

Dictamen Núm. 242/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de octubre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 8 de junio de 2022 -registrada de entrada el día 9 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gijón formulada por, por los daños sufridos al caerse en el patio de una escuela de Educación Infantil.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de abril de 2021, el interesado presenta en un registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del accidente sufrido por su hijo menor de edad el día 8 de febrero del mismo año al caerse en el patio de una escuela de Educación Infantil.

Refiere que aquel día el niño se encontraba jugando junto con sus compañeros cuando, “tras un tropiezo debido a la estructura deteriorada que rodea uno de los árboles que están en el interior del patio (...), se golpeó en la

cabeza contra el suelo”, precisando que este “carece de toda seguridad ya que es el mismo que se encuentra en todo el patio, sin ningún tipo de acolchado”.

Señala que a resultas del accidente el menor “sufrió una importante contusión en la cara” que “le provocó una herida muy profunda, teniendo que ser atendido en el centro de salud (...), necesitando (...) 5 puntos de sutura” que se le retiran en el mismo centro el día 15 de febrero de 2021.

Entiende que “existe relación de causalidad entre los daños producidos y el funcionamiento del servicio público”, dado que el accidente se produjo “a consecuencia del mal estado de la estructura que rodea el árbol”, que no solo está “deteriorada por el crecimiento de las raíces” sino que, además, presenta “un borde de madera con una peligrosidad manifiesta”, y afirma que “en el caso de que el menor se hubiere golpeado con el citado borde las lesiones provocadas hubieren sido probablemente mucho más graves”. Insiste en que “el suelo del patio que rodea al árbol no está acolchado para minimizar las consecuencias que puedan tener las caídas de los niños, como por ejemplo el suelo de seguridad o (...) de caucho que se encuentra en los parques infantiles”, y que es lo que sucede también con el que rodea al “otro árbol existente en el patio de la escuela”, que “sí es de caucho”.

Solicita el resarcimiento de los perjuicios sufridos por el niño, cuya cuantía no concreta, y que se proceda a reparar la estructura que rodea al árbol y a colocar borde de seguridad sobre la madera que lo circunda con la finalidad de evitar otros accidentes.

Adjunta a su escrito copia del Libro de Familia, hoja de episodios del centro de salud, parte de accidente escolar y varias fotografías.

2. El día 22 de febrero de 2022, el Jefe de la Sección de Mantenimiento suscribe un informe en el que señala que, “tal y como indica el denunciante, en el patio escolar se encuentran dos árboles cuyos troncos están protegidos en su base por un cerco cuadrado de 1,40 m de lado y 0,40 m de altura, ejecutado con ladrillo cerámico y esquinas rematadas con listones circulares de madera. Uno de ello se ubica en la zona de juegos infantiles, motivo por el cual está rodeado de

pavimento de seguridad de caucho. El otro, donde se produjo la caída del alumno, el pavimento que lo rodea es de baldosas hidráulicas./ El lugar donde indica el denunciante se habría producido el accidente se ubica en una zona del patio escolar con pavimento de baldosa hidráulica granallada similar al resto del patio. Sí que es cierto que la protección del tronco del segundo árbol presenta un desplome de la madera de remate como consecuencia del empuje de las raíces. Lo que no se aprecia son defectos en el pavimento que lo rodea./ Así mismo, indicar que el pavimento de seguridad en los colegios únicamente se instala en las zonas donde se ubican juegos infantiles como medida de protección frente al riesgo de caída en altura”.

3. Mediante escrito notificado al interesado el día 18 de marzo de 2022, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos le comunica la apertura del trámite de audiencia.

4. Con fecha 30 de marzo de 2022, el reclamante presenta en un registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito en el que refiere que “a escasos dos metros del árbol donde ocurrió el accidente” existen “varias setas en el suelo, de diferentes colores, para que los niños salten sobre ellas”, significando a continuación como hecho “llamativo” que “el árbol que se encuentra cercano al tobogán tiene suelo infantil y, sin embargo, el árbol cercano a las setas infantiles (a menos distancia que el otro árbol y el tobogán) no lo posee”. Afirma que pese a que “los árboles no sean propiamente espacios de juego (...) para los niños todo es fuente de imaginación y juegos, por ello se debe asegurar por parte del Ayuntamiento una correcta utilización de estos espacios, evitando el acceso cuando, ya sea por su estado o propiedades de diseño, puedan ser peligrosos. Tal y como consta en el informe de mantenimiento, el árbol donde se produjo la caída tiene a su alrededor un cerco cuadrado de 0,40 metros de altura. Como es evidente, los niños se suben a la superficie que rodea el árbol para jugar, los cuales saltan desde ella hacia el suelo. No hay medidas para evitar que los niños realicen ese juego, saltando a 0,40 metros de altura, estando a su vez al lado de

