frente a los 19 puntos reclamados, se estiman los 17 establecidos en el informe pericial emitido el cinco de mayo de 2003 (...). Deben resarcirse los 606,90 €

correspondientes a gastos producidos con posterioridad al año 2003, en concreto en el año 2010, y que se estiman necesarios para realizar esta reclamación". Adjunta una tabla en la que especifica como días de baja 546, de ellos 21 hospitalarios, a 42,07 € -su valor en 1995-, y 525 a 18,03 € -valor en 1995-, que suman un total de 11.244,12 € y como lesiones permanentes 17 puntos, a 756,90 € el punto en 1995 -menor de 20 años-, alcanza un total de 12.867 €, y actualiza la indemnización aplicando el incremento del IPC desde octubre de 1996 al último disponible en el momento de la valoración, resultando un aumento del 48,9%, resultando una indemnización actualizada de 35.901,50 €, a lo que añade los gastos médicos por importe de 606,90 €, por lo que asciende finalmente a 36.508,4 €.

22. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de junio de 2011, registrado de entrada el día 4 de julio de 2011, 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 Carreño 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 Carreño, 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.- Atendiendo 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), está la menor perjudicada activamente legitimada 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 facultado para actuar en su representación el reclamante, padre de aquella (a tenor de la fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente), según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos. Además, llegada su mayoría de edad, la interesada ratificó la reclamación presentada por su padre.

Ahora bien, la reclamación comprende también los daños morales de los progenitores y los gastos por ellos realizados, y se formula por el reclamante a título de miembro de la sociedad de gananciales constituida por ambos y en beneficio de la misma. Dado que los gastos se efectuaron durante el matrimonio, y que no consta el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, debemos entender que el interesado está legitimado para reclamar los gastos comunes en virtud del artículo 1385 del Código Civil. Sin embargo, los daños morales son daños personalísimos, y por ende, según el artículo 1346.5º del mismo, privativos, por lo que está legitimado para reclamar los suyos, pero no los de su esposa. En consecuencia, la reclamación de daños morales de la madre debe ser desestimada.

El Ayuntamiento de Carreño 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 11 de diciembre de 1996, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 30 de octubre del mismo año, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado. No concurre circunstancia que nos permita apreciar la prescripción de la reclamación del daño moral, como estima la propuesta de resolución, pues en el escrito de 5 de febrero de 2003 ya constaba una referencia a los perjuicios morales a familiares, señalando trastornos, preocupación y dedicación, y las facturas de 1997 obraban en el expediente desde ese mismo año, por lo que tampoco procede apreciar la prescripción de su reclamación.

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.

La reclamación entró en el registro municipal el día 12 de diciembre de 1996 y en esta fecha estaba vigente la redacción original de la LRJPAC, aproximadamente durante el procedimiento la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica. Según su disposición transitoria segunda, "A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

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.

Nos encontramos con un procedimiento en el que ni la reclamación ni la instrucción nos permiten verificar las circunstancias en que se produjeron las lesiones por las que aquella se formula. Es más, el reclamante parecía desconocer incluso el lugar en el que se habían producido los hechos y la jardinera que había caído, según se deduce de su denuncia ante la Policía Local, en la que interesaba conocer dichos extremos.

En el relato de hechos que se contienen en el escrito inicial se refiere la caída de una jardinera sobre tres niños, pero no se trata de una jardinera suspendida, sino que la misma está en el suelo, en un desnivel de una plazoleta. En las actuaciones policiales, uno de los testigos mencionó que la jardinera había caído sobre los niños y que uno de los agentes empujó otra de las jardineras existente en el mismo lugar para comprobar que se podía mover; el informe del Aparejador -emitido el día 14 de febrero de 1997- señala que la jardinera había "sido derribada, aunando los esfuerzos, al parecer, de tres niños". Ningún acto de instrucción más se practicó para averiguar la forma en que se había producido la caída de la jardinera sobre los niños, pues se negó la prueba testifical, al considerar que el hecho había quedado acreditado.

