

Expediente Núm. 282/2014  
Dictamen Núm. 287/2014

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2014, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 28 de octubre de 2014 -registrada de entrada el día 21 de noviembre de 2014-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por ....., por las lesiones sufridas tras una caída en un parque público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 14 de abril de 2014, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos el día 24 de junio de 2013, tras una caída en un parque público.

Expone que, “sobre las 19:30 horas”, se encontraba en el mismo “cuidando” de sus dos hijos, que “estaban jugando” en una zona “encharcada” debido -según supo “posteriormente”- a que “en dicho parque habían estado

segundo y cortaron una tubería que alimentaba la fuente de agua". Al acercarse a los niños "para sacarlos de allí" resbaló "con el agua y el barro que se había formado", y a causa de ello sufrió "una fractura de tobillo derecho".

Manifiesta que "instantes después del accidente se llamó al 112, que envió al SAMU", que, a su vez, pidió "una UVI móvil", siendo trasladado a un centro hospitalario en el que fue intervenido al día siguiente.

Le consta "que hubo quejas de diferentes padres en el Ayuntamiento, y (que) al día siguiente se precintó la zona y se cortó el agua de la fuente para arreglar la avería".

Precisa que la citada fractura requirió 177 días para su curación, "de los cuales 8 fueron hospitalarios y 169 (...) impeditivos, además de las secuelas funcionales, valoradas en 11 puntos (...), y un perjuicio estético valorado en 4 puntos", todo ello, según señala, "de acuerdo con el baremo de valoración de lesiones y secuelas en accidentes de circulación", y cuantifica los daños sufridos en un importe total de veintiséis mil cuatrocientos noventa y ocho euros con un céntimo (26.498,01 €).

Adjunta diversa documentación entre la que se encuentran informes médicos y 22 fotografías de la zona en la que tuvo lugar el percance, aclarando que varias de ellas fueron tomadas al día siguiente de aquel, pudiendo advertirse el precinto de la zona.

**2.** Mediante oficio de 23 de abril de 2014, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Gijón comunica al reclamante que en su escrito se observa "la omisión de los medios de prueba pretendidos en el último párrafo" del mismo, indicándole que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, "se deberán concretar los medios de prueba de que pretenda valerse el reclamante". Asimismo, se le advierte que "la mala calidad" de las fotografías aportadas impide su correcta visualización, por lo que, "para que sean

admisibles, deberá aportar las (...) originales o, en su caso, copias en color siempre que tengan la nitidez suficiente”.

Le concede un plazo de diez días para cumplimentar el referido trámite, informándole que transcurrido el mismo sin que se completen los daños señalados “se dictará resolución expresa en la que se le podrá tener por desistido de su petición”.

**3.** En respuesta a dicho requerimiento, el interesado presenta, el 9 de mayo de 2014, un escrito en el que señala “dos testigos” de los hechos, cuya declaración aporta en sendos escritos firmados por ellos, y adjunta los originales de las fotografías.

Ambos afirman que, “encontrándome el día 24 de junio de 2013, alrededor de las 19:00 horas, en el parque vi caer a un chico en el prado que estaba mojado”, y que ese mismo día “vi caer en el césped del parque a un chico que comenzó a gritar de dolor sin poder levantarse”, respectivamente.

**4.** Mediante oficio de 19 de mayo de 2014, una Letrada de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Gijón solicita un informe al Servicio de Parques y Jardines sobre “cuantos extremos puedan resultar relevantes”, señalando expresamente varios de ellos.

**5.** Con fecha 28 de mayo de 2014, el Jefe del Servicio de Parques y Jardines señala que, “según la información y documentación obrante en esta oficina, durante el pasado mes de junio en el denominado parque ..... (...) se localizaron varias averías en la red de abastecimiento de agua del parque./ Según se observa en las fotografías adjuntas, las averías se encuentran localizadas y señalizadas en el interior de las praderas, y no en el entorno de la fuente, la cual se encuentra ubicada en una de las plataformas de hormigón próximas al área de juegos infantiles./ Estas averías fueron detectadas por los propios operarios mientras realizaban las labores de mantenimiento, y de

manera inmediata se procedió a la señalización y búsqueda concreta del punto de rotura de la red de agua./ Las averías fueron reparadas por los equipos de fontanería de Emulsa, empresa municipal responsable de las labores de mantenimiento de los jardines de la ciudad. Esta empresa, con medios propios procede periódicamente al control y subsanación de las incidencias y/o deficiencias que se detecten en los espacios objeto de su gestión. Se suma a estos medios los vigilantes de que dispone el Servicio de Parques y Jardines del Ayuntamiento./ No constan avisos relativos a encharcamientos y/o averías en el parque (...) en los días previos a la caída”.

