

Expediente Núm. 257/2019
Dictamen Núm. 3/2020

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 9 de enero de 2020, 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 28 de octubre de 2019 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Villaviciosa formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento de su hijo y hermano, respectivamente, en unas instalaciones deportivas municipales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de junio de 2018, los interesados presentan en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Ayuntamiento de Villaviciosa- por los daños derivados del fallecimiento de su hijo y hermano, respectivamente, en la sauna de una piscina municipal.

Exponen que el "miércoles 5 de julio de 2017", a las 16:18 horas, se registró "la entrada" de su familiar "en las instalaciones de la piscina municipal de Villaviciosa" (gestionada por una empresa), y que "su cuerpo sin vida fue encontrado en la sauna a las 7 horas y 20 minutos del día siguiente por la señora de la limpieza".

Señalan que el fallecido "era muy deportista, con una constitución atlética, llevando una vida muy sana y regular con horarios y costumbres fijas", y que había avisado "expresamente al personal del centro deportivo (...) el 3 de junio de 2017 de su condición de diabético" -patología que, según puntualizan "no le impedía el uso de la sauna"- . Afirman que pese a esta circunstancia, a la que añaden que "tenía una discapacidad del 34 % (...), ninguno de los cuatro trabajadores del centro" que esa tarde prestaban sus servicios "realizó un seguimiento ni se interesó" por el usuario, reseñando que, "según parece, sobre las ocho menos cuarto de la tarde una persona entró en la sauna y viendo" a su familiar "como adormecido avisó en recepción diciendo que había alguien en la sauna que no parecía estar bien y simplemente le contestaron: `vale, vale´". Sostienen que a ello hay que sumar que "la comprobación realizada por la trabajadora" al cierre "fue más que deficiente, pues debería haber comprobado personalmente todas las instalaciones, incluidas las saunas, y haberse percatado de que una taquilla seguía ocupada y cerrada y cerciorado fehacientemente si quedaba alguien o no aún dentro".

Subrayan, además, que el hermano del fallecido se personó en la piscina antes del cierre alarmado por su prolongada ausencia y que manifestó a los trabajadores que aquel acudía al centro "todas las tardes, que no había vuelto a casa y que no tenían noticias suyas", y afirman que los empleados no realizaron "la más mínima comprobación", informándole de que "aquí no queda nadie, estamos cerrando". Precisan que ante esta situación continuó la búsqueda y avisó a la Guardia Civil, siendo informado por la mañana de la aparición del cuerpo.

Explican que "la sauna seca (...) se encuentra dentro del vestuario masculino", y que "según parece (...) cuenta con un cartel que tapa la mayor

parte de la ventana de cristal insertada en la puerta de la misma, con lo que se dificulta la visión del interior”.

Transcriben parcialmente las diligencias preliminares instruidas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa, así como el informe de la autopsia, y razonan la existencia de relación de causalidad entre el fallecimiento de su familiar y el funcionamiento del servicio público.

Solicitan una indemnización cuyo importe total asciende a ciento cincuenta mil euros (150.000 €), de los cuales 80.000 € corresponderían a la madre y 30.000 € al hermano “por el fallecimiento propiamente dicho”, añadiendo a estas cantidades 20.000 € para “cada uno de los reclamantes” en concepto de daño moral por “la gestión de la información y atención a la madre y el hermano”.

2. Previo informe suscrito por la Vicesecretaria-Interventora municipal, el Alcalde del Ayuntamiento de Villaviciosa dicta resolución el 16 de abril de 2019 por la que se acuerda “tener por iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial” y designar instructora y secretario del mismo, así como considerar interesada a la empresa contratista, lo que se comunica a los interesados con advertencia del plazo máximo para resolver y los efectos del silencio una vez transcurrido este.

3. Con fecha 6 de junio de 2019, y previa solicitud formulada por el Ayuntamiento, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Villaviciosa le remite una copia del informe médico de la autopsia y del informe pericial relativo al “funcionamiento” de la sauna que obran en las diligencias previas.

