

Dictamen Núm. 276/2023

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 28 de diciembre de 2023, por medios electrónicos, 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 24 de agosto de 2023 -registrada de entrada el día 31 de ese mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por las lesiones sufridas mientras jugaba en un parque infantil debido al mal estado de las instalaciones.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de octubre de 2022, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hijo como consecuencia de una caída en la vía pública.

Expone que el día 21 de julio de 2022, “siendo aproximadamente las 18:00 horas”, mientras jugaba en el parque infantil, situado en la calle, de Oviedo, su hijo “menor de edad -7 años- “sufrió un accidente a causa del mal estado de las instalaciones”. Precisa que “un tornillo suelto le provocó una herida en la pierna por la que tuvo que acudir al Servicio de Urgencias del

Hospital”, diagnosticándosele una “herida inciso contusa en la tibia” que requirió sutura.

Reprocha la “ausencia de mantenimiento (...) del parque infantil” por parte del Consistorio, y aclara que mientras el niño “jugaba en las instalaciones destinadas para ello al pasar al lado del referido tornillo sufrió la herida en la pierna”.

Solicita una indemnización de siete mil doscientos cuarenta y ocho euros con noventa y nueve céntimos (7.248,99 €), que desglosa en 16 días de perjuicio personal particular moderado y 6 puntos de perjuicio estético.

Adjunta diversas fotografías, tanto del desperfecto como del daño físico padecido por el menor.

2. Previo requerimiento sustanciado al efecto, el 14 de diciembre de 2022 la interesada presenta un formulario en el que aclara la dirección en la que ocurrieron los hechos y acompaña documentación acreditativa del parentesco con el menor, así como informes médicos relativos a la asistencia dispensada.

3. Mediante oficio de 21 de diciembre de 2022, la Instructora del procedimiento confiere a una empresa -cuyo objeto social o vinculación con el asunto no se especifica- “trámite de audiencia inicial” a fin de “aducir alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

Por Providencia de 13 de febrero de 2023, solicita a la misma empresa -a la que se identifica como adjudataria “vigente del contrato de mantenimiento del mobiliario urbano y de los juegos infantiles del municipio de Oviedo”- un informe sobre diversas cuestiones relacionadas con la reclamación.

Con fecha 7 de marzo de 2023, la mercantil informa que “el 26-07-2022 se recibe (...) una incidencia en referencia a un accidente ocurrido en el parque infantil/ Tras la visita, se observa que la red de trepa que da acceso al multijuego tiene una de las sujeciones rota, y cuya reparación no es posible. Se procede a la retirada de la misma y al balizado del elemento en cuestión. Se retiran también numerosas pintadas, consecuencia del vandalismo habitual de dichas instalaciones./ Se solicita recambio al fabricante./ El 14-09-2022 se

recibe por parte del fabricante el material solicitado, y se procede a su colocación y posterior retirada del balizado de la zona. Al igual que en la ocasión anterior, se retiran numerosos grafitis dispersos por los elementos de juego”.

4. Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, el día 15 de febrero de 2023 emite informe el Jefe de la Sección de Apoyo Técnico (Parques y Jardines) del Ayuntamiento de Oviedo. En él expone que “por razones que se desconocen se ha producido la rotura de uno de los tornillos que sujetan la red de trepa, una vez detectada la avería se procedió a su inmediata reparación”. Añade que no existe constancia del accidente, si bien, “en principio, encaja lo expuesto por (la) reclamante con la avería producida”.

5. Mediante oficios de 9 de marzo de 2023, la Instructora del procedimiento comunica a la interesada, a la correduría de seguros municipal y a la empresa de mantenimiento la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 10 días.

Con fecha 25 de abril de 2023 la correduría de seguros solicita, a petición de la compañía aseguradora municipal, “documentación médica que acredite el importe de la reclamación”.

6. El día 22 de agosto de 2023, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella expone que en el momento del accidente se encontraba vigente un contrato del servicio de mantenimiento del mobiliario urbano y de los juegos infantiles, por lo que entiende que concurre “la intervención de un tercero, ajeno a la Administración, que rompería el carácter directo entre el actuar administrativo y el perjuicio causado; podemos concluir que no existe relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el daño sufrido por el menor, pues la intervención del contratista rompe dicha relación. Será, en su caso, el contratista quien deba responder de los daños y perjuicios sufridos por el menor, pero no la Administración, a quien no se puede imputar el daño cuya reparación se reclama”, toda vez que “precisamente la existencia de un contratista del

servicio de mantenimiento del mobiliario urbano y de los juegos infantiles excusa su responsabilidad, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o a la actividad administrativa, no siendo el daño consecuencia de una orden directa del Ayuntamiento en la ejecución del contrato o de vicios del proyecto (pliegos) elaborado por la propia Administración, lo cual excluiría la eventual responsabilidad del contratista en virtud” del artículo “196 de la actualmente vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La exigencia de la eventual responsabilidad del contratista deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional, siendo ese el cauce procedimental en el que se deberá determinar la existencia o no de dicha responsabilidad”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de agosto de 2023, 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 Oviedo objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin una copia 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 Oviedo, 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 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 del mismo, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

Respecto a la legitimación pasiva del Ayuntamiento de Oviedo, advertimos que la perjudicada atribuye la caída sufrida al deficiente mantenimiento del parque, dándose la circunstancia de que en la ciudad de Oviedo el servicio de mantenimiento del mobiliario urbano y juegos infantiles se presta a través de contratista interpuesto, y la propuesta de resolución desestimatoria sometida a nuestra consideración se fundamenta, como único argumento, en lo que su autor parece considerar una falta de legitimación pasiva de la entidad local, al concluir que la existencia del contratista implica la quiebra de la relación de casualidad y que “la exigencia de la eventual responsabilidad del (mismo) deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional, siendo ese el cauce procedimental en el que se deberá determinar la existencia o no de dicha responsabilidad”.

Al respecto, el punto de partida para analizar la legitimación pasiva radica en el artículo 25, apartado 2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), 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”, así como en el 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”. Fijadas las competencias municipales concurrentes y, en consecuencia, los servicios públicos implicados, debemos recordar, como hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Dictámenes Núm. 276/2021, 45/2022 -dirigido a esa

misma autoridad consultante- y 185/2022), que la declaración de responsabilidad del contratista interpuesto -atendiendo a la interrupción del nexo causal que origina su intervención, y con base en que los pliegos que rigen la contratación imponen al adjudicatario el mantenimiento en buen estado de conservación de las obras e instalaciones afectas al servicio y la indemnización de los daños a terceros- constituye un tema controvertido respecto del cual no existe una posición pacífica. El Consejo Consultivo no desconoce que la jurisprudencia no ha sido uniforme en el tratamiento de estos supuestos y que recientemente algunas sentencias de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo consideran que no procede someter al contratista al procedimiento administrativo ni determinar o cuantificar su responsabilidad a través del mismo, limitándose la obligación de la Administración a determinar si procede y a quién se imputa la responsabilidad por los daños causados.

Acerca de dicha cuestión, este Consejo viene defendiendo desde el inicio de su función consultiva (por todos, Dictámenes Núm. 210/2016, 208/2019 y 300/2019) 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, previa audiencia de la empresa contratista o, en su caso, concesionaria, deberá ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente a la mercantil implicada en la causación del daño por el que se reclama.

Con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece -tal como se recogía ya en la normativa anterior- que 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. La nueva previsión contenida en el artículo 190 de la LCSP apunta en esta dirección cuando, entre las prerrogativas de la Administración pública, menciona expresamente la de “declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato”. Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en este caso, esta debe no sólo dar audiencia al contratista o concesionario, sino también declarar su eventual responsabilidad y acudir a la acción de regreso cuando la indemnización se abone por la Administración, 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 o concesionario, no en la Administración contratante en su condición de titular del servicio.

Ahora bien, reconociendo la disparidad de criterios, este Consejo entiende (entre otros, Dictamen Núm. 23/2022) que, instada la acción de responsabilidad patrimonial, aunque materialmente alcance o pese sobre el contratista interpuesto, el pago por la Administración asumiendo la obligación de repetir frente al contratista -obligado a responder por la normativa general contractual y la específica de los pliegos que disciplinan su vínculo con la Administración- es la postura más garante de la igualdad de la posición de los ciudadanos, en tanto que equipara la vía de resarcimiento cuando el servicio es prestado por la propia Administración y cuando es prestado por un contratista o concesionario, y evita con ello que se inutilice todo el procedimiento administrativo sustanciado a su instancia cuando el servicio es objeto de prestación indirecta. Se razona en la doctrina consultiva más reciente que “la Administración, como titular del servicio público, es responsable hacia los ciudadanos de los daños causados en la prestación de servicios públicos, sin perjuicio de su derecho a repetir frente a sus contratistas”, y el perjudicado “ostenta el derecho, constitucional y legislativamente reconocido”, a reclamar por esos daños, pesando sobre la Administración el deber de asegurar la “completa reparación”, recordándose que también el artículo 1908 del Código Civil residencia la responsabilidad en “los propietarios” del elemento o

instalación en diversos supuestos, por lo que se concluye que “ha de abonarse a la reclamante la cantidad por el Ayuntamiento, sin perjuicio de que este pueda repetirla frente al contratista” (por todos, Dictámenes 173/20 y 86/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). En la misma línea se manifiestan otros Consejos Consultivos (entre otros, Dictámenes 44/2019 y 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias y Dictamen 511/2019 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana). Tal como se puntualiza en el Dictamen 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias, cabe “la posibilidad de que la propuesta de resolución estime la reclamación, declare la responsabilidad del contratista y le exija a este el pago de la indemnización”, pero, dado que se ha sustanciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial y pesa el deber de asegurar la plena indemnidad, la Administración “también tiene la posibilidad legal de pagar la indemnización a la entidad reclamante, y seguidamente ejercer el derecho de repetición sobre la empresa concesionaria”. Al efecto, interesa señalar que la Administración dispone de potestades y prerrogativas para exigir el pago al contratista, habiendo declarado el Tribunal Supremo, respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad imputando la misma a una empresa contratista, que “esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:4019-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Por otra parte, y a propósito de la específica referencia efectuada en la propuesta de resolución a que “la exigencia de la eventual responsabilidad del contratista deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional”, debemos reiterar además que es “común que el ciudadano, desconociendo la modalidad de gestión del servicio, dirija su reclamación frente a la Administración titular del mismo a través de un procedimiento administrativo que no requiere de asistencia técnica, de modo que una vez ventilada en ese procedimiento la causalidad del daño cuyo resarcimiento se impetra no procede inutilizar esta tramitación remitiendo al

reclamante a reemprender su pretensión por otros cauces, pues ese peregrinaje no sólo pugna con los criterios de eficiencia y buena administración sino también con la igualdad de los administrados, quienes disponen en los supuestos de gestión directa de la garantía de un procedimiento administrativo informado por el principio de gratuidad” (por todos, Dictamen Núm. 36/2023).

En el supuesto que nos ocupa, de la literalidad de la propuesta de resolución se deduce que el Ayuntamiento estima que el mantenimiento -tanto correctivo como preventivo- ha sido asumido por la contratista, lo que se corrobora a la vista de los pliegos (que aluden a la “revisión continua” a fin de detectar cualquier deterioro en las instalaciones). De su clausulado resulta -y así debe explicitarse y justificarse en el expediente- que el deber municipal de mantenimiento preventivo incumbe en su integridad a la contratista, por lo que en caso de estimarse la reclamación procede la repetición frente a la misma.

En definitiva, según lo razonado el Ayuntamiento de Oviedo se encuentra pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación, sin perjuicio de la posibilidad de repetir, en caso de estimarse la responsabilidad patrimonial, contra la empresa contratista del servicio de mantenimiento del mobiliario urbano y de los juegos infantiles, que ostenta la cualidad de interesada.

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 4 de octubre de 2022, y la caída de la que trae origen tuvo lugar el día 21 de julio de ese mismo año, por lo que, al margen del momento exacto de curación o estabilización de las secuelas, 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, 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 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 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 una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por un menor de edad mientras jugaba en un parque público de Oviedo el día 21 de julio de 2022.

La realidad del accidente, sus circunstancias y las consecuencias dañosas pueden considerarse acreditadas a la vista de la documental obrante en el expediente, tal y como admite la propuesta de resolución, que asume sin

cuestionar ni acordar la apertura de un período de prueba -aun existiendo testigos presenciales identificados de los hechos- el relato de la interesada en cuanto a la dinámica causal del percance, ocurrido cuando el menor “jugaba en las instalaciones destinadas para ello, al pasar al lado” de un tornillo descubierto que pertenecía a una red diseñada para ser escalada por los usuarios.

Por nuestra parte, resulta conveniente precisar que la sucinta descripción de las circunstancias que rodean el accidente es compatible con la secuencia más lógica, en términos de presunción, del modo en que se produce, pues la posición del tornillo, que sobresale al desprenderse una de las cuerdas que integran la malla, indica que el roce que ocasiona la herida debió producirse cuando el niño trepaba por aquélla.

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 hay una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado y que este es consecuencia de aquel.

Establecida la competencia municipal en la materia conforme a los preceptos señalados en la consideración segunda, corresponde determinar si el accidente acaecido durante el uso de dicha instalación 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.

Al respecto, venimos reiterando que en ausencia de estándares objetivos legalmente impuestos el ámbito del servicio público ha de ser definido en términos de razonabilidad, y que no cabe entender que los deberes de conservación y mantenimiento de las vías públicas urbanas se extiendan a que se elimine, de manera perentoria, toda imperfección o defecto, por mínimo que sea, lo que resultaría inasumible o inabordable. La determinación de qué supuestos son susceptibles de ocasionar la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una tarea que ha de abordarse casuísticamente, en función de las circunstancias concurrentes.

En el asunto objeto de examen, la propuesta de resolución entiende que el eventual nexo de causalidad quiebra ante la concurrencia de un contratista interpuesto, figura que equipara a la de “un tercero, ajeno a la Administración, que rompería el carácter directo entre el actuar administrativo y el perjuicio causado”; aseveración que no cabe compartir, según lo expuesto en la consideración segunda, y que lleva aparejada la omisión de cualquier análisis de la deficiencia invocada, cuyo detalle sí explicitan, aun parcialmente, tanto el informe emitido por el Servicio afectado como la empresa contratista. Ninguno de ellos formula objeción al uso de la instalación por parte del menor, por lo que debemos presumir que su utilización era acorde con la edad del niño -siete años en el momento de los hechos-.

En efecto, en sus correspondientes informes constatan, respectivamente, que se produjo “la rotura de uno de los tornillos que sujetan la red de trepa” por “razones que se desconocen” (informe del Jefe de la Sección de Apoyo Técnico de Parques y Jardines), y que la rotura de una de las sujeciones de la malla requirió su retirada y sustitución, dada la imposibilidad de reparación (ciertamente, el informe no despeja si se renovó la totalidad de la red o sólo la sujeción afectada), siendo ese desprendimiento el responsable de que el extremo punzante del tornillo quedara expuesto, tal y como evidencian las fotografías aportadas por la reclamante.

En ellas puede apreciarse que el tornillo sobresale unos cuatro centímetros, estimación que realizamos en ausencia de medición alguna tanto por parte del Ayuntamiento como de la reclamante -a quien compete la carga de la prueba-, pues -como señalamos- esta última se limita a referirse genéricamente al “mal estado de las instalaciones”, concretado en la existencia de un “tornillo suelto” que llega a extraerse del soporte lateral de madera de la red, como evidencia una de las fotografías presentadas.

En esta tesitura debemos recordar que, tal y como hemos señalado a propósito de percances producidos en parques infantiles, resulta “común que los niños puedan padecer ciertas lesiones mientras juegan” (por todos, Dictamen Núm. 127/2023), concurriendo en todo caso un deber de vigilancia parental acorde con la edad del menor y el estado de las instalaciones,

predicable en general respecto de cualquier espacio de la vía pública; y así lo expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 10 de julio de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:1900- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) al aludir a la “responsabilidad *in vigilando*” de los adultos acompañantes, que deben “asumir la posición de garantes del menor”.

Sentado lo anterior, hemos atendido también al potencial lesivo de la concreta deficiencia que provoca las lesiones (entre otros, Dictamen Núm. 257/2023) a fin de determinar la existencia de responsabilidad de la Administración competente, considerando singularmente que la existencia de elementos cortantes o punzantes constituye una situación de riesgo. Así, en el Dictamen Núm. 69/2021, relativo a una arista metálica sobresaliente de una valla ubicada en una “zona donde habitualmente juegan los niños” -aun no tratándose de un parque infantil-, destacábamos su aptitud “para provocar cortes y lesiones” y su condición de “defecto potencialmente lesivo y cuya visibilidad se encuentra mermada por su ubicación, al final de la valla, que impide que la víctima”, menor de edad, “sea consciente de su existencia y pueda, en alguna medida, evitar el contacto o impacto contra él”; circunstancias que abocaban entonces a “reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal”. Asimismo, en el Dictamen Núm. 55/2019, referido a las lesiones sufridas por un menor de edad a causa del mal estado del vallado de una pista polideportiva municipal, las circunstancias concurrentes nos llevaban igualmente “a afirmar la existencia de un incumplimiento del estándar exigible en la prestación del servicio público” por la existencia de una “`malla rota´ con `alambres´ e `hilos sueltos´ aptos para provocar cortes y lesiones como los producidos en este caso (o incluso de mayor gravedad, como la pérdida de un ojo a consecuencia de una malla metálica en mal estado en las instalaciones deportivas de un colegio, supuesto abordado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1996 -ECLI:ES:TS:1996:816-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)”.

Considerando tales precedentes, este Consejo Consultivo entiende que procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial en cuanto a los daños sufridos por el hijo de la interesada, atendiendo al potencial lesivo que

representa la existencia de un tornillo metálico sobresaliente en un juego infantil destinado a su utilización por menores de edad, siendo exigible un buen estado de los materiales que forman parte del parque a fin de evitar daños como los producidos en este caso, susceptibles incluso de ser de mayor entidad.

En cuanto a la apreciación del mecanismo de la concausa, si bien no cabe considerar la conducta del propio niño perjudicado como causa determinante del accidente, dado que no consta que haya realizado ninguna actuación de riesgo o imprudencia que pudiera haber contribuido a la producción del resultado lesivo, ni resulta exigible una comprobación previa detallada por parte del adulto responsable acompañante del estado de cada elemento o instalación de juego empleada que alcance a apreciar el tornillo clavado en la barra lateral, lo cierto es que en este caso sí era plenamente perceptible que la cuerda de la malla estaba suelta, lo que resultaba en sí un factor disuasorio de su uso. Al respecto, entendemos que del escueto relato de la interesada no cabe inferir que la red se desprendiera de forma simultánea al paso del usuario, sin margen de reacción o advertencia alguno, lo que nos lleva a apreciar concurrencia de concausa en la producción del daño, debiendo distribuirse por mitad con la propia perjudicada la participación en el resultado lesivo.

SÉPTIMA.- Resta finalmente nuestro pronunciamiento sobre la indemnización que se propone reconocer.

Para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles parece apropiado valerse del baremo establecido al efecto en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que si bien no es de observancia obligatoria viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos y es, además, expresamente invocado por la reclamante.

De acuerdo con los conceptos indemnizatorios previstos en aquél, la interesada valora el daño sufrido por el niño en un total de 7.248,99 €, cantidad

que desglosa en 16 días de perjuicio personal particular moderado y 6 puntos de perjuicio estético ligero. Dado el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, la Administración no formula apreciación alguna respecto a la indemnización solicitada -aunque consta la remisión de la documentación médica a la compañía aseguradora-.

Respecto a la naturaleza del perjuicio personal particular moderado por pérdida temporal de calidad de vida -que emplea la reclamante-, debemos recordar que, tal y como hemos expresado en los Dictámenes Núm. 51/2022 y 257/2023, esa calificación debe reservarse, a tenor de lo señalado en el artículo 138.4 del texto refundido, a los supuestos en que el lesionado “pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal”.

Ciertamente la doctrina de este Consejo Consultivo, siguiendo en este punto la del Consejo de Estado, ha venido rechazando en el caso de menores de edad y en relación con el período de curación de lesiones que los días de baja constituyan un concepto indemnizable “con carácter general -dada la condición escolar del alumno-, salvo que se acredite un perjuicio académico significativo” (por todos, Dictamen Núm. 140/2017), lo que no obsta a que, como también hemos señalado, “deba ser resarcido el sufrimiento causado al niño por las lesiones, en concepto de *pretium doloris*, cuyo cálculo puede hacerse tomando como referencia el número de días de baja”.

Sin embargo, estas consideraciones fueron matizadas ya en el Dictamen Núm. 69/2021 a la luz de la legislación sobrevenida, atendiendo a la actual configuración del régimen de valoración de la indemnización por lesiones temporales establecido en el título IV del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor anteriormente citado. Con arreglo al mismo, el “perjuicio personal básico por lesión temporal es el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela” (artículo 136), mientras que el perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de vida se identifica con aquel “que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su

tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal” (artículo 137), sin identificarse con el desempeño laboral. El impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce comúnmente al perjuicio moderado, salvo que se justifique su carácter grave o muy grave, debiendo así deducirse que en las personas que no pueden aportar un alta/baja laboral ha de atenderse a las limitaciones sufridas para sus específicas actividades de desarrollo personal, calificándose el perjuicio como básico de no acreditarse otra entidad.

Por otro lado, la aplicación de los conceptos del baremo para la indemnización por accidentes de tráfico en relación con el período invertido en la curación de lesiones sufridas por menores de edad se encuentra reconocida tanto en la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:2815-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) como en la doctrina consultiva autonómica comparada (pueden citarse, a título de ejemplo, los Dictámenes Núm. 342/2014 y 325/2020 del Consejo Consultivo de Castilla y León, 361/2017 del Consejo Consultivo de Canarias, 474/2011 y 511/2020 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, 186/2015 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco, 11/2017 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana y 37/2020 y 96/2020 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha).

En el caso analizado se objetiva que la curación de la herida requirió un total de 15 días, período comprendido entre la fecha del accidente y la de la retirada de los puntos el día 4 de agosto de 2022, según consta en la documentación médica aportada, y que consideramos como perjuicio de carácter básico pues no compartimos que el sufrido por el menor pueda calificarse como “perjuicio moderado”, tal y como sostiene la reclamante. Al respecto, el artículo 138.4 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor identifica aquél con “el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal”, constituyendo, por tanto, un perjuicio cualificado en el que no cabe entender subsumible la situación descrita por la madre, que alega que “al haberse producido los hechos

durante el periodo vacacional” el niño no pudo “disfrutar de las actividades concertadas para ese tiempo (acudía a un campamento de verano)”.

Teniendo en cuenta que el artículo 34.3 de la LRJSP determina que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo -sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento-, resultan de aplicación las cuantías fijadas en la Resolución de 23 de febrero de 2022, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. De la aplicación de la correspondiente tabla, procede por este concepto un importe de 493,65 €.

Por lo que se refiere a las secuelas, la reclamante alega 6 puntos de perjuicio estético ligero, razonando que “ha de aplicarse” la puntuación máxima de la correspondiente tabla al tratarse de una cicatriz “de dimensión considerable, fácilmente visible dependiendo de la vestimenta”. No obstante, dada su ubicación en la zona inferior de la pierna, consideramos más proporcionada la atribución de 2 puntos, siguiendo el criterio expresado en el Dictamen Núm. 51/2022. De la aplicación de la correspondiente tabla, y atendiendo a la edad de la víctima en el momento de los hechos (7 años), resulta por este concepto un importe de 1.997,85 €.

Ello supone que, de acuerdo con la documentación incorporada al expediente, son indemnizables los conceptos de perjuicio personal particular básico y perjuicio estético. La suma de las cuantías calculadas según lo señalado arroja la cifra de 2.491,50 €, si bien de acuerdo con la consideración anterior y apreciada la concausa procede reducir en un 50 % la indemnización, obteniendo una cantidad total de 1.245,75 €; cuantía que habrá de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

Finalmente, tal como razonamos en la consideración segunda de este dictamen, el deber municipal de mantenimiento preventivo incumbe en su integridad a la contratista, la cual se limita a constatar el desperfecto y denunciar vagamente ciertos actos de “vandalismo” que no asocia al tornillo

“suelto” que provoca el percance, por lo que procede estimar la reclamación en la cuantía reseñada y repetir frente a la mercantil.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por frente al Ayuntamiento de Oviedo, e indemnizar en los términos señalados con obligación de repetir contra la mercantil responsable.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.