



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 4 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de marzo de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Guía de Isora en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por L.K., en nombre y representación de su hijo menor de edad, N.K.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 51/2014 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Guía de Isora, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado a instancias de L.K. en nombre de su hijo menor de edad N.K.S. por las lesiones que sufrió éste por caer desde un parterre elevado sobre la rasante de la plaza de la Estrella Polar, en Playa de San Juan de esa localidad.

2. Se reclama una indemnización de 12.504,04 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

* PONENTE: Sr. Brito González.

4. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo; el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado en el presente; sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los arts. 42.1 y 43.1 4.b) LRJAP-PAC.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un Dictamen de fondo.

II

1. Por L.K. se presentó el 20 de diciembre de 2012 escrito de reclamación patrimonial por las lesiones sufridas por su hijo el día 15 de octubre de 2012 a consecuencia de la caída desde un parterre elevado sobre la rasante de la plaza de la Estrella Polar, en Playa de San Juan. La madre del menor imputa la causa del accidente a la ausencia de una barrera de protección o baranda en el borde del muro del parterre-jardín que daba al pozo de acceso a un transformador subterráneo. Solicita una indemnización de 12.504,04 euros, cifra que determina por aplicación del Sistema de Valoración de Daños Personales del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

2. Conforme se señala por la interesada, su hijo estaba jugando al escondite con sus compañeros cuando se precipitó al fondo de ese pozo y sufrió politraumatismo, contusión hepática leve, neumotórax derecho leve no drenable, fractura rama isquiopubiana derecha, fractura costal D 7 derecha y traumatismo craneoencefálico leve. La causa de esas lesiones requirieron cuatro días de ingreso hospitalario, seis semanas de reposo y tratamiento rehabilitador del que fue dado de alta sin secuelas el cuatro de abril de 2013, como acredita el documento médico, aportado la interesada, extendido por la doctora del Servicio de Rehabilitación del Hospital Nuestra Señora de la Candelaria.

3. El informe de la Oficina Técnica Municipal, el cual incorpora a su tenor la PR, describe así las condiciones de la plaza:

“Situación: La plaza Estrella Polar se encuentra en el Plan Parcial Salinas de Fonsalía, dentro del núcleo de Playa de San Juan, más concretamente en la esquina de las calles Corriente de Mar y Avenida Altamar.

Tiene una forma trapezoidal, ocupando una superficie aproximada de 1.850,00 m², divididos en tres zonas de usos diferenciados. Éstas son:

Parque infantil: Situado en la zona más al norte de la plaza, ocupa una superficie de 380,00 m². Dispone de varios juegos infantiles y de un suelo de césped artificial para mejorar la seguridad de los niños frente a las caídas.

Zona de tránsito libre: Ocupa la mayor parte de la plaza. Es un espacio destinado a la circulación, estancia, descanso, etc. (...), de los usuarios. Ocupa una superficie de aproximadamente 1.350,00 m².

Jardín-parterre: Ocupando una superficie de 120,00 m² aproximadamente donde existe un CT (centro de transformación de corriente eléctrica) enterrado (...) Se trata de un espacio diseñado de manera que no resulta transitable".

Según este informe, por el lado que corresponde al pozo de la escalera que conduce a la puerta de acceso al transformador subterráneo la altura del muro de ese jardín-parterre es de 3,30 m. y en ese lado no estaba instalada una baranda o barrera de protección que impidiera la caída de personas. En un informe complementario de dicha oficina se precisa que la altura del muro del jardín-parterre por la parte que da a la plaza varía entre 70 y 126 cm. medidos desde la rasante.

4. La Propuesta de Resolución desestima la pretensión resarcitoria con base en las siguientes consideraciones:

«1.- En la comparecencia efectuada ante la Guardia Civil, por la madre del menor, L.K., el día 22 de octubre de 2012, y según su propio relato de los hechos, declara que el menor se encontraba jugando en los parterres del parque (zona no habilitada para jugar-zona no transitable), siendo que la declarante salió del mismo para ir a fumar junto a otras dos personas, estando a unos 15 metros de distancia de donde jugaba su hijo, teniéndolo a la vista excepto cuando se escondía "tras las plantas que crecen en los jardines". Y así, "en un momento dado vio que su hijo estaba sobre un parterre escondido tras un árbol pero de repente lo perdió de vista". Al llegar al lugar comprobó que el menor había caído desde el parterre ya que no existía ningún tipo de protección".