4. Con fecha 21 de junio de 2019, el Coordinador de Deportes del Ayuntamiento de Villaviciosa emite un “informe sobre funcionamiento de la sauna” en el que señala que el día del fallecimiento “no se detectó incidencia alguna en el funcionamiento” de la misma.

5. Figura incorporada al expediente a continuación diversa documentación relativa a las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa.

6. Mediante oficio de 6 de agosto de 2019, el Alcalde del Ayuntamiento de Villaviciosa comunica al los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 15 días hábiles.

En la misma fecha, se remite idéntica comunicación a la empresa concesionaria.

7. Con fecha 26 de agosto de 2019, la empresa concesionaria presenta un escrito de alegaciones en el que discrepa de las manifestaciones efectuadas por los reclamantes y señala que el fallecimiento se debió a un “accidente fortuito”.

8. Mediante oficio de 23 de septiembre de 2019, el Alcalde del Ayuntamiento de Villaviciosa traslada una copia del expediente a la compañía aseguradora.

9. El día 26 de septiembre de 2019, los interesados presentan un escrito de alegaciones en el que reiteran las consideraciones expuestas en su reclamación inicial, que refuerzan con apreciaciones derivadas de la documentación incorporada al expediente.

10. Con fecha 22 de octubre de 2019, la Instructora del procedimiento emite informe-propuesta en sentido parcialmente estimatorio, al entender que “queda (...) acreditado en el expediente la insuficiencia de las medidas de vigilancia y seguridad en el uso de las instalaciones, en este caso la sauna, sin que pueda imputarse a fuerza mayor o caso fortuito el daño causado por los motivos expuestos”.

En ella transcribe la cláusula 20 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de gestión de la piscina climatizada e instalaciones anexas, en cuanto que establece la “obligación del concesionario de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros o a la Administración como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato en los términos previstos en la legislación vigente”. Al respecto, señala que “el reconocimiento de la responsabilidad por parte del Ayuntamiento también puede incluir la declaración de responsabilidad por tales daños al contratista por una deficiente ejecución contractual, imponiendo a la misma la obligación de abonar las cantidades indemnizatorias fijadas”, según la jurisprudencia que cita.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de octubre de 2019, 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 Villaviciosa objeto del expediente, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo a través de la Oficina de Registro Virtual (ORVE).

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 Villaviciosa, 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), están los interesados -madre y hermano del fallecido- activamente legitimados 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 Villaviciosa está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación, sin perjuicio de la posibilidad de declarar y repetir la responsabilidad que proceda, en su caso, frente al concesionario del servicio.

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 27 de junio de 2018, habiendo tenido lugar el hecho causante de la misma el día 5 de julio 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.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, observamos que varias comunicaciones se dirigen por duplicado a ambos reclamantes, opción que no respeta lo establecido en el artículo 7 de la LPAC, a tenor del cual, "Cuando en una solicitud, escrito o comunicación figuren varios interesados, las actuaciones a que den lugar se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado, y, en su defecto, con el que figure en primer término".

En segundo lugar, reparamos en que se facilita copia de la documentación obrante en el expediente al letrado cuyo domicilio se indica a efectos de notificaciones, pese a que este no ha sido designado como representante de los interesados, ni ha acreditado por tanto dicha condición. Al respecto, debemos subrayar que el escrito inicial está suscrito por los reclamantes y que en él tan solo se designa el despacho profesional como "domicilio a efectos de notificaciones"; posibilidad prevista expresamente en el artículo 66.1.b) de la LPAC como contenido propio de la solicitud de iniciación ("Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en el que desea que se practique la notificación"). Sobre este extremo, hemos de recordar a la Administración consultante la relevancia de tal circunstancia a fin de evitar la consideración como representante de quien no ha acreditado dicha condición a través de los medios establecidos en el artículo 5.4 de la LPAC (sin que tampoco se le haya formulado requerimiento alguno al efecto). No obstante, dado que el letrado figura como actuante en las diligencias previas instruidas (folio 78), y resultando indudable que, aun sin ostentar la condición legal de representante, dirige las actuaciones frente a la Administración, consideramos que no se han conculcado las garantías legales sobre acceso a datos personales.

