



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de enero de 2017.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta Accidental del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por Y.I.T.L., en nombre y representación de su hijo menor de edad D.M.T., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio de conservación y mantenimiento de parques infantiles (EXP. 438/2016 ID)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa Accidental del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración por los daños personales sufridos por un menor como consecuencia del defectuoso estado del pavimento de un parque infantil.

2. La cuantía de la indemnización en este procedimiento asciende a la cantidad de 8.772,11 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Alcaldesa Accidental para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta última Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

Resulta igualmente aplicable el 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre.

## II

1. Y.I.T.L., actuando en representación de su hijo menor de edad D.M.T., presenta, con fecha 15 de enero de 2014, reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños personales sufridos por éste como consecuencia de la caída en un parque infantil de titularidad municipal.

En la denuncia presentada el mismo día ante la Policía Local y cuya copia adjunta, relata los siguientes hechos:

- Que el día 13 de enero de 2014, siendo aproximadamente las 19:00 horas, se encontraba con su hijo de cuatro años de edad en el parque infantil municipal (...).

- Que la dicente se encontraba en un banco con otra señora, abuela de una niña que jugaba en ese momento con su hijo y que es compañera de colegio.

- Su hijo tropieza con un trozo de caucho que estaba levantado del suelo del parque y cae hacia el tobogán que estaba justo delante, haciéndose una gran herida en la cabeza, concretamente en la frente.

- Que la dicente socorre a su hijo y corre hasta un gimnasio que hay en el lugar para pedir ayuda, alertada por la cantidad de sangre que tenía el niño. Desde allí llaman a emergencias y éstos le manifiestan que por ese tipo de caídas no envían ambulancias, por lo que una señora que se encontraba en el lugar la acerca a ésta y a su hijo hasta el Hospital Universitario de Canarias.

- Que una vez allí, el personal sanitario valora y atiende a su hijo, resultando una herida profunda de dos centímetros de longitud, que precisó seis puntos de sutura, así como tratamiento posterior consistentes en ibuprofeno infantil, realización de curas y vigilancia las primeras 24 horas. Que aporta Parte Médico Judicial, el cual se adjunta a la presente.

- Que la dicente realiza en el día de hoy reportaje fotográfico donde se observa el estado del parque, el lugar de la caída del niño y las heridas resultadas, consta de siete folios que se adjuntan a las presentes.

- Que quiere hacer constar que en caso de necesidad podría localizar a la abuela de la niña que se encontraba en el lugar de los hechos denunciados y que fue testigo de lo sucedido.

Adjunta a su reclamación, además de la referida denuncia, copias de su DNI y el de su hijo diversa documentación clínica, informe del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias, pre-factura del Servicio Canario de la Salud, datos del testigo y fotografías.

En la reclamación no se cuantifica la indemnización que se solicita.

2. El reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega daños personales como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

3. La reclamación fue presentada el 15 de enero de 2014, en relación con el accidente sufrido por el menor dos días antes, por lo que ha sido presentada dentro del plazo que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. La conservación y mantenimiento de los parques infantiles municipales se encuentra adjudicada, tal como resulta del expediente, a la UTE (...), cuyo contrato se formalizó con fecha 28 de junio de 2012, tras su adjudicación por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de junio de 2012.

La responsabilidad por daños causados en ejecución de un contrato administrativo está regulada con carácter general en el art. 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que le impone al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable.

Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la

actuación del contratista, entonces éste será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP. El procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en el RPAPRP cuando el perjudicado reclama a ésta el resarcimiento y en ellos está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el art. 31.1, b) de la LRJAP-PAC, en relación con el art. 214 TRLCSP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013; y 132/2013, de 18 de abril de 2013.

De lo anterior se sigue necesariamente que la Administración debe llamar al procedimiento al contratista, lo que efectivamente ha acontecido en el presente caso, pues le dado vista del expediente y trámite de audiencia.

La Administración ha notificado asimismo la reclamación presentada a la entidad aseguradora.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

Constan en el expediente las siguientes actuaciones:

- Con fecha 12 de febrero de 2014 se remite por la Policía Local Acta de denuncia nº 1004/2014 al Negociado municipal de Hacienda y Patrimonio.

- El 24 abril de 2014 se remite copia de la reclamación presentada a la entidad aseguradora de la Administración.

