



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 3 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de octubre de 2017.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Santa Lucía en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada (...), en nombre y representación de la menor (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio de conservación y mantenimiento de parques infantiles (EXP. 313/2017 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración por los daños personales sufridos por una menor como consecuencia del defectuoso estado de un parque infantil.

2. La cuantía de la indemnización en este procedimiento asciende a la cantidad de 10.460,24 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Alcaldesa 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 establecido 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, del

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), 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 establecido en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada LPACAP.

II

1. (...), en nombre y representación de su hija menor de edad, (...), presenta, con fecha 5 de mayo de 2016, reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños personales sufridos por ésta como consecuencia de la caída en un parque infantil de titularidad municipal.

Se señala en el escrito de reclamación, textualmente:

«En el Parque (...), el parque infantil estaba roto por la parte de la subida del tobogán por lo tanto la niña (...) tuvo una caída por culpa de la falta de las tablas y tuvo una caída y se fracturó la clavícula.

Los hechos ocurridos tuvieron lugar sobre las 20:30 h. de la tarde en el Parque Infantil de la Plaza de (...), del día 04.05.2016».

Se adjunta a la reclamación: recibo de cobro por derechos y tasas municipales (compulsas) de fecha 5 de mayo de 2016, fotocopias compulsadas de los DNI de los padres de la menor [(...) y (...)], del parte de lesiones del Complejo Hospitalario Universitario Materno-Infantil de 5 de mayo de 2016, de justificante de ingreso de (...) de 5 de mayo de 2016, de informe clínico de urgencias del Centro de Salud del Doctoral de 4 de mayo de 2015, del Libro de Familia donde se recoge la inscripción de la menor, de informe clínico de urgencias del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil de 4 de mayo de 2016, y 10 fotografías simples del lugar del accidente.

En la reclamación no se cuantifica la indemnización que se solicita, lo que se hace en trámite de mejora, fijándola en 10.460,24 euros.

2. La reclamante ostenta la condición de interesada 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, si bien, al ser menor de edad, actúa en su nombre y representación

su padre, quien la ostenta legalmente (art. 154.2º del Código Civil), según se acredita mediante el libro de familia aportado con la reclamación.

3. La reclamación fue presentada el 5 de mayo de 2016, en relación con el accidente sufrido por la menor el día antes, por lo que ha sido presentada dentro del plazo que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. 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:

- El 10 de mayo de 2016 se remite parte de accidentes a la aseguradora municipal.

- Por Decreto de la alcaldía nº 3831/2016, de 15 de junio de 2016, se acuerda el inicio de procedimiento de responsabilidad patrimonial y se nombre secretario e instructor del mismo. Asimismo se insta al reclamante a mejorar la reclamación, mediante la aportación de determinada documentación, lo que vendrá a efectuar el 30 de junio de 2016, mediante escrito presentado por correos. En este momento, se aporta informe médico pericial de valoración de daños y se solicita práctica de prueba testifical por declaración de cuatro policías locales que acudieron al lugar del accidente.

Asimismo, se acuerda solicitar informe del Servicio y recabar informe de la Policía Local.

- El 17 de junio de 2016 se remite parte de la Policía Local en relación con el accidente. En el mismo, que se acompaña de fotografías del desperfecto del parque infantil, se informa:

«Los agentes de acercan para interesarse por lo sucedido. No tenían conocimiento de lo ocurrido y es el padre de una menor que está cogida en brazos de su madre que lloraba y la llamaba en reiteradas ocasiones para que no se durmiese, el que nos informa que su hija estaba jugando en el parque de la plaza y que de pronto se cayó al suelo de cabeza desde lo alto del mismo, porque está en malas condiciones y le faltan unas tablas.

(...) la ambulancia seguía sin llegar se optó por trasladar a la niña junto a sus padres en un vehículo policial (...) hasta el Centro de Salud de Vecindario, donde fue atendida por el Servicio de Urgencia.

(...)

Que los agentes a continuación se desplazan hasta el área infantil donde sucedieron los hechos, pudiendo observar tal y como se observa en las fotografías realizadas, cómo hay unos papeles con el escudo municipal pegados en varias zonas del parque en el que se lee "Recién pintado, disculpen las molestias". Asimismo también se puede observar en la escalera de madera que forma parte del parque dos tablas en posición vertical, una sobre otra y apoyadas que interrumpían su ascenso. Al final de la escalera comienza un pasillo que está a 1,70 metros de altura aproximadamente y al cual le faltaban varias tablas en el suelo del mismo, lugar donde al parecer se precipitó la menor cuando jugaba, cayendo hasta el suelo acolchado del que disponen estas áreas».