Por último, hemos de llamar la atención sobre la paralización del procedimiento, sin justificación aparente, entre junio de 2018 (momento en el que se presenta la reclamación) y abril de 2019 (cuando el Alcalde dicta Resolución en la que se tiene por iniciado el procedimiento y se nombra instructora y secretario del mismo), lo que resulta contrario al principio de eficacia administrativa. Tal dilación, unida al tiempo empleado en la tramitación del mismo, provoca que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se haya 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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; requisitos cuya exigencia constituye “doctrina jurisprudencial reiteradísima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial instada por los familiares -madre y hermano- de

un usuario fallecido durante la utilización de una sauna en unas instalaciones deportivas municipales.

Queda acreditada en el expediente la defunción, por lo que resulta evidente el daño moral que ello supone para los parientes actuantes.

Ahora bien, la mera constatación de un daño acaecido con ocasión del funcionamiento de un servicio público no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que para declararla ha de probarse que existe una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado y que este es consecuencia de aquel.

El pertinente análisis parte de la delimitación del servicio público en el desarrollo del cual se produjo el fallecimiento del perjudicado cuando utilizaba la sauna de una piscina de titularidad municipal, y este no puede ser otro que el ejercicio por parte del Ayuntamiento de Villaviciosa de la competencia que el artículo 25.2.1) de la LRBRL le atribuye en materia de "Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre".

Por otra parte, el espacio en el que ocurre el accidente se ubica en una piscina de uso colectivo de titularidad municipal, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el Decreto 140/2009, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico-Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo, que dispone en su artículo 4.1 que los "titulares de las piscinas de uso colectivo ejecutarán un sistema de autocontrol de las instalaciones, siendo responsables del funcionamiento, mantenimiento, salubridad y seguridad de las piscinas, debiendo velar por el cumplimiento de las normas sanitarias y de seguridad aplicables". De manera más concreta, el artículo 18.1 de esta norma establece que las "piscinas de uso colectivo deben disponer de un servicio de salvamento y socorrismo acuático durante todo el tiempo de funcionamiento (...), de manera que siempre se pueda garantizar la seguridad de los usuarios".

Aunque la citada norma no mencione de forma explícita a las saunas, resulta evidente que la existencia de la misma en las instalaciones municipales hace extensiva a aquellas las obligaciones en materia de seguridad y vigilancia

de su correcto funcionamiento, y en particular la prestación de primeros auxilios en caso de emergencia médica por parte del personal cualificado para ello, al margen de la elemental obligación de aviso a los servicios sanitarios por parte del resto de empleados de las instalaciones. Afirmación que resulta compatible con la responsabilidad individual que incumbe a los usuarios de las instalaciones, incluida la sauna, de acuerdo con las normas de utilización expuestas en la puerta. La citada obligación de supervisión se desprende además de la normativa básica en la materia, constituida por el Real Decreto 742/2013, de 27 de septiembre, por el que se establecen los Criterios Técnico-Sanitarios de las Piscinas,, que define la piscina como “Instalación formada por un vaso o un conjunto de vasos destinados al baño, al uso recreativo, entrenamiento deportivo o terapéutico, así como las construcciones complementarias y servicios necesarios para garantizar su funcionamiento”, y, entre los vasos, el de “hidromasaje: con chorros de aire o de agua”. En la misma línea, el artículo 4.2 establece que, “iniciada la actividad, el funcionamiento de la piscina es una responsabilidad exclusiva del titular que deberá, por tanto, observar y cumplir las exigencias derivadas de esta norma y demás disposiciones vigentes”.

Una vez determinado el servicio público implicado, la primera de las cuestiones a resolver deriva del dato de que el mismo no era prestado de manera directa, por sus propios medios y personal, por la Administración frente a la que se reclama, sino de manera indirecta por un contratista interpuesto; dato que la propuesta de resolución destaca aludiendo a la eventual “declaración de responsabilidad por tales daños al contratista”.