- En esta misma fecha se solicita a la Unidad de Parques y Jardines del Área de Medioambiente y Servicios Municipales informe sobre los hechos en los que se funda la reclamación.

Este informe se emite el 6 de junio de 2014 y en el mismo se hace constar que:

- El mantenimiento de los juegos infantiles donde supuestamente han ocurrido los hechos le corresponde a esta Unidad de Parques y Jardines.

- El servicio, el día del incidente, se prestaba de conformidad.

- No se tenía conocimiento de que el elemento que supuestamente ha causado el daño no estuviese instalado adecuadamente.

- El servicio de mantenimiento de los juegos infantiles se presta a través de empresa adjudicataria.

- Esta Unidad no ha emitido informe respecto al incidente, ni consta en esta Unidad informe del adjudicatario.

- En esta Unidad no ha existido constancia de los hechos y circunstancias indicadas, previas a la emisión de este informe.

- En esta Unidad no se tiene conocimiento de otros incidentes ocurridos por las mismas razones.

- Con posterioridad, a la fecha del supuesto incidente, el 11 de febrero de 2014, el adjudicatario eleva parte de incidencia con respecto al estado del pavimento de la zona de juegos infantiles aludida y procede al balizado de la zona para impedir su uso. Se adjunta copia. El 13 de febrero de 2014 se procede a la retirada de toda la zona de juegos infantiles, para proceder a su reparación, elevando nuevamente parte de incidencia, se adjunta copia.

- Con fecha 28 de octubre de 2014 se comunica la reclamación presentada a la entidad adjudicataria del mantenimiento de los juegos infantiles, adjuntado asimismo el informe del Servicio y se le concede un plazo de diez días a los efectos de que presente las alegaciones que estime pertinentes.

- El 13 de noviembre de 2014 la contratista presenta escrito en el que alega lo siguiente:

1º.- La Cláusula 22.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares hace referencia a daños producidos a terceros por empleados o maquinaria durante la ejecución de los trabajos de mantenimiento y no de los que se recogen en la reclamación.

2º.- El criterio sobre la peligrosidad o no de un juego infantil en mal estado y, en general, todo lo referente al servicio, lo establece el Ayuntamiento con sus servicios municipales.

3º.- No tiene obligación de vigilancia y custodia de los objetos del mantenimiento, sean árboles, palmeras, juegos infantiles o suelo anti-impacto, añadiendo que los trabajos de mantenimiento son periódicos, pero entre acciones

pueden producirse desperfectos que conviertan a este mobiliario urbano en peligroso. Concluye que sólo en el caso de que reciba aviso de incidencia se desplazan los medios necesarios para su reparación o retirada.

- Mediante Providencia del Concejal Teniente de Alcalde de Hacienda y Servicio Económicos de 15 de abril de 2015 se admite a trámite la reclamación presentada, al propio tiempo que se requiere al interesado a los efectos de que aporte diversa documentación.

Esta documentación es presentada con fecha 7 de mayo de 2015.

- Con fecha 29 de mayo de 2015 se dicta Providencia por el mismo órgano ya señalado por la que se admite la prueba testifical propuesta por el interesado.

Esta prueba se practica con fecha 25 de junio de 2015. La testigo manifiesta que presencié la caída del menor, refiriendo que éste se encontraba agachado al lado del tobogán y al ponerse de pie e ir a caminar tropezó con las losetas del parque que estaban levantadas y se cayó, golpeándose la cabeza con el tobogán. En cuanto a los desperfectos que causaron la caída, indica que las losetas del parque son como esponjas que estaban todas levantadas y que a los quince días las quitaron y las cambiaron.

- Con fecha 20 de agosto de 2015 se remite escrito a la entidad aseguradora de la Administración solicitando la valoración de las lesiones por las que se reclama.

Este informe, que se emite el 8 de marzo de 2016, valora las lesiones sufridas por el menor en la cantidad de 8.772,11 euros, conforme al siguiente desglose: 10 días improductivos (584,10 euros), 8 puntos de secuelas por perjuicio estético (7.969,12 euros) y otros gastos (pre-factura del Servicio Canario de la Salud: 218,89 euros).

- Con fecha 31 de mayo de 2016 se concede trámite de audiencia al interesado, así como a la entidad contratista.

