

Expediente Núm. 245/2018
Dictamen Núm. 66/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 24 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 26 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños sufridos en la actividad de patinaje de un centro escolar.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 20 de marzo de 2018, la interesada, en nombre y representación de su hija menor de edad, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Ayuntamiento de Gijón- por los daños ocasionados como consecuencia de una caída durante la realización de una actividad de patinaje.

Expone que el día 22 de marzo de 2017 su hija, inscrita en una actividad de patinaje que realizaba el Ayuntamiento de Gijón en el Colegio Público, se encontraba, "hacia las 17:20 horas (...), en la pista de patinaje (...) con los demás niños calentando con los patines y el equipo completo, casco y protectores", cuando tuvo "un accidente patinando", y precisa que a causa del mismo padeció un traumatismo dental. Aporta diversos informes de una clínica en los que se recoge que la menor sufrió "movilidad" de varios dientes, "fractura coronal con posible afectación pulpar en 1.1" y "avulsión de 2.1", detallándose el tratamiento que se le dispensó.

Sostiene que la reclamación "tiene por finalidad (...) interesar la reparación de las consecuencias de una actuación negligente *in dirigiendo* (e) *in vigilando* de un servicio público", pues se originó "como consecuencia de la falta de actuación de monitores, vigilantes, etc."

Solicita una indemnización de diez mil cuatrocientos setenta y cinco euros (10.475 €), de los cuales 9.210 € corresponderían al tiempo de curación que precisó la perjudicada (307 días, que califica como "perjuicio personal básico") y 1.495 € al coste del tratamiento dental, si bien detrae de dicha cantidad los 230 € que manifiesta le abonó la compañía aseguradora del Patronato Deportivo Municipal.

Señala que de estos hechos fueron testigos "todos los padres y niños del cursillo, llegando posteriormente la monitora de la clase, por lo que no vio el accidente", e interesa que se expida "la lista de los inscritos al curso de patinaje".

Adjunta a su escrito copia de sus documentos nacionales de identidad, del Libro de Familia, de la hoja de inscripción en la actividad, de informes médicos y de las facturas de la asistencia sanitaria dispensada a la menor.

2. Obra incorporado al expediente un informe del Director del Patronato Deportivo Municipal de Gijón, de fecha 10 de abril de 2018, en el que señala que la compañía de seguros de la Administración autonómica fue la

que "asumió la totalidad de los gastos médicos presentados por los padres" -230 €-, por lo que la afirmación de que la compañía de seguros del Ayuntamiento de Gijón intervino en este siniestro es "inexacta", toda vez que no ha efectuado ningún abono.

Expone que en la normativa reguladora de estas competiciones escolares se "establece que el régimen de asistencia sanitaria se presta con carácter general a través del Servicio de Salud del Principado de Asturias, si bien para casos de accidentes bucales como el presente la Dirección General de Deporte tiene suscrita una póliza de accidentes". No comparte la pretensión planteada por la reclamante, ya que "esta modalidad deportiva de patinaje de velocidad se considera como de riesgo y es asumido de forma libre y voluntaria por los participantes, sin que exista obligación legal por parte de esta Administración de cubrir los riesgos inherentes a la misma". Concluye que el accidente fue "impredecible y fortuito".

De otro lado, no considera "oportuno" entregar el listado de participantes en la actividad, "al tratarse de datos de menores de edad y no disponer de las autorizaciones necesarias".

Adjunta una copia del informe de la monitora de patinaje, de 10 de abril de 2017, y un extracto de la normativa reguladora del funcionamiento de las instalaciones deportivas del Patronato Deportivo Municipal de Gijón y de la Resolución de 21 de agosto de 2017, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se convocan los Juegos Deportivos del Principado de Asturias para el curso 2017/2018 y se aprueba el programa que regula el desarrollo de la competición.

3. Habiéndose comunicado a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, el 17 de mayo de 2018 comparece en el Servicio de Patrimonio una persona que dice actuar en su nombre y representación -aporta declaración responsable de representación para colegios profesionales al amparo de lo

dispuesto en el artículo 5.7 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre- para tomar vista del expediente y obtener copias del mismo.

Con fecha 21 de mayo de 2018, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que reitera lo ya expuesto en su reclamación inicial. No obstante, indica que “se remita esta reclamación” a la Consejería competente si el Ayuntamiento entiende que quien debe abonar las facturas es la entidad aseguradora de la Administración autonómica.

4. El día 17 de julio de 2018, la interesada presenta un escrito en una oficina de correos en el que indica que, revisado el informe del Patronato, así como el de la monitora, considera que hubo “un malentendido” por parte de esta última, que estimó que el accidente fue el 11 de marzo de 2017, por lo que ofrece “la devolución de los 230 euros”, ratificándose en su reclamación inicial.