Este Consejo viene considerando desde el inicio de su función consultiva (entre otros, Dictámenes Núm. 80/2006, 210/2016 y 250/2019) que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos

legalmente exigidos, deberá ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama. Ahora bien, por lo que se refiere a esta acción de repetición reparamos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -y tal como se recogía ya en la normativa anterior-, la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, quien ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. Instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en este caso, esta debe no solo dar audiencia al contratista, sino ejercitar la subsiguiente acción de regreso o repetición frente al mismo cuando se aprecie su responsabilidad, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia los interesados reprochan que los trabajadores no solo “no comprobaron las instalaciones al cierre, permaneciendo por ello” su familiar “en la sauna tras el cierre del recinto”, sino que, “lo que es aún más grave, ningún trabajador supervisó la sauna durante toda la jornada, y ello no solo por la propia peligrosidad de una sauna o su prohibición de uso a menores, sino pese a que la misma se sabía que estaba defectuosa”.

Por su parte, la propuesta de resolución asume la existencia de nexo causal y considera que “queda probado en el expediente que la vigilancia de las instalaciones y la inspección previa al cierre no es, al menos, completa, pues efectivamente de haber comprobado la sauna antes del cierre a las 22:15

hubieran encontrado a la víctima ya fallecida, pero, aún sin padecer enfermedad que impida el uso de la sauna, de acuerdo con las advertencias y precauciones que se indican a los usuarios, el uso de la misma carece de vigilancia periódica dentro del horario de apertura de las instalaciones”.

De los informes incorporados al expediente se desprenden dos conclusiones que procede retener. En primer lugar, que la sauna funcionaba de forma correcta (con la precisión que realizaremos respecto al higrómetro). Así, en el informe pericial suscrito por un ingeniero tasador el 2 de diciembre de 2017 (folio 53) en el marco del procedimiento judicial instruido se concluye que “la sauna cuenta con las preceptivas actas de inspección obligatorias en vigor, y que su funcionamiento está en todo momento controlado por el personal de la empresa explotadora sin que el usuario pueda intervenir sobre el mismo, y que actualmente el funcionamiento se puede considerar correcto”. En el mismo sentido, en el informe emitido el 11 de julio de 2017 por la empresa a petición del Ayuntamiento (folio 201) -incorporado también a las diligencias previas que se instruyeron ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa- se expresa que “la sauna se encuentra adecuadamente mantenida y es conforme a lo exigido por la normativa aplicable”. Igualmente, en el informe de 20 de septiembre de 2017 remitido al Juzgado por la empresa contratista (folio 247) se detallan las “actuaciones precisas para asegurar el correcto funcionamiento de la instalación y el cumplimiento por la misma de los estándares de seguridad exigibles”, indicándose que, “adicionalmente, todos los días antes de proceder a la apertura del centro deportivo al público se procede a realizar una comprobación del adecuado funcionamiento de la sauna y de posibles incidencias en los elementos de la misma”, lo que se llevó a cabo también el día de los hechos.

Dado que en las actuaciones judiciales se alude a la existencia de fallos en el higrómetro de la sauna, procede aclarar su eventual incidencia en el fallecimiento. En el informe emitido por la concesionaria el 20 de septiembre de 2017 se expone, “en relación con la medición de la aguja de la humedad”,

que “a lo largo de la mañana se observó que las indicaciones de la misma no se correspondían con valores reales a pesar de que en la revisión efectuada antes de la apertura las mediciones eran correctas, optándose por pedir un nuevo medidor, sin removerlo, pues lo cierto es que: El fallo era intermitente y solo afectaba a los datos de humedad y no a la humedad existente en el interior o a los de temperatura. La sauna es una sauna seca, lo que implica que la humedad de la misma, salvo alteración por el propio usuario, es la del medio que la rodea, siendo el dato más relevante el de la temperatura”. Se añade que no se había procedido a retirar el dispositivo porque “la remoción privaría a los usuarios de información sobre la temperatura, dato que, al contrario del de humedad, sí debe ser conocido” por ellos.