- Por Decreto de la alcaldía nº 5597, de 23 de agosto de 2016, se nombran nuevos secretario e instructor del procedimiento.

- Mediante Providencia de instrucción de 24 de agosto de 2016 se abre trámite probatorio en el que se admite e incorpora la documental aportada por el reclamante y se inadmite por improcedente la testifical solicitada, lo que se justifica en que los policías locales no presenciaron el accidente, sino que acudieron después de acaecido el mismo.

No obstante, por citarse en el informe policial la existencia de un testigo presencial que es identificado en aquél como (...), se acuerda citar al mismo.

- Ello es notificado al reclamante el 29 de agosto de 2016 y al testigo el 5 de septiembre de 2016.

- El 22 de septiembre de 2016 se emite acta de comparecencia en la que se señala que compareció para la realización de la prueba testifical el padre de la menor, pero no el testigo.

- Por providencia de instrucción de 6 de octubre de 2016 se acuerda volver a citar al testigo, de lo que es notificado el padre de la menor el 7 de octubre de 2016 y el testigo el 14 de octubre de 2016.

- El 27 de octubre de 2016 se realiza la prueba testifical con el resultado que obra en el expediente.

- El 18 de noviembre de 2016 se emite informe por el Arquitecto Técnico Municipal, en el que señala:

«Que el técnico que suscribe no tuvo conocimiento de los hechos denunciados.

Que girada visita de reconocimiento al lugar de los hechos y tras los oportunos reconocimientos informa lo siguiente:

1º) Que en la actualidad las tablas del tobogán se encuentran en perfecto estado.

2º) Que desconocemos el porqué de la retirada de las tablas (posiblemente una acto de vandalismo)

3º) Que ese mismo día se procedió al pintado de dicho juego, siendo encintado con protección para que no se acercara nadie y se manchase, encontrándose éste en perfecto estado cuando los operarios de los servicios públicos a las 12:00 A.M. abandonaron el lugar».

- El 22 de noviembre de 2016 se concede trámite de audiencia a la parte reclamante, que presenta escrito por correos el 20 de diciembre de 2016 en la que se reitera en los términos del escrito inicial y solicita la terminación convencional del procedimiento con el abono de la cantidad reclamada.

- Se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución, de 24 de julio de 2017, que estima la reclamación presentada, reconociendo el derecho de la interesada a ser indemnizada por las lesiones sufridas en la cantidad de 10.460,24 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.

Asimismo, desestima la alegación por la que se insta la terminación convencional del procedimiento, dado el momento procedimental en el que éste se encuentra, lo que lo hace improcedente.

En cuanto a la estimación de la reclamación, ciertamente, se encuentra acreditado por medio del informe de la Policía Local, así como por la declaración de un testigo presencial de los hechos en el expediente, que la menor sufrió la caída en el parque infantil en el día señalado por las causas alegadas en la reclamación. 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 tobogán, al que le faltaban unas tablas en el piso.

En este punto, resulta relevante lo señalado en el informe de la Policía Local, donde se pone de manifiesto que el mismo día del accidente se habían realizado labores de mantenimiento pintando algunos espacios del recinto, en los que había unos papeles con el escudo del ayuntamiento donde advertían de estaba recién pintado, como se señala además en el informe del Servicio.

Ello lleva a la Propuesta de Resolución a considerar que «llama poderosamente la atención» que no se diera cuenta en ese día los desperfectos del columpio que provocaron la caída de la menor, procediendo en consecuencia, precintando el recinto hasta su reparación. Sólo se precintó la zona por la Policía Local para evitar nuevas caídas tras el accidente que nos ocupa. No obstante, el informe del técnico municipal, afirma que el desperfecto no existía en el momento en el que los operarios del servicio público abandonaron el recinto tras pintarlo, a las 12:00 horas, «encontrándose en perfecto estado».

Ahora bien, en el informe de la Policía consta:

«hay unos papeles con el escudo municipal pegados en varias zonas del parque en el que se lee "Recién pintado, disculpen las molestias." Asimismo también se puede observar en la escalera de madera que forma parte del parque dos tablas en posición vertical, una sobre otra y apoyadas que interrumpían su ascenso. Al final de la escalera comienza un pasillo que está a 1,70 metros de altura aproximadamente y al cual le faltaban varias tablas en el suelo del mismo, lugar donde al parecer se precipitó la menor cuando jugaba, cayendo hasta el suelo acolchado que disponen estas áreas».