5. Con fecha 6 de septiembre de 2018, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos, con el visto bueno de la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos, elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona, en primer lugar, que “la reclamante afirma que el accidente se produjo a las 17:20 horas cuando la menor se encontraba patinando con los demás niños y la monitora aún no había llegado. En el resguardo de inscripción facilitado por la propia reclamante figura el horario de la actividad: de 17:30 horas a 19:00 horas. Por lo tanto, el accidente no se produjo durante la actividad de patinaje, sino con anterioridad a que la misma diese comienzo, estando en ese momento al cuidado de los mayores que les acompañaban”.

En segundo lugar, denuncia la vaguedad con la que se imputa “una actuación negligente *in dirigiendo* (e) *in vigilando* de un servicio público”, puesto que “no se especifica en qué consistió esa actuación, siendo así que el hecho de que se produzca una caída durante la actividad no implica, por sí mismo, que haya habido una actuación negligente por parte de la monitora de la actividad”.

Finalmente, recoge lo informado por el Director del Patronato Deportivo Municipal, según el cual “el patinaje de velocidad es una modalidad deportiva de riesgo que es asumida voluntariamente por los participantes”.

Por todo lo anterior, no se aprecia la existencia de nexo causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de septiembre de 2018, 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 los enlaces correspondientes para la consulta del expediente electrónico.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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 facultada para actuar en su representación la interesada, madre de la misma (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.

En el supuesto sometido a consulta, la caída de la menor se produce unos minutos antes de la actividad deportiva en la que se encontraba inscrita y que forma parte de las organizadas por el Patronato Deportivo Municipal del Ayuntamiento de Gijón en el marco del programa de "Escuelas Deportivas" 2016/2017, que se imparten en los diferentes centros escolares de la ciudad. Por tanto, 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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 20 de marzo de 2018, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la caída- el día 22 de marzo de 2017, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

Sin embargo, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa, tal y como exige el artículo 21.4 de la LPAC.

Asimismo, se repara en que la interesada afirma que de la caída fueron testigos “los padres y niños del cursillo”, solicitando a estos efectos la lista de inscritos en la actividad, de lo que se puede colegir su intención de proponer la declaración de aquellos como prueba testifical. Sin embargo, el Director del Patronato considera que no procede atender la petición de la reclamante dado que la normativa en materia de protección de datos no permite la cesión a terceros de los de carácter personal -especialmente cuando los afectados son menores de edad-; postura que comparte este Consejo. Comunicada dicha decisión a la interesada, esta no reitera la proposición de prueba, por lo que no se aprecia indefensión.

Por último, se advierte que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". 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 34 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 LRRL), 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.- La reclamante interesa una indemnización por las lesiones padecidas por su hija tras sufrir una caída durante la realización de una actividad de patinaje.

La realidad del daño físico alegado ha quedado acreditada mediante los informes médicos aportados, en los que se constata que la accidentada sufrió un traumatismo dental con fractura de un diente y avulsión de otro, precisando reimplante del diente avulsionado en el alveolo, protección pulpar en el fracturado y ferulización con alambre de ortodoncia, sin descartar la necesidad de implantes en el futuro.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo e individualizado acaecido con ocasión de la prestación de un servicio público no puede significar automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si en el hecho dañoso se dan las circunstancias que permitan reconocer a la perjudicada su derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, hemos de determinar si el daño es consecuencia o no del funcionamiento de algún servicio público.

A tales efectos, hay que tener presente que el artículo 25.2 de la LRBRL señala que el municipio “ejercerá en todo caso como competencias propias (...) en las siguientes materias: l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre”. En desarrollo de esta competencia, el Patronato Deportivo Municipal de Gijón desarrolla un conjunto de acciones (planes y actividades) en colaboración con entidades del municipio, en este caso los centros de enseñanza, cumpliendo así el objetivo de “Relación y cooperación

con todas las entidades existentes en el municipio con el fin de potenciar el desarrollo del área deportiva”, recogido en sus Estatutos -artículo 4.e)-.