**6.** El día 3 de junio de 2014, la Letrada de la Asesoría Jurídica solicita al Servicio de Parques y Jardines un “informe complementario al emitido en fecha 28 de mayo de 2014, en el que se indique si consta efectivamente cuándo fue señalizada la zona por los operarios que realizan el mantenimiento y el concreto estado del césped previamente a su señalización (según declaraciones de una de los testigos el prado estaba mojado) en el lugar (...) que se identifica en las fotografías como aquél en el que se produce la caída el día 24 de junio de 2013, sobre las 19:30 horas”.

Mediante escrito de 25 de junio de 2014, el Jefe del Servicio de Parques y Jardines afirma que “efectivamente la zona señalizada se encontraba húmeda, síntoma de la presencia de una avería en la instalación de riego”; que “la señalización y cierre de la zona se realiza posteriormente a su localización para realizar las reparaciones oportunas”, y que “no se puede confirmar que estas zonas acotadas coincidan con la zona en la que se produce la caída, si bien es cierto que cabe esa posibilidad”. Acompaña un croquis y una fotografía aérea del parque.

**7.** En fecha no consignada, la Instructora del procedimiento extiende una diligencia en la que señala que, a los efectos previstos en el artículo 9 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, “procede admitir la prueba

documental propuesta y continuar la tramitación (...), poniendo de manifiesto el expediente en trámite de audiencia”.

El día 10 de septiembre de 2014, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Gijón comunica al reclamante la admisión de la prueba documental y la apertura del trámite de audiencia, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 18 de septiembre de 2014, comparece el interesado en las dependencias administrativas y, tras examinar el expediente, precisa que “el lugar de la caída se identifica con el señalado en la fotografía obrante al folio 36”.

**8.** El día 28 de octubre de 2014, una Letrada de la Asesoría Jurídica formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Afirma que, “a la vista de las fotografías, de los informes emitidos y de los planos que figuran en el expediente”, se puede deducir que “la caída (...) tiene lugar en zona de pradera que no constituye zona de paso o tránsito, para lo cual existen caminos diseñados a tal efecto, y tampoco está en el entorno de la fuente que está ubicada en la plataforma de hormigón próxima al área de juegos infantiles”, siendo la “zona húmeda (...) apreciable a simple vista”. Añade que “los testimonios aportados solamente indican que tuvo lugar una caída en la zona de césped, indicando uno de ellos que estaba mojado”, y destaca que “la Administración adoptó de manera inmediata las medidas oportunas para subsanar la avería en evitación de riesgo, siendo inevitable que se produzca algún tipo de avería, aun cuando la zona sea vigilada tanto por el personal de Emulsa (...) como por los propios vigilantes de Parques y Jardines”.

Considera que “cabe atribuir la caída y el resultado lesivo al propio reclamante, que no prestó la suficiente atención al abandonar las zonas de paso para atravesar zona de césped, que de modo natural puede presentar (...) humedad o barro”, y, por tanto, entiende que “no concurren los requisitos de imputabilidad y relación de causalidad”.

Por último, señala que “ha quedado igualmente reseñado que el mantenimiento de los parques y jardines se encuentra encomendado a la Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano S. A. (Emulsa)”, entidad que cuenta “con personalidad jurídica propia e independiente como gestor de los servicios de mantenimiento de parques y jardines distinta del Ayuntamiento” y cuya naturaleza es la de una “sociedad privada municipal, una sociedad anónima (...), por lo que la reclamación no estaría sujeta al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ni a la jurisdicción contencioso-administrativa”, subrayando que “no consta que la reclamación se haya dirigido a la citada empresa”.

**9.** En este estado de tramitación, mediante oficio de 28 de octubre de 2014, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón objeto del expediente núm. ...., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** 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 el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 14 de abril de 2014, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 24 de junio de 2013, por lo que 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 con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades no invalidantes en la tramitación del procedimiento (falta de

unidad orgánica en la instrucción del expediente; incumplimiento de la obligación de comunicar al 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) ya puestas de manifiesto de modo reiterado en dictámenes anteriores y que damos por reproducidas.

Asimismo, apreciamos una aparente confusión entre los trámites de subsanación y de mejora de la solicitud de inicio del procedimiento, y por ello de las consecuencias de la falta de atención a tales requerimientos. El artículo 71 de la LRJPAC, tras establecer que si la solicitud de iniciación de un procedimiento no reúne los requisitos legalmente exigibles deberá requerirse al interesado para que proceda a su subsanación -con advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición-, recoge en el apartado 3 que el órgano competente podrá recabar la modificación o mejora "voluntarias" de los términos de la solicitud; trámite al que no cabe anudar una decisión declarando el desistimiento de quien no proceda a la indicada mejora y el consecuente archivo de actuaciones. Cuando la solicitud de inicio no reúna los requisitos legales para su tramitación cabrá apreciar el desistimiento de quien no atienda el requerimiento en el plazo otorgado al efecto con la oportuna advertencia, pero cuando reúna los requisitos que permiten su tramitación y un pronunciamiento sobre el fondo, deberá practicarse la instrucción del procedimiento y proceder a su resolución, sin perjuicio de que esta deba ser desestimatoria de la solicitud si adolece de defectos u omisiones y no ha sido voluntariamente mejorada.

Por otra parte, observamos que la propuesta de resolución asume el contenido de las declaraciones testificales, pese a que estas obran únicamente por escrito, sin que se haya citado a los testigos identificados para la práctica de la prueba testifical. Respecto a tal forma de proceder, debemos recordar que este Consejo ha tenido ocasión de manifestar (por todos, Dictamen Núm.



277/2013) que “la propia naturaleza de la prueba testifical requiere, para tener la fuerza probatoria que le es inherente, inmediación con el órgano instructor, de tal forma que le permita formar su convicción sobre lo sucedido en el caso concreto y asegurar el principio fundamental de contradicción, como reiteradamente viene señalando el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 15 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)”. En el asunto analizado llamamos la atención de la autoridad consultante, puesto que es el propio Ayuntamiento quien se abstiene de traer al procedimiento a los firmantes de los escritos en calidad de testigos, garantizando así los principios de oralidad e inmediación en la práctica de dicha prueba, y que, además, habida cuenta la facultad del órgano instructor para formular sus propias preguntas durante la comparecencia, habría permitido aclarar otros extremos que se revelan dudosos durante la tramitación -en particular, el punto exacto de la caída-.

No obstante, como hemos señalado, la Administración no cuestiona la veracidad de las declaraciones de los testigos -que se limitan a relatar que vieron caer al reclamante y que el césped estaba mojado-, y nada objeta el perjudicado al respecto (siendo él mismo quien aporta los correspondientes escritos). Por tanto, en aplicación del principio de eficacia constitucionalmente reconocido, y considerando que la irregularidad constatada no se ha traducido en indefensión alguna para el interesado, no juzgamos necesaria la retroacción de las actuaciones, pues existen en el expediente elementos de juicio suficientes para que este órgano pueda emitir su parecer sobre el fondo del asunto, y cabe suponer razonablemente que, de subsanarse la citada incorrección, la propuesta de resolución no variaría.

No obstante, advertimos que, pese a que durante la instrucción del procedimiento se constata que el servicio de mantenimiento de parques, jardines y zonas verdes urbanas es competencia de la sociedad mercantil de titularidad municipal Emulsa (incluyéndose en la misma, en este supuesto -y según se especifica-, la reparación de las averías en la red de abastecimiento

de agua, y sin perjuicio de la colaboración, en su vigilancia, del Servicio de Parques y Jardines), no se da traslado a dicha empresa de la reclamación. Aun así, la propuesta de resolución se refiere a ella como eventual responsable, llegando a afirmarse expresamente que la condición de "sociedad privada municipal" de Emulsa -que se encuentra "participada en la totalidad de su capital social por el Ayuntamiento"- determina "que la reclamación" instada ante este último "no estaría sujeta al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ni a la jurisdicción contencioso-administrativa".

Tales manifestaciones han de ser rechazadas, pues, presentada la correspondiente solicitud ante el Ayuntamiento, la determinación de la posible responsabilidad patrimonial debe realizarse a través del correspondiente procedimiento administrativo, resultando necesario que en el mismo se dé traslado de la reclamación a la citada sociedad. Ello permitirá, igualmente, la aclaración de determinados extremos que durante la instrucción del procedimiento se revelan dudosos -la existencia de una avería en el lugar, encharcado pero no señalado, que el interesado identifica expresamente como el de la caída-, pese a la emisión de un informe "complementario" por el Servicio de Parques y Jardines.

En consecuencia, atendiendo a la competencia incluida en el objeto social de los Estatutos de Emulsa -que le atribuye "el mantenimiento y conservación de los parques, jardines y zonas verdes urbanas, siempre que el Ayuntamiento así lo establezca", supuesto este último aquí concurrente, según se infiere del expediente-, debe retrotraerse el procedimiento a fin de dar traslado del mismo a la citada empresa, solicitándole igualmente la emisión de un informe sobre los hechos acaecidos. Cumplimentado lo anterior, deberá efectuarse un nuevo trámite de audiencia, incorporando al expediente las alegaciones que pudieran formularse, y una nueva propuesta de resolución con carácter previo a la remisión de aquel a este Consejo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada; que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de comunicar las actuaciones a la empresa municipal competente en los términos que hemos dejado expuestos en el cuerpo de este dictamen y, otorgado un nuevo trámite de audiencia y formulada nueva propuesta de resolución, habrá de recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

Fdo.: José Manuel García Gallo

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.