Por su parte, el testigo presencial declaró:

«Los columpios tiene distintos módulos, conectados por un puente de madera, que parecía en muy buen estado, que ponía recién pintado, pero que no estaba precintado ni nada. La niña estaba con el padre, llamaron al padre por teléfono y le dijo a su mujer que se hiciera cargo de la niña, cuando de repente la madre se despistó llamando la atención a otro niño, que (el testigo) supone su hijo. En ese momento la niña se subió a la escalera del columpio, fue a cruzar el puente y cayó, justo en el centro del puente porque faltaban un metro de tablas. Estaban, pero quitadas en otro lado del parque, como si las hubieran quitado para arreglarlas».

De todo ello se desprende que el desperfecto se conocía por los operarios, pues las tablas que faltaban en el columpio no estaban tiradas, sino perfectamente colocadas «como si las hubieran quitado para arreglarlas».

Sin embargo, no estaba prohibido el acceso al parque y, simplemente, se dispusieron las tablas, una a continuación de la otra, sin que impidieran el acceso de los niños al tobogán, constituyendo esto mismo una fuente más de peligro.

Concurre por consiguiente el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, pues ha quedado constatado, tanto por el informe de la Policía Local y las fotografías aportadas, como por la declaración testifical, 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 (entre 0 y 8 años, tal y como se observa en una de las fotos de acceso al parque aportada por el padre de la menor), a los que no se les puede exigir la misma diligencia y cuidado en su deambular que a un adulto.

Asimismo, tal y como señala la Propuesta de Resolución, no resulta imputable el daño por culpa alguna *in vigilando* a los padres de la menor, pues, por un lado, de la testifical se deduce que la menor estaba vigilada por los dos padres («aunque el padre estaba hablando por teléfono, seguía vigilando a la niña»), y, por otro, que el desperfecto del columpio, además de no estar señalizado, no se percibía desde fuera. Así, indica el testigo que fue a mirar a donde cayó la niña y pudo comprobar que faltaban en el columpio un metro de tablas aproximadamente, a lo que añade: «Desde fuera no se veía el agujero, porque las barandas están bien, había que meterse por debajo para ver que faltan las maderas. Una especie de pretil impedía además la visión de las tablas».

2. En cuanto a la valoración del daño, se considera correcta la cantidad de 10.460,24 euros, pues está perfectamente justificada en el informe médico pericial aportado por el padre de la menor, de 27 de junio de 2016, no constando informe contradictorio de la Compañía Aseguradora municipal.

En el mencionado informe pericial se valoran las lesiones de (...) conforme a los criterios de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y se determina una valoración de los días de baja (28 días, art. 138; 52 días, art. 136) en tres mil dieciséis euros (3.016 €), mientras que las secuelas funcionales y estéticas se valoran en tres mil seiscientos noventa y nueve euros con

sesenta y dos céntimos de euros (3.699,62 €) cada una (2 puntos de secuelas funcionales; 2 puntos de secuelas estéticas).

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 habrá de ser satisfecha por la Administración sólo parcialmente, en la cuantía de 1.502 euros, correspondiendo el resto, 8.913,24 euros a la entidad aseguradora de la Administración, en virtud del contrato suscrito por el Ayuntamiento con ésta. Así señala el punto segundo de la Propuesta de Resolución que se dé traslado a la compañía aseguradora (...) «a fin de que proceda a la realización de los trámites pertinentes que culminen con el abono a los reclamantes de la cantidad de 8.913,24 euros, en virtud de lo dispuesto en la póliza de seguro suscrita con la misma».

No resulta procedente que en la Propuesta de Resolución se acuerde que la indemnización debe abonarla la compañía de seguros, ni siquiera parcialmente. 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 la Administración y los usuarios es directa, debiendo responder ésta ante los mismos por daños que se les causen por el funcionamiento de sus servicios públicos o sus actuaciones asimiladas, sin intervención al efecto de un tercero (en este caso la compañía aseguradora) que no forma parte de esa relación. Corresponde en consecuencia a la Administración municipal el abono al reclamante de la totalidad de la indemnización reconocida.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se estima la reclamación presentada se considera conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones efectuadas en el Fundamento III.3 en cuanto al abono directo de la totalidad de la indemnización reconocida al reclamante.