Por su parte, en la propuesta de resolución se afirma que los niños se colgaron de las jardineras, sin que este relato del modo en que se produjo el accidente responda a lo instruido, por lo que procedería dar cuenta de la forma en que se llegó al conocimiento de tal circunstancia, lo que no se ha hecho en este caso. Sin embargo, no procede la petición de ninguna aclaración, pues la forma en que la propuesta estima se ha producido el percance es la única que responde de manera lógica a la configuración del lugar y a la ubicación de la jardinera.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. La duración del procedimiento en el presente supuesto es excepcional: entre su inicio y la solicitud de dictamen -datada el 24 de junio de 2011- han transcurrido más de catorce años. La reclamación se presentó antes de la estabilización de las lesiones, lo cual no constituye obstáculo para la resolución del procedimiento en relación con los daños que ya constaban -días de hospitalización- o se comunicaron inmediatamente -gastos médicos-, pudiendo el interesado formular una nueva reclamación por el resto de los días de incapacidad y las secuelas dentro del plazo de un año desde la estabilización de estas. En el año 2003, manifestó

secuelas y evaluó económicamente algunos daños, por lo que en ese momento podía haberse resuelto el procedimiento, lo que no se hizo. No pueden esgrimirse como motivo justificativo de la paralización unas eventuales negociaciones entre el reclamante y la aseguradora al margen del procedimiento.

Según establece el artículo 43 de la LRJPAC -relativo a los actos presuntos- en su redacción original, “El vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de resolver, pero deberán abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44”. En este caso, no se emitió certificación de acto presunto, por lo que no concurre ningún obstáculo para la resolución del procedimiento.

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, la redacción original del artículo 141 de la ley citada disponía 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”.

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 análisis una reclamación en relación con las lesiones sufridas por una menor en una plazoleta pública tras haberle caído encima una jardinera.

De la documentación obrante en el expediente resulta la realidad del percance, ocurrido el día 30 de octubre de 1996, así como que tras el mismo un hospital público diagnosticó a la menor fractura subtrocantérea de fémur izquierdo, por la que hubo de sufrir una intervención quirúrgica, 21 días de estancia hospitalaria, un periodo de inmovilización del miembro y rehabilitación. No consta el reingreso hospitalario a que se alude en el último escrito presentado.

También debemos considerar probadas las secuelas de cicatriz y disimetría, referidas en los informes del servicio hospitalario en el que la

perjudicada fue atendida hasta 2009. No así la secuela de *coxa valga*, pues únicamente consta en el último informe pericial privado relativo a la valoración del daño.

En cuanto al daño moral, ya hemos declarado la falta de legitimación del reclamante para accionar en nombre de su esposa por este concepto. Por lo que se refiere al daño moral propio del progenitor, constando el grave accidente sufrido por su hija, debemos presumir que, como padre, le habrá supuesto preocupaciones y dedicación más allá de lo que la crianza de un niño de esa edad requería; perjuicio que evaluaremos más adelante.

De los gastos que se reclaman, constan pagados honorarios profesionales a un especialista en Traumatología y la realización de una radiografía en el año 1997, así como la factura de una clínica privada, del día 4 de mayo de 2010, por el servicio de radiodiagnóstico y los honorarios de una reumatóloga, por importe de 156,90 €.

Ahora bien, 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 que los perjuicios alegados sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento de un servicio público.

La reclamación se fundamenta en un accidente ocurrido el día 30 de octubre de 1996 en una plazoleta pública, al caer una jardinera sobre la menor y causarle lesiones, hecho que aparece acreditado en el expediente. También consta que la menor, junto con otros dos niños, se había colgado de la jardinera.