unas setas cuyo juego consiste en eso mismo, saltar". Considera que al haber situado las setas para saltar en las proximidades del árbol "se está incitando a los niños a que realicen ese juego sobre el árbol que se encuentra a su lado, saltando los 0,40 metros de altura que tiene". Afirma que "siendo una zona donde se realizan juegos infantiles debería (...) estar instalado un pavimento de seguridad de caucho (...). Si a eso le añadimos que, tal y como dice el parte de accidente escolar y el informe de mantenimiento, la protección del tronco del árbol se encuentra deteriorada, desplomada a consecuencia de las raíces del árbol, dejan patente la relación de causalidad entre los daños producidos y (el) mal funcionamiento del servicio público". Subraya que "la propia Administración es consciente de la responsabilidad en las lesiones del menor", pues "la distribución de las setas infantiles que se encuentran en el suelo del patio" se ha modificado al "alejar las setas del citado árbol y reducir el número de setas (...). En el momento del accidente existía una distancia desde el árbol a la primera seta de salto de juego infantil de unas 4 baldosas. Actualmente, la distancia desde el citado árbol a la primera seta es de 6 baldosas ¿Por qué se realiza esta modificación? Evidentemente para alejar a los niños de la zona de juego de salto en relación al árbol, para evitar incitar que se suban los menores para continuar saltando".

Finalmente, concreta la indemnización que solicita para su hijo en diez mil cuatrocientos setenta y cinco euros con doce céntimos (10.475,12 €) por los conceptos de 9 días de perjuicio personal particular moderado y 9 puntos de secuelas por perjuicio estético.

Adjunta una fotografía del patio del colegio tras la reforma y el informe de un médico privado valorador del daño corporal.

5. El día 7 de junio de 2022, el Jefe de la Sección de Gestión de Riesgos, la Adjunta al Servicio de Patrimonio y Gestión de Riesgos y el Director del Área de Patrimonio y Compra Pública elaboran propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella parten de considerar que, aunque "es un hecho acreditado que el hijo menor de edad del reclamante sufrió unos daños (...), de

los documentos obrantes en el expediente no quedan aclaradas las circunstancias de la caída, ni siquiera el motivo que la provocó. En el parte de accidente escolar se recoge ‘golpe (...) provocado probablemente al tropezar con la estructura que rodea al árbol (...)’; es decir, no se ha presenciado el momento de la caída del menor y con tan sucinto relato no puede conocerse la causa de la misma”.

Señalan que “en aplicación de la normativa (...), así como de la doctrina jurisprudencial (...), se debe tener en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien formula la reclamación, así como que la simple declaración del interesado no basta para dar por probado el suceso en que se fundamenta la pretensión indemnizatoria”.

Destacan que, “en aplicación de la doctrina jurisprudencial (...), cuando se alegue una mala ejecución de la obra, mala elección de materiales, etc. para que pueda afirmarse que hay antijuridicidad es necesario que el recurrente acredite que efectivamente el piso se ejecutó en contra de la normativa o la *lex artis*. Tras afirmar que la caída “ha tenido lugar en el patio del colegio, pero no consta que haya sido debida a un inadecuado mantenimiento de las instalaciones (...) ni a deficiencias en su construcción”, puntualizan que “el hecho de que la responsabilidad de la Administración tenga carácter objetivo no convierte a esta en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de las instalaciones públicas”, y en particular de hechos como el reclamado, “fruto de la práctica espontánea del juego infantil, el cual conlleva una serie de riesgos (...) cuya evitación se torna en ocasiones casi imposible dado lo imprevisible y repentino de dichos actos; riesgos que en ningún caso pueden imputarse al funcionamiento del servicio público (...) por el mero hecho de que sucedan en un centro escolar, del mismo modo que no resultan imputables a la familia cuando acontecen mientras el niño está a su cuidado, incluido el domicilio familiar en donde no cabe excluir que se produzca en presencia de sus familiares un daño accidental”.