A la vista de estas consideraciones técnicas, que no han sido refutadas por otros informes, debemos coincidir en que los problemas en la medición de la humedad no habrían afectado al usuario, sin que resulte acreditada relación alguna entre su fallecimiento y esa deficiencia.

En segundo lugar, la documentación incorporada al expediente permite constatar que el protocolo de cierre no se cumplió de forma adecuada. En el informe remitido por la concesionaria al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Villaviciosa el 20 de septiembre de 2017 consta que “un trabajador (monitor/a de servicio) procede (a) comunicar la proximidad de la hora de cierre de las instalaciones y se indica a los usuarios que se dirijan a los vestuarios para proceder a cambiarse de ropa y a salir de las instalaciones./ Con posterioridad el monitor/a de servicio (o socorrista) se dirige a la sala de depuración, procede al vaciado del *jacuzzi*./ Desde allí recorre el vaso y la sala de *fitness* comprobando que no hay usuarios y se dirige a la zona de vestuarios, en cuyo interior se encuentra la sauna./ En la zona de vestuarios, primero procede a la comprobación del vestuario del sexo opuesto al trabajador que realiza la comprobación y tras la misma se dirige al vestuario de su propio sexo en el que procede a ducharse y a cambiarse. Después de ducharse se dirige a recepción./ El/la trabajador/a que se encuentra en recepción se dirige al cuadro general, situado en el despacho de dirección, y

realiza el apagado manual de todas las instalaciones (incluyendo la sauna ubicada en el interior del vestuario masculino)./ Tras el apagado se procede a activar la alarma por la persona de recepción, la cual junto con el monitor/a se dirige a la salida cerrando la instalación". Se añade que el día del fallecimiento estas comprobaciones fueron realizadas por dos trabajadoras "con amplia experiencia y perfecto conocimiento" del servicio. Sin embargo, las declaraciones prestadas por las empleadas revelan que no se efectuó la comprobación de la sauna, pues no se advirtió la presencia del cuerpo en ella.

No obstante, la hora del fallecimiento (entre las cinco y las ocho de la tarde, según consta en la diligencia de levantamiento de cadáver -folio 117-) determina que aunque el protocolo de cierre se hubiera realizado de forma correcta (lo que incluiría una supervisión efectiva de la sauna y la comprobación visual de la inexistencia de usuario alguno en ella) tal deficiencia no hubiera evitado la defunción. No existe, por tanto, relación de causalidad acreditada entre la muerte del familiar de los interesados y la negligente actuación de la concesionaria al proceder al cierre de las piscinas sin la previa comprobación de la sauna.

Sentado lo anterior, el momento temporal en que se produce el óbito obliga a examinar el estándar exigible en la vigilancia y supervisión de las instalaciones durante el periodo de apertura.

Al respecto procede despejar, en primer lugar, la cuestión que aducen los reclamantes en su solicitud de que, "según parece, sobre las ocho menos cuarto de la tarde una persona entró en la sauna y viendo" a su familiar "como adormecido avisó en recepción diciendo que había alguien en la sauna que no parecía estar bien y simplemente le contestaron: `vale, vale´". Sin embargo, en las alegaciones realizadas con ocasión del trámite de audiencia la empresa concesionaria niega que se informara a su personal de tal circunstancia, no existiendo constancia alguna de la misma y no habiéndose localizado o propuesto al testigo que habría visto a la víctima en esa situación.

Por otro lado, en el mencionado informe de la empresa concesionaria de 20 de septiembre de 2017 (folio 247) se indica que el mismo día del

fallecimiento (5 de julio de 2017) se habían observado fallos en el higrómetro “a lo largo de la mañana”. De ello se deduce que existió algún tipo de supervisión del aparato (y, por tanto, de la sauna) durante la primera mitad del día, lo que resulta lógico al apreciarse una irregularidad en el registro de las condiciones relativas a la humedad en ese elemento. Sin embargo, no consta que existiera ningún tipo de comprobación visual (ni del higrómetro, ni de la propia sauna) en toda la tarde, pese a que se tenía conocimiento de algún fallo en ese medidor.