Al respecto, este Consejo Consultivo ya reconoció en el Dictamen Núm. 272/2016, dirigido a la misma autoridad consultante, “la existencia de un deber genérico de la Administración de ofrecer los servicios relacionados con la práctica deportiva en condiciones tales que quede debidamente garantizada la seguridad de quienes los utilizan, ya sea como usuarios o como meros espectadores. Pero el funcionamiento normal del servicio público no consiste en la garantía absoluta de que ningún accidente o percance pueda producirse, sino en poner los medios adecuados y la diligencia necesaria para que pueda entenderse cumplido el estándar de seguridad de dicho servicio. Por tanto, que acaezca un daño con ocasión del funcionamiento del servicio público, y que en nuestro ordenamiento la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva, no exime al reclamante de la carga de demostrar la existencia de un nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público así concebido”.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, en especial los que resultan imprescindibles para apreciar la relación de causalidad, cuya existencia es inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

En el presente caso, aunque el hecho de la caída resulta suficientemente acreditado, no lo está la causa que la motiva ni las circunstancias en las que se produce. Según la reclamante, el percance se produjo “como consecuencia de la falta de actuación de monitores, vigilantes, etc.”, imputando a la Administración municipal “una actuación negligente *in dirigendo* (e) *in vigilando* de un servicio público”. Sin embargo, no aporta ninguna prueba de esta afirmación; es más, de su propio relato de los hechos se infiere que el accidente tuvo lugar antes del inicio de la actividad. Así, manifiesta en su reclamación que el percance se produjo “hacia las 17:20 horas (...) en la pista

de patinaje”, mientras que en el resguardo de inscripción que ella misma presenta figura que este deporte se desarrolla entre las 17:30 horas y las 19:00 horas. Por tanto, dado que el suceso acaeció fuera del tramo horario de la actividad, coincidimos con la propuesta de resolución cuando sostiene que en ese momento la niña se encontraba “al cuidado de los mayores que les acompañaban”, lo que impide imputar ninguna responsabilidad a la monitora, ni por ende a la Administración local. La propia reclamante señala que de los hechos acaecidos fueron testigos “todos los padres y niños del cursillo, llegando posteriormente la monitora de la clase, por lo que no vio el accidente”, de modo que ninguna responsabilidad *in vigilando* puede reputarse a quien no presenció la caída.

A mayor abundamiento, aun en la hipótesis de que en ese instante la menor ya estuviese o debiera haber estado bajo la responsabilidad de la monitora, las circunstancias del accidente tampoco resultarían imputables al Ayuntamiento. En este caso, del relato mismo del suceso -ofrecido por la madre y que la Administración no cuestiona- se desprende que la perjudicada se encontraba “con los demás niños calentando con los patines y el equipo completo, casco y protectores”, cuando “sufre un accidente patinando”. Al respecto, debe significarse que el “patinaje de velocidad”, modalidad que practicaba la menor, “se considera como de riesgo y es asumido de forma libre y voluntaria por los participantes, sin que exista obligación legal por parte de esta Administración de cubrir los riesgos inherentes a la misma”, tal y como informa el Director del Patronato Deportivo Municipal. Y aporta un extracto del Reglamento de uso y servicio de las instalaciones deportivas del Patronato cuyo artículo 5.4 dispone que “El hecho de inscribirse en alguna actividad de las promovidas por el PDM no lleva implícita la existencia de un seguro de accidentes deportivos, siendo la propia persona usuaria quien asume los riesgos inherentes a las prácticas deportivas, excepto aquellas posibles responsabilidades achacables a un funcionamiento defectuoso de los servicios deportivos municipales”. En este caso, la propia interesada reconoce que su hija

se encontraba con el equipo completo de protección -casco incluido- mientras estaba "calentando" con los demás niños, sin que existan indicios de que este ejercicio (el calentamiento), que suele realizarse al inicio de la práctica deportiva con el fin precisamente de preparar al organismo para un mejor rendimiento físico y evitar lesiones, suponga un mayor riesgo o peligro que el patinaje en sí mismo. Lo anterior, unido a la falta de prueba sobre una actitud negligente por parte de la monitora, cuya eventual vigilancia seguramente no habría podido evitar el percance, nos conduce a concluir que la caída se produjo de manera fortuita e imprevisible.

Finalmente, debemos recordar que la inscripción y práctica de esta actividad era opcional y que la participación en los Juegos Deportivos era voluntaria, por lo que el daño derivado de la materialización de los riesgos inherentes a la misma debe soportarlos quien infortunadamente los padezca, y no la Administración, que ni creó la situación de riesgo ni podía evitar los efectos de su eventual materialización.

En suma, no hay prueba del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público. La responsabilidad del accidente sufrido no resulta imputable a la Administración, ya que nos encontramos ante una concreción del riesgo general que asume cualquier persona que practica este tipo de actividad deportiva en la que está implícita cierto riesgo. Lo que ha de demandarse del servicio público es la 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 contingencias. De ser así la responsabilidad objetiva de la Administración 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, aunque ocurran en un espacio público o con ocasión del uso de un servicio público, debe soportar el particular como riesgos generales de la vida individual y colectiva.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.