Consideran, en suma, que el daño sufrido por el menor se enmarca en “los riesgos generales o normales de la vida en sociedad” que “resultan por su

naturaleza imposibles de evitar, por lo que no son imputables a la Administración”, y que “no existe nexo causal entre los daños sufridos por el hijo menor de edad del reclamante y la actuación de la Administración”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de junio de 2022, 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 el enlace correspondiente para acceder electrónicamente a su contenido.

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 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. Asimismo, habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, está el progenitor que actúa en su nombre facultado para actuar en su representación, a tenor de lo establecido en

el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos menores no emancipados.

El Ayuntamiento de Gijón está pasivamente legitimado como responsable de los servicios de mantenimiento en espacios de su titularidad.

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 12 de abril de 2021, y el accidente tuvo lugar el día 8 de febrero del mismo año, por lo que, aun sin tener en cuenta el tiempo de curación de las lesiones sufridas, 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, reparamos en que no se ha cursado la comunicación que el artículo 21.4, segundo párrafo, de la LPAC exige practicar en el plazo de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud, y cuya finalidad es informar al interesado de cuál es el plazo máximo establecido para la resolución del procedimiento y la notificación del acto que le ponga término, cuyo cómputo arranca precisamente en la fecha en que la reclamación ha tenido entrada en el

registro de la Administración competente para su tramitación. Dicho trámite no constituye un mero e insustancial formalismo, como viene señalando reiteradamente este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 180/2014, 21/2019 y 46/2022).

Asimismo, se aprecia una notoria dilación en la tramitación del procedimiento, lo que propicia 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 LRBRL), dispone que “Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder sin más por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños derivados de las lesiones que el hijo del interesado, a punto de cumplir 6 años de edad en el momento del accidente, sufrió en el patio de una escuela de Educación Infantil de titularidad municipal durante el recreo.

El parte de accidente escolar acredita que el niño sufrió efectivamente una caída en el patio del centro. Consta asimismo que el percance le produjo, tal

y como se refleja en la hoja de episodios del centro de salud, una herida inciso-contusa en la frente que se trató con cinco puntos de sutura.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado acaecido en un centro público, en este caso de enseñanza, 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 al perjudicado su derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos, pues, como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo en anteriores dictámenes, el hecho de que la responsabilidad de la Administración tenga carácter objetivo no convierte a esta en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de las instalaciones públicas, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En particular, hemos de analizar si el daño cuyo resarcimiento se pretende es derivación inmediata del diseño defectuoso y mal estado de conservación de ciertos elementos existentes en el patio de la escuela, como pretende el reclamante, y si la responsabilidad resulta o no imputable al deficiente estado de las instalaciones. Para ello debemos comenzar por analizar cómo se produce el accidente y, a continuación, dilucidar si el mismo puede imputarse al funcionamiento del servicio público. Es cierto que sobre las circunstancias en las que se originó el percance no existe una certeza absoluta, pues del parte de accidente escolar cabe colegir, ante la cautela con que se describe la causa del percance -"probablemente al tropezar con la estructura que rodea el árbol"-, que ningún adulto fue testigo de la caída del menor pese a que el recreo se encontraba vigilado por una profesora. El único relato disponible acerca de cómo se desarrollaron los hechos es, por tanto, el efectuado por el padre del niño en los sucesivos escritos presentados a lo largo del procedimiento que examinamos, cuya admisibilidad a efectos de prueba cuestionan los autores de la propuesta de resolución al afirmar que "la simple declaración del interesado no basta para dar por probado el suceso en que se fundamenta la pretensión indemnizatoria".

Sobre el particular, debemos recordar a la autoridad consultante que este Consejo viene reiterando (entre otros, Dictámenes Núm. 54/2021 y 92/2022) que en los accidentes deben admitirse las prueba indirectas o indiciarias aportadas por quien se conduce rectamente y sin fisuras, pues en otro caso se imposibilitaría el acceso a la tutela efectiva a quienes habiendo sufrido realmente un percance no cuentan, como en el caso de que se trata, de testigos que pudieran avalar su versión de los hechos en el correspondiente trámite de prueba. En cuanto a la forma de desenvolverse los hechos, en el escrito inicial de solicitud el reclamante apunta a que el desencadenante de la caída fue “un tropiezo debido a la estructura deteriorada que rodea uno de los árboles que están en el interior del patio” cuando el niño jugaba con otros alumnos, sin precisar nada más en cuanto a la mecánica del accidente ni en relación con el juego que se estaba desarrollando en aquel momento. Posteriormente, en el escrito de alegaciones el padre del menor accidentado describe una práctica infantil consistente en encaramarse a lo alto de la estructura que rodea al árbol para saltar hasta unas “setas” situadas en las proximidades, por lo que hemos de considerar que el percance se produjo en el contexto de un juego infantil sin que puedan referenciarse otras circunstancias que pudieran haber contribuido a la caída (por ejemplo, si el menor estaba corriendo, jugaba distraído o concurría con otros niños en el juego).

Por lo que se refiere al servicio público responsable, tratándose aquí de un edificio de titularidad municipal debe señalarse que el artículo 25.2.n) de la LRBRL incluye entre las competencias propias de los Ayuntamientos la “conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial”.

En este contexto, el padre del menor reprocha al Ayuntamiento titular de las instalaciones tanto el “mal estado de la estructura que rodea el árbol”, que según señala está “deteriorada por el crecimiento de las raíces” y presenta “un borde de madera con una peligrosidad manifiesta”, como la ausencia de “acolchado” en el suelo para minimizar las consecuencias de las caídas que

podrían producirse. Asimismo, recrimina al Ayuntamiento la disposición de los elementos de juego en el patio del colegio pues -según afirma- tal diseño induce a los alumnos a subirse en la estructura que rodea al alcorque para alcanzar de un salto las “setas” instaladas en las proximidades.

Para analizar tales imputaciones debemos partir de las fotografías del lugar del accidente aportadas por el reclamante, las cuales muestran un árbol protegido por una estructura de ladrillo cuyos bordes están cubiertos por listones de madera. Tal y como se aprecia en las imágenes, el empuje de las raíces ha ocasionado deformaciones en la estructura de fábrica y, a causa de esta alteración, los listones se encuentran también desnivelados en algunos puntos, si bien no se advierte que estos presenten una “peligrosidad manifiesta”, como afirma el interesado, ya que pese a contar con cierto desnivel siguen cumpliendo con su finalidad, que no es la de transitar sobre ellos, toda vez que se encuentran ubicados a 0,40 centímetros del suelo según se señala en el informe del servicio responsable, sino la de rematar la estructura de fábrica mediante cantos redondeados. Por otro lado, el suelo que circunda el alcorque se encuentra en perfecto estado de conservación, sin que su composición de losetas hidráulicas resulte reprochable, no habiéndose acreditado infracción de la normativa aplicable al pavimento de los patios escolares.

En definitiva, el accidente no se produjo como consecuencia del estado de conservación de la estructura que rodea el árbol que, aunque presenta cierto deterioro, no constituye un elemento peligroso de entidad suficiente como para erigirse en la causa determinante del percance. Tampoco puede atribuirse la caída al diseño del patio, pues no resulta racional considerar que la ubicación de las “setas” en las proximidades del árbol se haya dispuesto con la finalidad de “incitar” a los niños a encaramarse en la estructura que rodea el alcorque para saltar hasta ellas, como sostiene el reclamante. Consecuentemente, la modificación operada en la zona tras el siniestro no puede entenderse como signo de implícita asunción de responsabilidad, sino como expresión de la máxima diligencia al tratar de evitar la materialización de accidentes similares en lo sucesivo.

En definitiva, los daños por los que se reclama son consecuencia de la práctica espontánea y ordinaria de un juego infantil, cuyas circunstancias concretas no se despejan con nitidez en los datos obrantes en el expediente y, como tales, se enmarcan -como se señala en la propuesta de resolución- dentro de los riesgos normales o generales de la vida en sociedad, con lo que no cabe imputar la responsabilidad del daño al funcionamiento del servicio público municipal.

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.