Según consta en el expediente, el fallecido había entrado en las instalaciones a las 16:18 horas -sin que exista registro de la hora de entrada a la sauna-, y de lo actuado se desprende que no hubo comprobación visual alguna en el momento del cierre de las instalaciones (a las 22:30 horas), ni tampoco, al menos, en un periodo anterior de aproximadamente cinco horas durante el horario de apertura.

Al respecto, no puede dejar de observarse la escasa visibilidad del interior de la sauna, según reflejan las fotografías incorporadas al expediente (folio 146). En efecto, el acceso a la misma se realiza a través de una puerta de madera en cuya parte superior existe una suerte de “ventana” de cristal cubierta prácticamente por la hoja que contiene la normativa de uso, y esto supone que la advertencia desde el exterior de cualquier anomalía por parte de los usuarios del vestuario masculino -en el que se ubica la sauna- resulte prácticamente imposible.

Ello implica una actuación negligente pues, aunque es evidente que la utilización de la sauna se realiza bajo la responsabilidad del usuario, una elemental prudencia aconseja algún tipo supervisión visual de la instalación durante la tarde (según consta en el expediente, el apagado automático de la sauna se produce a las 20:00 horas), por mínima que sea. Sin embargo, la apreciación de pérdida de oportunidad -consistente, en el asunto ahora examinado, en la posibilidad de recuperación de la víctima en caso de haber sido localizada y atendida tras haber sufrido el golpe de calor- requiere de la necesaria acreditación a través de los oportunos medios de prueba.

Tal y como viene señalando este Consejo de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 81/2019), corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este sentido hemos de advertir que, a pesar de que incumbe a quien reclama la carga de probar la existencia de un daño cierto y de una relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, los perjudicados no aportan informe alguno que sustente, en particular, sus afirmaciones sobre las causas del fallecimiento y las posibilidades de tratamiento médico que lo hubiesen evitado. De hecho señalan expresamente que la transcripción que insertan en su reclamación inicial sobre “el golpe de calor” no constituye “informe pericial o información médica, sino” que se vierte “simplemente a efectos informativos”, y pese a tener este carácter lo cierto es que no puede dejar de tenerse en cuenta que en ella se indica que “si la temperatura” corporal “se encontrase a 49 °C o 50 °C bastarían 5 minutos para producirse la muerte”, siendo “fundamental el diagnóstico precoz, y si no se toman las medidas iniciales oportunas la tasa de mortalidad es muy alta (hasta el 70 %)”.

El informe de autopsia, realizada al día siguiente del fallecimiento, concluye que la muerte se debió “a un golpe de calor durante una sesión de sauna, y que al estar solo el fallecido ha sido instaurada una insuficiencia cardio respiratoria por fallo multisistema que ha propiciado el fallecimiento”. En él se destaca que “el cadáver tiene una temperatura muy elevada, conservando un calor muy intenso a pesar del tiempo transcurrido, tanto desde el hipotético apagado de la sauna como del transporte del cadáver a este (Instituto de Medicina Legal) desde el lugar del levantamiento”, constatándose igualmente “la gran temperatura de todas” las vísceras; datos que permiten deducir que en el momento del fallecimiento el cuerpo alcanzó una temperatura muy elevada. Por otra parte, la posición del cuerpo que muestran las fotografías revela que el fallecido no habría intentado salir de la sauna, sino que permaneció tumbado, lo que permite presumir que el cuadro que provocó la muerte se desencadenó súbitamente.