Se formula en el expediente propuesta de resolución que aprecia la existencia de relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios municipales, apoyándose en varios razonamientos. Consideramos, ciertamente, que el Ayuntamiento había creado una situación de riesgo de caída de la jardinera al colocarla al borde de un desnivel, sin una completa sujeción. La jardinera fue utilizada como elemento de juego por tres niños, sin que sus madres lo impidieran. No podemos estar de acuerdo con la propuesta de resolución en el sentido de considerar que las madres no

infringieron su deber de vigilar a los menores, pues se trataba de niños de 3 años -al menos en el caso de la lesionada- que no tienen aún conciencia del peligro. Sin embargo, ello no alcanza a considerar en el presente caso que esta omisión del deber de vigilancia rompa el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público. En efecto, el riesgo de que la jardinera -de casi 100 kg de peso- pudiera caer sobre los niños no era un riesgo evidente, por lo que la presencia de la madre al lado de la menor no habría impedido que el accidente se produjese.

SÉPTIMA.- Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, procede que analicemos ahora la cuantía de la indemnización solicitada, en concepto de días de baja, secuelas, daños morales de la lesionada, así como daños morales del padre y gastos.

Constan en el expediente dos valoraciones distintas de algunos de esos daños. La propuesta de resolución estima el daño en 21 días de estancia hospitalaria y 525 días impeditivos, sin distinguir entre los impeditivos y los no impeditivos, pues esta diferenciación es posterior. Aprecia las secuelas de cicatriz de 15 cm considerando la valoración de 11 puntos que le asignó el informe pericial pedido por el propio Ayuntamiento en 2003, que aplicaba varios criterios, y la de disimetría de 1,5 cm, tasada en los informes de 2003 en 6 puntos. Entendemos esta valoración acertada, pues la distinta puntuación de las secuelas en 2011 por parte de los interesados carece de justificación o se debe a cambios legislativos posteriores al daño.

También estimamos correcta la valoración económica de los mismos que realiza la propuesta; por lo que se refiere a los días de incapacidad, es conforme con la doctrina recogida en anteriores dictámenes, según la cual este concepto no resulta indemnizable con carácter general en los menores, salvo que se acredite un perjuicio académico significativo, lo que no se produjo en este caso. Otra cosa es que la gravedad de las lesiones, el internamiento hospitalario y el posterior periodo de convalecencia y terapia rehabilitadora hayan causado un

especial sufrimiento a la niña que merece algún género de resarcimiento en concepto de *pretium doloris*, cuyo cálculo puede hacerse tomando como referencia el número de días de hospitalización, la posterior recuperación y el tratamiento rehabilitador.

La aplicación del baremo de indemnizaciones establecido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, también es conforme con la doctrina de este Consejo relativa a su carácter orientativo.

Ahora bien, debemos señalar que la indemnización que se reconoce a las secuelas no se ajusta a las reglas de utilización del mismo, según las cuales “El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes”. En este caso, se ha sumado la puntuación correspondiente a las secuelas fisiológicas y estéticas, hallando su valoración conjunta.

Según la redacción original del artículo 141.3 de la LRJPAC, cuya aplicación al caso ya se ha justificado, “La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria”, por lo que no procede aplicación del IPC.

Por lo que se refiere a los daños morales del padre de la menor, la propuesta de resolución no analiza la valoración de los reclamados -50.000,00 € para la sociedad de gananciales- al apreciar su prescripción, que ya hemos descartado. Habida cuenta de la falta de justificación de dicha cantidad y de que el propio interesado reconocía en su escrito de 5 de febrero de 2003 el mayor desvelo, preocupación y dedicación de su esposa, entendemos que los sufridos por él deben ser valorados en mil euros (1.000 €).

En cuanto a los gastos, estimamos procedente el abono de los honorarios profesionales y de la prueba radiológica del año 1997, que ascienden a 246,41 €. No así la factura correspondiente al informe pericial relativo a una nueva

valoración de los daños, datado el 14 de mayo de 2010, pues se trata de una prueba aportada voluntariamente a la reclamación por los interesados, y que no se debe al funcionamiento del servicio público.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Carreño y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a, en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CARREÑO.