2.- Del informe efectuado por el Técnico Municipal, el cual se lleva a cabo para valorar si la plaza Estrella Polar dispone de las medidas de seguridad adecuadas para evitar el accidente objeto de la reclamación patrimonial, se desprende claramente que el niño se encontraba jugando en una zona no apta para el juego (zona no

transitable) siendo que hay una gran distancia desde el parque infantil hasta los jardines. Concretamente, el accidente se produjo en una zona que no es transitable (jardín-parterre), circunstancia que lo evidencia el hecho de que entre la plaza (viario público) y el parterre elevado existe una diferencia de cota de nivel nunca inferior a 93 cm.

Asimismo, del informe se deduce, que dentro del jardín-parterre, no sería necesario disponer de elemento de protección de acuerdo con el punto 3.1.1 del CTE-DB.SUA del Ministerio de Fomento respecto al concepto de "Disposiciones constructivas que hacen muy improbable la caída" ya que se considera que el parterre elevado es una zona donde no se prevea la circulación de personas. Además, la elevación del lugar desde el que se produjo la caída sobre la rasante de la zona transitable de la vía pública, en un mínimo de 93 cm., representa ya de por sí una evidente barrera arquitectónica, especialmente para un niño de siete años.

Del informe aclaratorio del técnico municipal queda claro la zona ajardinada no transitable es de una dimensión de más de cuatro metros entre el muro y el punto donde se produjo la caída del niño y no sería necesario disponer de barrera de protección entre el jardín y el hueco donde se produjo la caída, ya que el jardín es zona no transitable (el niño no tendría que encontrarse jugando en esa zona).

A mayor abundamiento, según dicho informe técnico, existe un muro que dificulta el paso entre la zona transitable (plaza) y la no transitable (jardín) con una altura que varía entre los 70 cm. y los 126 cms.

3.- De la instrucción del procedimiento se deduce una flagrante conducta negligente de la madre del menor, al permitir la presencia del niño en el interior de un espacio elevado no transitable, y con la presencia de obstáculos que impedían una correcta visibilidad desde su posición alejada en la que se encontraba fumando junto con otras dos personas.

De esta forma, existe culpa in vigilando como desviación de las obligaciones inherentes a la patria potestad que fue determinante del accidente sufrido por su hijo. Y así fue la conducta de la madre y su influencia causal en la producción del accidente el motivo por el que se reclama responsabilidad patrimonial de esta Administración. El menor contaba con 7 años de edad en el momento del accidente, y, obviamente debía ser vigilado por su madre, sobre todo cuando ésta, según sus manifestaciones, se distanciaba para fumar junto con otras dos personas con pérdida de visibilidad del lugar donde se hallaba el menor. Tal culpa in vigilando por parte de la madre del menor interfiere de forma determinante en el nexo causal que debe

apreciarse entre el funcionamiento del servicio público y la lesión por la cual se reclama y supone la exoneración de responsabilidad de este Ayuntamiento».

III

1. El Código Técnico de la Edificación, CTE (aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo) en su art. 12.1 establece las exigencias básicas de seguridad de utilización y accesibilidad (SUA) frente al riesgo de caídas en huecos, en cambios de nivel y en escaleras y rampas.

Estas exigencias están desarrolladas en el Documento Básico de Seguridad de Utilización y Accesibilidad (DB SUA), el cual forma parte del CTE y por consiguiente tiene también el carácter de norma reglamentaria. Su apartado 3 dice así:

“3. Desniveles

3.1. Protección de los desniveles

4. Con el fin de limitar el riesgo de caída, existirán barreras de protección en los desniveles, huecos y aberturas (tanto horizontales como verticales) balcones, ventanas, etc. con una diferencia de cota mayor que 55 cm., excepto cuando la disposición constructiva haga muy improbable la caída o cuando la barrera sea incompatible con el uso previsto.

5. En las zonas de uso público se facilitará la percepción de las diferencias de nivel que no excedan de 55 cm y que sean susceptibles de causar caídas, mediante diferenciación visual y táctil. La diferenciación comenzará a 25 cm del borde, como mínimo.

3.2. Características de las barreras de protección

3.2.1. Altura

1. Las barreras de protección tendrán, como mínimo, una altura de 0,90 m cuando la diferencia de cota que protegen no exceda de 6 m y de 1,10 m en el resto de los casos, excepto en el caso de huecos de escaleras de anchura menor que 40 cm., en los que la barrera tendrá una altura de 0,90 m., como mínimo.

La altura se medirá verticalmente desde el nivel de suelo o, en el caso de escaleras, desde la línea de inclinación definida por los vértices de los peldaños, hasta el límite superior de la barrera.

3.2.2. Resistencia.

1. Las barreras de protección tendrán una resistencia y una rigidez suficiente para resistir la fuerza horizontal establecida en el apartado 3.2.1 del Documento Básico SE-AE, en función de la zona en que se encuentren.

3.2.3. Características constructivas.

1. En cualquier zona de los edificios de uso Residencial Vivienda o de escuelas infantiles, así como en las zonas de uso público de los establecimientos de uso Comercial o de uso Pública Concurrencia, las barreras de protección, incluidas las de las escaleras y rampas, estarán diseñadas de forma que:

a) No puedan ser fácilmente escaladas por los niños, para lo cual:

- En la altura comprendida entre 30 cm y 50 cm sobre el nivel del suelo o sobre la línea de inclinación de una escalera no existirán puntos de apoyo, incluidos salientes sensiblemente horizontales con más de 5 cm de saliente.

- En la altura comprendida entre 50 cm y 80 cm sobre el nivel del suelo no existirán salientes que tengan una superficie sensiblemente horizontal con más de 15 cm de fondo.

b) No tengan aberturas que puedan ser atravesadas por una esfera de 10 cm de diámetro, exceptuándose las aberturas triangulares que forman la huella y la contrahuella de los peldaños con el límite inferior de la barandilla, siempre que la distancia entre este límite y la línea de inclinación de la escalera no exceda de 5 cm".

Por su parte la Orden del Ministerio de la Vivienda, de 1 de febrero de 2010, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación (OM VIV/561/2010) establece:

"1. Se consideran elementos de protección al peatón las barandillas, los pasamanos, las vallas y los zócalos.

2. Se utilizarán barandillas para evitar el riesgo de caídas junto a los desniveles con una diferencia de cota de más de 0,55 m., con las siguientes características:

a) Tendrán una altura mínima de 0,90 m., cuando la diferencia de cota que protejan sea menor de 6 m., y de 1,10 m. en los demás casos. La altura se medirá verticalmente desde el nivel del suelo. En el caso de las escaleras, la altura de las barandillas se medirá desde la línea inclinada definida por los vértices de los peldaños hasta el límite superior de las mismas.

b) No serán escalables, por lo que no dispondrán de puntos de apoyo entre los 0,20 m. y 0,70 m. de altura.

c) Las aberturas y espacios libres entre elementos verticales no superarán los 10 cm.

d) Serán estables, rígidas y estarán fuertemente fijadas”.

Las dos normativas coinciden en que se deberá proteger los desniveles de más de 55 cms. y que el elemento de protección para un desnivel de menos de seis metros debe tener como mínimo 90 cm. de alto.

La Dirección General de Arquitectura, Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento, en contestación a consultas formuladas por la vía del art. 35.g) LRJAP-PAC, ha interpretado la expresión técnica *“disposición constructiva (que) haga muy improbable la caída”* del apartado 3.1.4 CTE DB SUA y que, según el tenor del mismo, permite dispensar de la colocación de barreras de protección. Esa interpretación es la siguiente:

“Las disposiciones constructivas que hacen muy improbable la caída que se mencionan en este apartado podrían ser, por ejemplo, zonas ajardinadas o láminas de agua de suficiente dimensión como para asegurar que ante un comportamiento normal de los usuarios (tratándose de elementos no previstos para caminar sobre ellos) el riesgo de caída es suficientemente bajo. Este tipo de soluciones no podrían aplicarse en aquellos usos mencionados en el apartado SUA 1-3.2.3 párrafo 1. en los que se sea previsible la presencia de niños sin vigilancia continua”.

Entre los usos mencionados en el apartado 1.3.2.3 párrafo 1 del DB SUA se encuentra el “uso de pública concurrencia”. Por consiguiente, una zona ajardinada ubicada en un espacio con dicho uso no se puede entender como una disposición constructiva que haga muy improbable la caída si en ese espacio es previsible la presencia de niños sin vigilancia continua.

El “uso de pública concurrencia” caracteriza a una plaza pública, como es la denominada de la Estrella Polar, donde ocurrió el accidente. En esta plaza, hay un parque infantil; por ende, es previsible la presencia de niños sin vigilancia continua, por lo que una zona ajardinada no puede ser considerada como una disposición constructiva que haga muy improbable la caída y, por tanto, no es aplicable la excepción del apartado 3.1.4 CTE-DB.SUA cuando la diferencia de cota sea mayor de 55 cms. En este caso, la diferencia de cota desde la zona ajardinada y la rasante de

la plaza se situaba entre 70 y 126 cm. y desde dicha zona al fondo del pozo de acceso al transformador subterráneo la altura medía 3,30 metros y por consiguiente debían estar instaladas barreras de protección para evitar la caída de niños a dicho pozo.

Según el informe técnico complementario, la altura del muro del jardín-parterre respecto a la rasante de la plaza en varios puntos alcanza los 126 cms., pero en otros los 70 cms., con que en estos últimos no alcanza el mínimo de 90 cms. de alto previstos por la normativa de aplicación. Por ello, no se puede considerar como elemento de protección que delimite la zona de tránsito de los peatones, la plaza, de la zona no transitable, el jardín-parterre. Éste, por el lado del pozo de acceso, presentaba una diferencia de cota de más tres metros por lo que debía estar provisto de una barrera de protección con una altura mínima de 90 cms.

Es obvio, pues, que la plaza, al menos en la zona donde se produjo el incidente, no reunía las condiciones reglamentarias de seguridad para evitar el riesgo de caídas. Estas condiciones de seguridad no admitían excepción alguna porque se trata de un espacio de pública concurrencia en el que además existe un parque infantil, lo que hace previsible la presencia de niños sin vigilancia continua.

Tal como consta en el atestado levantado por la Guardia Civil, el jardín-parterre por el que transitó el menor y se cayó no contaba con carteles o indicaciones visibles que prohibieran acceder o pisar la parte superior de las jardineras, ni sobre el muro que daba a la plaza existían barreras de protección que impidieran su acceso a ellas, lo que contradice la normativa señalada e implica un incorrecto o anómalo funcionamiento del servicio público de conservación de los espacios de uso público en las debidas condiciones de seguridad para los usuarios.

2. Acreditada la responsabilidad de la Administración resta por analizar si la conducta de la madre tuvo incidencia causal a los efectos de una posible concurrencia de culpas que incide sobre la cuantía indemnizatoria por la existencia de *culpa in vigilando* con respecto a su hijo menor de edad.

En el atestado de la Guardia Civil y la documentación gráfica incorporada al mismo se constata que no existía contacto visual desde el lugar donde se encontraba la madre del menor y donde éste sufrió la caída. Siendo cierto que la existencia del pozo de acceso al transformador subterráneo no es visible desde la plaza, ya que su abertura está oculta por la elevación del jardín-parterre y por las palmeras y vegetación arbustiva que lo ocupan y que, como ya dijimos, no existían carteles indicadores y barreras de protección, no podemos dejar de lado el hecho de que el menor no estaba jugando en el parque, sino en los jardines anexos (parterres

elevados) y fuera del alcance visual de la madre por lo que se puede considerar que la madre incurrió en *culpa in vigilando con respecto a su hijo de siete años de edad*, que por tal circunstancia hace imprevisible su conducta pues carece de la madurez y percepción de riesgo de los mayores de edad.

Por esta razón se aprecia una concurrencia de culpas al 50% entre la Administración y la reclamante.

3. Por último, queda analizar el importe de la indemnización, la cuantificación de las lesiones producidas.

Para ello, conforme criterio reiterado de nuestros Tribunales se aplica de forma analógica los criterios normativos para la valoración de daños personales recogidos en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor vigente a la fecha de la sanidad del lesionado o la estabilización de las lesiones producidas, Resolución de 21 de enero de 2013 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 30 de enero de 2013).

De la documentación obrante en el expediente consta que la lesión se produjo el 15 de octubre de 2012 y la sanidad el 4 de abril de 2013; de ellos, 4 días de baja con estancia hospitalaria y 167 días de baja con carácter impositivo.

La Resolución citada establece en 71,84 euros la indemnización por cada día de estancia hospitalaria, cifra de cuya multiplicación por los 4 días durante los cuales estuvo hospitalizado el menor resulta la cantidad de 287,36 euros, y en 58,24 euros la indemnización por cada día de baja impositivo, cantidad que multiplicada por los 167 días de tratamiento rehabilitador que hubo de seguir el paciente da la cifra de 9.726,08 euros. La suma de las cuantías de ambos conceptos da un total de 10.013,44 euros.

La cantidad anteriormente señalada, debe minorarse en un 50% conforme a la concurrencia de culpas existente en el caso analizado y su resultante (5.006,72 euros) y ser actualizada al resolver el procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación no es conforme a Derecho; a la reclamante le corresponde una indemnización conforme a lo señalado en el Fundamento III de este Dictamen.