En cumplimiento de este trámite, la entidad contratista presenta alegaciones en las que manifiesta que adjunta resumen mensual de acciones de mantenimiento del parque infantil de referencia del año anterior a la fecha del accidente, a los efectos de acreditar que se realiza el mantenimiento y revisión periódica de las zonas infantiles. Se puede comprobar en partes de incidencias que cuando hay desperfectos, éstos se solucionan inmediatamente y si no se pueden reparar al instante, se procede al balizado y precintado de la zona o a la sustitución del elemento dañado, según proceda.

Añade que asimismo se puede comprobar concretamente que el 8 de enero de 2014, cinco días antes del supuesto accidente, sus operarios pasaron por ese parque haciendo el mantenimiento periódico y no observaron ningún desperfecto en el suelo de caucho.

Por ello, reitera lo ya señalado en su escrito presentado anteriormente, señalando que no tiene obligación de vigilancia y custodia de los juegos infantiles.

- A la vista de estas alegaciones, se solicitó informe aclaratorio a la Unidad de Parques y Jardines que indicase, ante las alegaciones de la contratista sobre el buen estado del pavimento cinco días antes del accidente, si este elemento puede deteriorarse en tan breve plazo, tal y como constan en las fotografías obrantes en el expediente, a los efectos de determinar la posible responsabilidad de empresa encargada del mantenimiento.

Esta Unidad informa con fecha 2 de agosto, indicando que:

a. Los pavimentos antiimpacto de los juegos infantiles están sometidos a muy diversas acciones de desgaste, como las provocadas por los agentes atmosféricos, el uso y de forma señalada el mal uso o acciones vandálicas.

b. La combinación de todas estas acciones determinan la necesidad de su renovación

c. El momento elegido para la renovación del pavimento antiimpacto de los juegos infantiles, una vez establecida la necesidad de cambio, viene determinada por la disponibilidad de recursos materiales y humanos para su ejecución, pudiendo darse el caso como el descrito en el expediente. Incluso si la situación lo aconsejase, tal y como también se ha expuesto en la documentación incluida en el expediente, se puede determinar el cierre o balizado de la zona de juegos hasta la renovación o reparación que fuese necesaria.

- Tras estas actuaciones, se concedió nuevo trámite de audiencia al interesado y a la contratista, presentando ésta escrito en el que se remite a sus alegaciones presentadas con anterioridad.

- Se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución, que estima la reclamación presentada, reconociendo el derecho del interesado a ser indemnizado por las lesiones sufridas en la cantidad de 8.772,11 euros.

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución considera que en el presente caso concurren los requisitos necesarios para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que efectivamente acontece en el presente caso.

Así, se encuentra acreditado por medio de la declaración de un testigo presencial de los hechos en el expediente que el menor sufrió la caída en el parque infantil en el día señalado. Se encuentra asimismo demostrada la realidad del daño, al constar acreditada la lesión padecida por medio de los diversos informes médicos aportados al expediente.

En cuanto a la causa del accidente, se encuentra también acreditado en el expediente que éste fue producido, por los desperfectos del pavimento antiimpactos del parque, que se encontraba levantado, lo que obligó a su reparación días después de acaecida la caída del menor.

Concurre por consiguiente el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, pues ha quedado constatado, tanto por la declaración testifical como por el informe del servicio y las fotografías aportadas, que se trata de una zona que reviste peligrosidad para su uso, máxime si se considera que el parque está destinado al juego de menores de corta edad, a los que no se les puede exigir la misma diligencia y cuidado en su deambular que a un adulto. Los desperfectos además no se encontraban señalizados.

2. En cuanto a la valoración del daño, se considera correcta la cantidad de 8.772,11 euros propuesta por la Administración.

Consta en el expediente informe médico de 6 de mayo de 2015 que acredita que el menor sufrió un trauma craneal en región ciliar izquierda de 2 cm de largo con 1 cm de profundidad y que la herida precisó de 6 puntos de sutura que se mantuvieron durante diez días, con curas diarias en los primeros días y posteriormente en días alternos hasta la fecha en que se le retiraron. Indica también que durante esos días el menor no acudió al colegio porque presentaba dolor e inflamación en la zona y que en el momento de elaboración del informe presenta un queloide en la zona del traumatismo.