Este Consejo viene reiterando (por todos, Dictámenes Núm. 202/2016 y 153/2019) que “la doctrina de la pérdida de oportunidad o imputación probabilística conlleva, en su formulación más común, la consideración de dos umbrales -uno en el entorno del 75 % y otro cifrado alrededor de un 30 % de opciones de que el resultado hubiese sido más favorable- que de rebasarse determinan que se atienda la pretensión en su integridad o se desestime (cuando la probabilidad estadística descienda de ese 30 %). Esta construcción, si bien debe acogerse con ciertas cautelas, permite excluir cualquier pérdida de oportunidad atendible cuando se constata, como sucede en el supuesto examinado, que el resultado dañoso hubiera sido el mismo “en casi la totalidad de los casos”.

Pues bien, de la aplicación de lo anterior al supuesto que nos ocupa resulta que, atendiendo a los datos disponibles y a las manifestaciones de los reclamantes, existe una muy elevada tasa de mortalidad en el caso de que el cuerpo humano alcance temperaturas muy altas, lo que, de acuerdo con el informe de autopsia, ocurrió en el asunto analizado. Pero carecemos no solo de informe médico que lo sustente sino de elemento objetivo alguno que avale aquí una pérdida de opciones de supervivencia en un porcentaje atendible.

En cambio, sí apreciamos un daño moral por la negligente actuación que tuvo lugar ante la falta de comprobación de usuarios en la sauna no solo en el momento del cierre, sino ante la aparición del familiar que inquiere sobre un usuario ilocalizable (requerimiento que debió llevar a la comprobación antes omitida). Al respecto procede recordar que, con carácter general, este Consejo Consultivo viene declarando (por todos, Dictamen Núm. 134/2015) que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”.

En el caso que nos ocupa, en el atestado instruido por la Guardia Civil (folio 103) consta que “a las 23:45 horas” se recibió aviso “de persona en búsqueda de familiar” (el hermano del fallecido y ahora reclamante), quien manifiesta que había preguntado en el gimnasio “sobre las 11:00 horas”

-referencia que debe entenderse hecha a las 23:00 horas- y que la recepcionista “le dijo que no le había visto por las instalaciones”, que había pasado “varias horas” intentando localizarlo “por hospitales, establecimientos hosteleros y por las calles del pueblo” sin éxito, por lo que avisó a la Policía Local y a la Guardia Civil. Dado que el cuerpo sin vida se localizó a las 7:35 horas de la mañana en las instalaciones municipales, resulta evidente que la incertidumbre asociada a la desaparición de un familiar y el retraso en la localización de su cadáver ocasiona un daño moral cierto cuyo padecimiento se circunscribe a la noche del 5 al 6 de julio, así como que este perjuicio se hubiera evitado de haber empleado los trabajadores de la empresa concesionaria una diligencia adecuada en cualquiera de los dos momentos indicados (al cierre de las instalaciones o cuando el reclamante se persona en ellas).

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad de la Administración en el daño causado según lo señalado en la consideración anterior, procede valorar la cuantía de la indemnización a la que tienen derecho los interesados.

La propuesta de resolución reconoce “la angustia de la familia preguntando en las instalaciones deportivas” y “denunciando la desaparición en la Guardia Civil”, pero rechaza algunas de las apreciaciones que efectúan los reclamantes (“enterarse por la prensa” o “falta de apoyo”), criterio que compartimos. Partiendo de la extrema dificultad que entraña la cuantificación de un daño moral, huérfano de módulos objetivos, coincidimos con la valoración que se efectúa en la propuesta de resolución para este concepto (6.000 € para cada uno de los reclamantes), pues deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:5987- y 16 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:279-, Salas de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, y de lo Civil, Sección 1.ª, respectivamente), y en ella se justifica razonadamente la minoración de la cantidad solicitada por los interesados -20.000 €-, la cual tampoco se sustenta en la cita de precedentes análogos ni se ajusta al lapso

temporal de los padecimientos que aquí se resarcen. En definitiva, a la luz de la cuantificación de los daños morales en otros supuestos (por todos, Dictámenes Núm. 140/2017 y 277/2019), este Consejo estima procedente una indemnización de 6.000 € para cada uno de los familiares.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Villaviciosa y, atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, estimar parcialmente la reclamación presentada e indemnizar a en los términos señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA.