

Dictamen Núm. 108/2021

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 10 de junio de 2021, 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 10 de mayo de 2021 -registrada de entrada el día 13 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Castrillón formulada por, por las lesiones sufridas en la tirolina de un parque.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de septiembre de 2019, los padres de un menor accidentado en un parque público presentan en el registro del Ayuntamiento de Castrillón una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por este en las instalaciones de la zona de juego.

Exponen que, “aproximadamente a las 19:00 horas del día 18 de septiembre de 2017, su hijo (...) se encontraba jugando en la tirolina instalada en el parque situado en la calle (...) cuando se golpeó con uno de los travesaños grandes de madera que sobresalen de cada uno de los lados de la misma, por donde los niños se suben, cayendo posteriormente al

suelo, lo que le causó un fuerte traumatismo en los genitales./ La tirolina presenta además una excesiva pendiente y el suelo del parque donde se encuentra colocada es de grijo, sin protección de caucho”.

Señalan que a consecuencia de ello hubo de ser atendido al día siguiente en el Centro de Salud, desde el que fue derivado al Servicio de Urgencias del Hospital, donde se le practica una exploración y una ecografía testicular decidiéndose su traslado al Hospital

En dicho hospital el día 20 de septiembre de 2017, tras la práctica de una ecografía, se concluye que presenta “hematoma de las cubiertas escrotales. Hematoma intra escrotal derecho. Ausencia de flujo en el interior del testículo derecho”, por lo que “se decide intervención quirúrgica urgente bajo anestesia general”, practicándose ese mismo día “orquidopexia bilateral” en la que se halla “torsión testicular derecho en sentido antihorario con una vuelta (360º)”, pautándosele “reposo domiciliario absoluto 7 días, no realizar ejercicio físico en un mes y curas diarias de las heridas con Betadine líquido”. Añaden que debido al “citado accidente (...) le fue colocada una prótesis testicular el 08-06-2018 de 22 cc en bolsa escrotal derecha”.

Entienden que “de la prueba obrante queda acreditada la existencia del hecho dañoso (traumatismo testicular como consecuencia del deficiente funcionamiento de tirolina sita en parque municipal), las lesiones y la relación de causalidad entre el funcionamiento de la tirolina y (el) deficiente mantenimiento del parque con las lesiones producidas”.

Fijan el *quantum* indemnizatorio en cuarenta y tres mil euros (43.000 €) por los “732 días que el menor tardó en curar de sus lesiones, intervenciones quirúrgicas y días de ingreso, conforme al sistema de valoración de daños establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre”.

Proponen prueba testifical de las dos personas cuyos datos adjuntan.

Aportan fotocopias del documento nacional de identidad y del Libro de Familia, y acompañan los informes emitidos por el Centro de Salud de Piedras Blancas y por el Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital, así como fotografías de la tirolina en la que se produjo el accidente.

En la documentación clínica se refleja que el paciente, de 10 años, es atendido “por dolor testicular (...) en relación a un traumatismo con una tirolina”, constando como fecha del alta el 19 de septiembre de 2018, con indicación de que la prótesis testicular está “correctamente alojada en la bolsa escrotal, en su cara anterior adherida a la piel (...). Inguinotomía ligeramente hipertrófica (...). No se recomiendan deportes de contacto”.

2. Mediante Resolución de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Castrillón de 17 de enero de 2020, se acuerda “admitir a trámite la reclamación (...) e iniciar expediente”, nombrar instructora del procedimiento y notificarlo a los interesados, reseñándose en ella la fecha de recepción de la reclamación, la normativa aplicable, el plazo de resolución y notificación y el sentido del silencio administrativo.

Consta en el expediente su notificación a los reclamantes el 21 de enero de 2020.

3. Mediante oficio de 3 de febrero de 2020, la Instructora del procedimiento requiere a los interesados para que procedan a la subsanación de su solicitud aportando copias en color de las fotografías del lugar de los hechos que adjuntaron, pues “debido a su escaneado en blanco y negro no se aprecia bien su objeto”.

4. Con fecha 9 de marzo de 2020, los interesados presentan en el registro del Ayuntamiento de Castrillón copias en color de varias fotografías realizadas desde distintos ángulos del lugar del accidente.

5. El día 16 de diciembre de 2020, emite informe técnico la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente en el que se refleja que “la citada tirolina es instalada (...) en el marco del desarrollo del Plan de Infancia Municipal de Castrillón (...). Las instalaciones de la tirolina se realizan en el marco del expediente” que se especifica, y en él “consta la documentación técnica de la tirolina, certificados, empresa instaladora y acta de recepción de las obras de

fecha 26-07-2017 (...). Existe cartel indicativo (...) a la entrada del parque en el que se indican las características para el uso de la tirolina y se establece el uso para mayores de 12 años (...). Los hechos reclamados datan del 18-09-2017. En el Libro de Familia consta fecha de nacimiento del menor el 03-10-2006”.

6. Mediante Resolución de la Alcaldía de 8 de febrero de 2021, se acuerda “admitir la práctica de las pruebas propuestas (...) para el esclarecimiento de los hechos (...): Documental aportada al expediente (...). Informe de la Policía Local (...). Informe de la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente sobre las reparaciones de la tirolina (...). Testifical”, lo que se notifica a los interesados el día 10 de ese mismo mes.

7. Consta incorporada al expediente el 9 de febrero de 2021 la documentación técnica referente a la tirolina, junto con una declaración firmada el 15 de mayo de 2017 por la representante de la empresa instaladora. Se acompaña de un plano en el que figura el parque con indicación del lugar de instalación de la misma, en paralelo a la calle, seguida de la ficha técnica ilustrada de la “plataforma tirolina”, del certificado de “teleféricos para parques infantiles” y de la descripción de la tirolina con plataforma de lanzamiento, “compuesta de una rampa inclinada con escalones transversales de madera para evitar deslizamientos no deseados, plataforma superior de base cuadrada, suspendida por medio de 4 postes en posición vertical. La base superior horizontal de espera y que da acceso a la rampa de salida está resguardada por barandillas”.

8. El día 15 de febrero 2021 la Jefa de Obras, Servicios y Medio Ambiente suscribe un nuevo informe en el que señala, en respuesta a lo que se le pregunta a instancia de los reclamantes, que “no constan partes de reparaciones realizadas por este Servicio Municipal entre las fechas 26-07-2017 y 18-09-2019 (...). Durante esas fechas la empresa adjudicataria del contrato de mantenimiento (...) realizaba inspección trimestral de las

zonas de juego de los parques del concejo de Castrillón, sin que consten avisos de daños y/o desperfectos en este en concreto”.

9. Con fecha 1 de marzo de 2021 los reclamantes aportan las preguntas que interesan les sean formuladas a los testigos.

10. El día 23 de marzo de 2021 se procede a la práctica de la prueba testifical. El primero de los testigos declara que “se encontraba en la terraza de su casa (...), enfrente del parque donde está la tirolina, fumando un cigarro. Era un 4.º piso. El testigo identifica tanto su terraza como el parque y la tirolina, al mostrarle una foto de la zona extraída de Google Maps”, y señala que “vio cómo se golpeaba el niño en la salida de la tirolina, al (...) quedar enganchado con el poste de la rampa de salida, al estar el cable por el que se desplaza la tirolina muy alto (...). Inmediatamente avisó a los padres del niño, que (...) eran sus vecinos de puerta y estaban en casa, bajando el padre inmediatamente al parque”. Se deja constancia de que “el testigo declara que la tirolina no estaba rota, pero según su opinión la instalación no es la correcta para que jueguen los niños pequeños”, añadiendo que “hace unos 5 años, más o menos, cuando su hijo tenía 7 u 8 años, su propia hija había recibido un golpe en la tirolina (...), y es consciente de que otros niños de la zona también se golpearon con la instalación”.

11. Mediante diligencia extendida el 23 de marzo de 2021, se deja constancia de que ni los reclamantes ni una de las testigos comparecen para la práctica de la prueba.

12. Evacuado el trámite de audiencia con fecha 29 de marzo de 2021, consta la vista del expediente por parte del interesado, padre del menor accidentado, recibiendo una copia de diversos documentos tras el abono de las tasas correspondientes el día 13 de abril de 2021.

No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

13. Con fecha 7 de mayo de 2021, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio “dado que se produce una ruptura de la relación de causalidad entre la conducta administrativa y el daño alegado por la conducta del propio perjudicado”, teniendo en cuenta que el uso de la tirolina estaba indicado para mayores de 12 años. Concluye que “ha sido, por tanto, el uso indebido y voluntario de la tirolina por un niño de 10 años, que jugaba en el parque sin la vigilancia de sus padres, la causa del desafortunado accidente”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de mayo de 2021, 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 Castrillón objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 Castrillón, 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 el menor perjudicado activamente legitimado para formular reclamación

de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, están facultados para actuar en representación de la misma sus padres (condición que acreditan con la copia de las hojas del Libro de Familia obrante en el expediente), a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos menores no emancipados.

El Ayuntamiento de Castrillón 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 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 el día 18 de septiembre de 2019, constando en el expediente como fecha de alta el 19 de septiembre de 2018, 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 encuentra regulado en el título IV de la LPAC, con 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, observamos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, se advierte que por Resolución de la Alcaldía de 17 de enero de 2020 se

acuerda "admitir a trámite la reclamación presentada (...) e iniciar expediente". Al respecto, debemos recordar que en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada, en virtud de lo previsto en los artículos 54 y 67 de la LPAC, la mera presentación de la reclamación a instancia de parte supone que el procedimiento se ha iniciado, sin necesidad de acto expreso alguno de la Administración y con independencia de las formalidades que la entidad local considere oportunas para el nombramiento del instructor.

Asimismo, se aprecia 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 que esa 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.

SEXTA.- Los reclamantes pretenden que a su hijo menor de edad le sea resarcido el daño sufrido mientras jugaba en la tirolina colocada en un parque de Castrillón el día 18 de septiembre de 2017.

La realidad del accidente, sus circunstancias y las consecuencias dañosas quedan acreditadas a la vista de la documental obrante en el expediente.

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.

Partiendo de que el Ayuntamiento de Castrillón es titular del parque donde se produjo el accidente, y en virtud de las competencias que le atribuye la LRBRL a tenor tanto del artículo 25, apartado 2, conforme al cual el municipio "ejercerá en todo caso como competencias propias (...) en las siguientes materias: (...) b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos", como del artículo 26.1.b), que dispone que los municipios con población superior a 5.000 habitantes -como es el caso- deberán prestar, además, entre otros servicios el de "parque público", corresponde determinar si el accidente acaecido durante el uso de las instalaciones para el juego situadas en dicho parque ha sido producido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación de causa a efecto y sin intervención de elementos extraños que puedan influir alterando el nexo causal.

En el asunto objeto de análisis, la propuesta de resolución entiende roto el nexo de causalidad con base en la limitación de utilización de la zona de juego a mayores de doce años, considerando que la causa del accidente "ha sido, por tanto, el uso indebido y voluntario de la tirolina por un niño de 10 años, que jugaba en el parque sin la vigilancia de sus padres".

Ha quedado acreditado en el expediente no solo el adecuado estado de conservación de la meritada zona de juegos, sino las siguientes circunstancias: las especificidades técnicas de la tirolina y de su plataforma, según la información aportada por la empresa encargada de su suministro y colocación; que el día 26 de julio de 2017 se llevó a cabo la firma del acta de recepción de la obra de instalación de la misma; que se realizaba una

inspección trimestral de las zonas de juego por parte de la empresa adjudicataria del contrato de mantenimiento de los parques y jardines del concejo, y la falta de reparaciones antes de la fecha de presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa. De ello resulta que en el momento del accidente, que se produjo sobre las 19:00 horas del 18 de septiembre de 2017, la zona de juego había sido instalada recientemente y se encontraba en perfecto estado, sin que pueda achacarse a la Administración municipal falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de mantenimiento del parque.

Respecto a si la instalación es adecuada, amén de las características técnicas de su fabricación, cabe traer a colación, por expresiva, la declaración del testigo propuesto por los reclamantes, quien manifiesta haber visto desde su terraza "cómo se golpeaba el niño en la salida de la tirolina, al (...) quedar enganchado con el poste de la rampa de salida, al estar el cable por el que se desplaza la tirolina muy alto", añadiendo que "inmediatamente avisó a los padres del niño que (...) eran sus vecinos de puerta y estaban en casa, bajando el padre inmediatamente al parque". A ello ha de sumarse la constancia de la existencia de un cartel a la entrada del parque, previsto en el expediente de contratación tramitado por el Ayuntamiento de Castrillón, en el que "se indican las características para el uso de la tirolina y se establece el uso para mayores de 12 años".

Estando limitado, pues, el uso de la tirolina a mayores de doce años, y teniendo el accidentado en el momento de los hechos 10 años, el desafortunado incidente debe achacarse a una mala utilización de las instalaciones públicas, debidamente señalizadas, no pudiendo desconocerse que el niño jugaba sobre las 19:00 horas de la tarde en una zona de juegos no apta para su edad sin vigilancia, mientras sus padres, a quienes corresponde el deber de velar por sus hijos no emancipados conforme a lo establecido en el artículo 154 del Código Civil, se encontraban en su casa.

En definitiva, a juicio de este Consejo Consultivo, la responsabilidad del accidente sufrido no resulta imputable en modo alguno a la Administración, dado que no se aprecia deficiencia alguna en la instalación

que pueda racionalmente considerarse factor determinante de la caída y sí, en cambio, una conducta imprudente del perjudicado cuyas consecuencias no pueden imputarse al servicio público, ya que este no puede concebirse como un seguro universal que traslade a la sociedad en su conjunto la responsabilidad de cualquier consecuencia dañosa de sucesos o accidentes por el simple hecho de que ocurran en un espacio público o con ocasión del uso de un servicio de esta naturaleza, debiendo soportar el particular tales efectos como riesgos generales o específicos vinculados con su propia actuación.

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE CASTRILLÓN.