Con base en este informe, la entidad aseguradora de la Administración ha cuantificado las lesiones producidas, como ya se ha señalado, en la cantidad de 8.553,22 euros, teniendo en cuenta diez días impeditivos (584,10 euros) y los 8

puntos de secuelas por perjuicio estético (7.969,12 euros). Esta indemnización se ha calculado por aplicación de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

Se adiciona a esta cantidad el gasto correspondiente a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud, que asciende a 218,89 euros, según factura aportada por la interesada, de conformidad con lo previsto en el art. 83 de la Ley General de Sanidad.

Todo ello sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de conformidad con lo establecido en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

3. En cuanto al abono de la indemnización, la Propuesta de Resolución señala que la indemnización habrá de ser satisfecha por la entidad aseguradora de la Administración, salvo la cantidad de 300 euros, que sufragará la Administración, debido a la franquicia que se establece en el contrato suscrito.

La Propuesta además entiende que ello sin perjuicio de la facultad de la Corporación de ejercitar la acción de regreso contra la entidad adjudicataria del servicio de conservación y mantenimiento de los parques infantiles. Sin embargo, como ya se ha señalado, el art. 244 TRLCSP impone al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable. Corresponde por consiguiente el abono de la indemnización a la entidad contratista.

En el presente caso no obstante, la contratista niega que dentro de las obligaciones contractualmente asumidas se encuentre la de vigilancia y custodia de los objetos del mantenimiento, en este caso los juegos infantiles, añadiendo que los trabajos de mantenimiento son periódicos y que sólo en caso de que reciba aviso de incidencia se desplazan los medios necesarios para su reparación o retirada. La resolución de esta cuestión se torna por tanto esencial a los efectos de la posibilidad de declarar la responsabilidad de la contratista por estos hechos.

La Propuesta de Resolución sin embargo no ofrece respuesta a esta alegación, limitándose a indicar la posibilidad de repetición contra la entidad y asumiendo el abono de la indemnización en los términos ya señalados.

Ante esta situación no resuelta, y teniendo en cuenta el interés del reclamante afectado por el defectuoso funcionamiento del servicio público, se considera conforme a Derecho la Propuesta de Resolución sobre este extremo y considerar que, una vez resuelta, en su caso, cabría la acción de repetición, de solventarse que efectivamente la vigilancia y custodia de los juegos infantiles constituye una obligación contractualmente asumida por la contratista.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, no resulta procedente que en la Propuesta de Resolución se acuerde que la indemnización debe abonarla la compañía de seguros del Ayuntamiento. Según ha razonado reiteradamente este Consejo en asuntos donde se produce la misma circunstancia (entre otros, Dictámenes 95/2015, de 19 de marzo; 67/2015, de 23 de febrero; 428/2014, de 26 de noviembre; 567/2012, de 4 de diciembre y 414/2016, de 19 de diciembre) se observa que, tramitado el procedimiento de responsabilidad y aun cuando la Administración hubiese concertado contrato de seguro con una empresa del ramo para cubrir los gastos que por este concepto tuviere, no cabe, y menos aún en la Propuesta de Resolución que lo concluye, acordar que la aseguradora abone la indemnización propuesta al interesado.

La relación de servicio existente entre Administración y usuarios es directa (sin perjuicio de lo dispuesto, como ya señalamos, en la legislación de contratos de las Administraciones públicas sobre servicios públicos prestados mediante contratista o concesionario), en relación con aquellos servicios, debiendo responder aquella ante los usuarios por daños que se les causen por el funcionamiento de sus servicios públicos o sus actuaciones asimiladas, sin intervención al efecto de un tercero que no forma parte de esa relación. En este sentido, tan solo emitido el dictamen sobre la Propuesta de Resolución y resuelto el procedimiento con la concesión de indemnización, no antes, existe gasto municipal con esta base y cabría exigir la ejecución de la correspondiente póliza a la aseguradora por el Ayuntamiento, procediéndose en los términos del contrato formalizado y entre las partes del mismo.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se estima la reclamación presentada por Y.I.T.L., actuando en representación de su hijo menor de edad D.M.T. se considera conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones efectuadas en el Fundamento III.3 en cuanto a la empresa adjudicataria del servicio de conservación y mantenimiento de los parques infantiles y a la aseguradora municipal.