Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 3 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de su hija (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario (EXP. 335/2023 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El dictamen solicitado tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado por el Ayuntamiento de Adeje, tras presentarse reclamación de indemnización por daños como consecuencia del funcionamiento del servicio público viario.

2. La solicitud del dictamen es preceptiva, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), pues el representante legal de la interesada reclama una indemnización total de 32.871,47 euros.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución, resulta de aplicación la citada LPACAP, así como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL); la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias (LMC).

---

[*] **Ponente: Sr. Suay Rincón.**

4. En el procedimiento incoado, la afectada ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP], puesto que se reclama por los daños sufridos como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento del servicio público viario municipal. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración municipal por ostentar la competencia sobre el servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño [arts. 25.2.d) y 26.1.a) LRBRL], pues el hecho lesivo se produjo en el acceso a un parque público de titularidad municipal.

5. Al amparo de lo establecido en el art. 107 LMC, la competencia para resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial le corresponde al Sr. Alcalde, sin perjuicio de las delegaciones que éste pueda efectuar en otros órganos municipales.

6. Además, el daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, de acuerdo con el art. 32.2 LRJSP.

7. En cuanto al cumplimiento del requisito establecido en el art. 67.1 LPACAP, relativo a la no extemporaneidad de la reclamación, en la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, con carácter previo a resolver la cuestión de fondo, se afirma que *«la solicitud fue presentada con fecha de 26/03/2021, cuyos hechos, presuntamente causantes del daño, se produjeron con fecha de 09/02/2020, constando en la documentación aportada por la parte interesada, informes médicos acreditativos del daño que padeció la menor, entre ellos, cabe hacer especial mención a la fecha de retirada de la férula 04/03/2020, atendida por el profesional "Malgorzata Pogorzelska", en cuya anamnesis consta, "retirada de la férula antebrazo izquierdo, la niña no se queja de dolor, asintomática, la férula está un poco suelta, Rx realizada en (…) - fisura discreta de radio sin desplazamiento", así como la emitida por la misma profesional con fecha de 12/02/2020 correspondiente al control de la herida en la frente, " (...) mucha mejoría, sin edema, sin eritema, herida limpia y seca (...) ". Sin perjuicio de ello, consta en la citada documentación informe emitido con fecha de 03/02/2021, donde se solicitaba interconsulta a la especialidad de Neurología, puesto que la menor presentaba " (...) dolores de cabeza por las tardes, muy frecuentes, más bien por las tardes, le molestan los ruidos, la luz, es en la zona frontal, sin náuseas ni vómitos", constando cita para el día 16/02/2021, sin embargo, la persona interesada y, atendiendo al requerimiento de documentación formalizado por el órgano instructor, presenta escrito con fecha de 07/07/2022, registro de entrada n° 31500, donde manifiesta que, " (...) llegada la fecha de la cita con el neurólogo prevista para el mes de mayo, la menor se encontraba mucho mejor de las cefaleas, por lo que la misma fue innecesaria y no tuvo lugar.*

Que, en cualquier caso, el que suscribe no está reclamando secuelas neurológicas, en esta reclamación de responsabilidad patrimonial, ya que lo que se reclama en concepto de secuelas, es el perjuicio estético, el cual ya está estabilizado y cuantificado (...) ".

Por ende y, visto que la determinación de las secuelas se produjo con fecha de 04/03/2020, fecha en la que se retiró la férula a la menor, constando que con fecha de 12/02/2020, la herida de la frente estaba "limpia y seca", no constando en la restante documentación aportada que las lesiones sufridas por la menor necesitasen de unas fechas de curación o de secuelas, diferentes a las citadas. Todo ello aunado, al petitum formulado por la parte reclamante, consistente en el perjuicio estético de la menor; la acción de reclamación por responsabilidad patrimonial, se encuentra prescrita, puesto que la solicitud fue presentada con fecha de 26/03/2021».

Considera la PR que la reclamación ha de tenerse por extemporánea, ya que el accidente por el se reclama sucedió el 9 de febrero de 2020 y la reclamación se cifra inicialmente en la cantidad de 32.678,65 euros (que después eleva a 32.871,47 euros, según el informe pericial que aporta), por los 12 días en los que la menor no pudo realizar vida normal (inicialmente 939,72 y luego 948,24 euros) y el perjuicio estético (cicatriz en la frente: inicialmente 31.738,93 y luego 31.923,23 euros). Por tanto, el representante legal de la menor no reclama más que por estos daños.

Pues bien, en cuanto a la asistencia sanitaria, se le hicieron curas de la herida de la frente hasta el 20 de febrero de 2020, en que se retiran los puntos de sutura; y la férula se le retiró el 4 de marzo de 2020. No queda constancia de seguimiento posterior ni evolución o agravamiento de alguna dolencia. Por lo tanto, no consta acreditado que la curación fuera más allá de las fechas citadas en la documentación médica (retirada de puntos el 20 de febrero y de la férula el 4 de marzo de 2020), sin que conste otra secuela que la cicatriz.

Así las cosas, ha de estimarse correcta la conclusión alcanzada por la Administración y no empece a ello el hecho de que un año después reciba tratamiento por cefaleas. Consta que el 3 de febrero de 2021 se realiza desde el centro de salud interconsulta a Neurología, y se fijó la cita para el 16 de febrero, a la que la menor no acudió porque, según refiere su padre, se encontraba mucho mejor. Si bien en los antecedentes de la interconsulta se hace constar que tuvo una caída hacía un año, en ningún informe queda constancia que tales cefaleas fueran consecuencia de la caída. Y es más, el propio padre manifiesta que la reclamación nada tiene que ver con las cefaleas.

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho, de acuerdo con la reclamación presentada por el representante legal de la interesada, el día 9 de febrero de 2020, alrededor de las 19:00 horas, su hija, de 9 años de edad en ese momento, sufrió una caída en el parque infantil de Armeñime, cuando estaba junto con su amiga (...), de 10 años de edad en esa fecha. La caída se produjo cuando caminaba por la rampa de acceso al parque para personas de movilidad reducida, careciendo dicha rampa de una barandilla de protección, cayendo desde la misma hasta el nivel inferior, que se hallaba a la altura de un poco más de un metro. Este accidente le produjo, entre otros daños ya referidos, la fractura del radio izquierdo y una herida de 20 centímetros de longitud en forma de v en la zona frontal de su cabeza, necesitando para su curación de 18 puntos. El representante de la interesada solicita la completa indemnización de todos los daños de carácter personal padecidos, al considerar responsable de los mismos a la Administración, cuantificando inicialmente su reclamación en 32.871,47 euros.

2. El procedimiento, se inició con el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por el interesado el día 26 de marzo de 2021.

- Consta en el expediente el preceptivo informe del Servicio, emitido por el arquitecto técnico municipal el día 3 de abril de 2023, en el que se manifiesta que: «*El parque infantil de Armeñime donde sucedió la caída es de propiedad municipal. Segundo. La rampa de acceso al parque infantil de Armeñime donde se produjo el incidente tiene alturas de caída desde 0,80 m a 1,3 m no disponiendo de una barandilla tal y como se aprecia en el reportaje fotográfico adjunto. Por todo ello dicha rampa de acceso no cumple estrictamente con la normativa en vigor*».

- Obra además el expediente el Atestado de la Policía Local elaborado tras la denuncia de los hechos efectuada por el reclamante, señalándose por el agente instructor tras efectuar la correspondiente comprobación:

«Que en relación a la comparecencia presentada el pasado día 9 de febrero del presente año el Agente que suscribe ordenado por el Oficial L- 026, se desplaza hasta el parque infantil ubicado en la calle (...), para realizar una Inspección Ocular en dicho parque infantil, ya que el pasado día nueve de febrero una menor había sufrido una caída con resultado de lesiones.

Que una vez en el lugar se observa la zona habilitada para el acceso de personas con movilidad reducida, donde la niña estaba jugando, según consta en la comparecencia, y sufrió la caída, lugar éste no acondicionado para juegos y recreos, sino para lo descrito anteriormente.

Que la zona habilitada para juegos se encuentra a 25 m aproximadamente del lugar de la caída.

- Que dicha zona de acceso para personas con movilidad reducida está debidamente asegurada (acotados los márgenes para evitar una salida o caída con silla de ruedas) para que las personas con dicha discapacidad no tengan percance alguno tanto a la entrada o a la salida de dicho parque en caso de que el acceso se realizase mediante algún medio que los transporte (silla de ruedas de propulsión humana, silla de ruedas eléctrica).

Que en la información para el uso de la zona recreativa hace constar las normas generales, donde se encuentran las normas europeas 1176 y 1177 referentes a equipamientos de áreas de juego y superficies para dichas zonas, lugar habilitado donde se encuentra el mobiliario destinado a tal fin, si bien en el lugar de la caída donde consta en la comparecencia que se encontraba la menor, es una zona de acceso para las personas que necesiten de ella, no una de las zonas destinadas al juego en dicho recinto».

- Acordada la apertura del periodo probatorio, el reclamante solicitó la declaración testifical de la menor (...), que acompañaba a su hija en el momento de producirse el hecho lesivo. Esta prueba fue inadmitida por Decreto de 9 de mayo de 2023:

«De conformidad con el artículo 361 de la Ley 1/2000, "Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente."

Por ende y, acreditado mediante el documento de identificación de la menor (...), la edad de la misma, 13 años, procede inadmitir la prueba testifical al resultar la misma improcedente para acreditar los hechos alegados por el/la reclamante, puesto que con la citada edad y teniendo en cuenta que el suceso se produjo en el año 2020, poseyendo la testigo propuesta la edad de 10 años, es juicio de este instructor apreciar la falta de discernimiento de la menor en el momento de los hechos, a efectos de que presente declaración en la actualidad».

La inadmisión es conforme a Derecho ya que el valor probatorio del testimonio de la menor no se tiene por suficientemente esclarecedor dada su edad en el momento en que se produjo el hecho lesivo, lo que evidencia *per se* la falta de discernimiento suficiente de la menor, como correctamente manifiesta la Administración.

- Otorgado trámite de vista y audiencia, se formulan alegaciones por parte del representante legal de la interesada.

- Finalmente, el 22 de junio de 2023, se formuló Propuesta de Resolución, habiéndose sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos y, en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada, puesto que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos legalmente exigidos para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo.

En la Propuesta de Resolución se afirma: *«Primero: No queda acreditada la relación de causalidad existente entre el daño reclamado por la persona interesada y el funcionamiento del servicio público, puesto que la documentación médica obrante en el expediente, evidencia la existencia de una asistencia, pero no acredita las circunstancias de la caída. Además, consta declaración jurada suscrita por (...) en representación de su hija (...), donde declara que, "el día 9 de febrero de 2020 mi hija (...) paseaba por la rampa de acceso para persona con movilidad reducida en el parque infantil de Armeñime, con su amiga (...), cuando ésta cayó desde la citada rampa hasta el nivel inferior, (...) ", sin embargo y, atendiendo a las reglas de la sana crítica, dicho documento no puede constituir medio probatorio en relación con la acreditación del requisito de causalidad, puesto que la menor (...) poseía en el momento del suceso la edad de 10 años, lo que evidencia la falta de discernimiento de la menor en el momento de los hechos, a efectos de que presente declaración con fecha de 25/03/2021, todo ello aunado, a la discordancia existente en relación con la actuación que estaban realizando las menores en el momento del suceso, de conformidad con la declaración realizada por la persona reclamante ante la Jefatura de la Policía.*

Asimismo, tampoco consta atestado Policial, puesto que el documento obrante en el expediente correspondiente a la Policía Local, traslada la comparecencia realizada por la persona reclamante en la Jefatura de Policía con fecha de 10/02/2020. Cabe resaltar que la carga de la prueba en relación con dicho requisito de causalidad, le corresponde a la parte reclamante, quedando acreditado en el expediente la apertura del periodo de prueba, notificado la parte interesada con fecha de 04/04/2023, no constando, la aportación de medios de prueba diferentes a los citados anteriormente».

(...) A tenor de lo expuesto y analizando el expediente que es objeto del presente informe, debe excluirse la responsabilidad patrimonial puesto que la lesión ostentaría la denominación de "no antijurídica", al posicionarse el reclamante en "una situación de riesgo". Por ello y, visto que no concurren los requisitos exigidos por el legislador para reconocer la concurrencia de responsabilidad patrimonial, procede desestimar la solicitud presentada con fecha de 26/03/2021 y registro de entrada n° 13440.

Por consiguiente y en base a lo expuesto, y visto que el daño ocasionado no trae causa del funcionamiento del servicio público; la acción se encuentra prescrita; no existe relación de causalidad entre el daño manifestado por el interesado y el funcionamiento del servicio público, resultando el mismo no antijurídico; ello excluye de responsabilidad a la Administración».

Apreciada la extemporaneidad de la reclamación, podría este Consejo Consultivo eludir el tratamiento del fondo de la cuestión. En la medida en que la Propuesta de Resolución se pronuncia al respecto, no obstante, le cabe a este Consejo Consultivo formular las consideraciones que siguen.

2. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

– La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

– Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

– Ausencia de fuerza mayor.

– Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

3. En el presente asunto, el reclamante no ha logrado demostrar que el accidente padecido por su hija se hubiera producido en la forma referida por él y ello es así porque no ha aportado ningún elemento probatorio que corrobore sus alegaciones. La declaración testifical de la menor de 10 años, en el momento del accidente, se inadmitió correctamente, como ya se ha indicado.

Este Consejo Consultivo ha señalado en sus recientes Dictámenes 47/2022, de 3 febrero y 108/2022, de 23 de marzo, entre otros muchos, que « *(...) requisito para el*

nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)», doctrina aplicable al presente asunto.

4. En el supuesto de que se considere acreditado el hecho lesivo, resulta evidente el inadecuado cumplimiento del deber de cuidado de los titulares de la patria potestad de la menor interesada, evidentemente en lo que se circunscribe al hecho lesivo, pues permitieron que su hija jugara en un lugar del parque exclusivamente habilitado para el tránsito de personas con movilidad reducida que, a falta de barandilla de seguridad, daba lugar a que tal juego fuera manifiestamente peligroso.

Implica ellos una desatención de los deberes de cuidado de la menor por parte de sus cuidadores de suficiente gravedad como para que, de haberse demostrado en su caso la realidad del hecho lesivo expuesto en la reclamación inicial, lo que no ha sido así, se habría considerado que con dicha conducta se habría venido a romper el requerido nexo causal entre el actuar administrativo y el daño reclamado para el surgimiento para la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el Dictamen de este Consejo Consultivo 84/2023, de 8 de marzo, entre otros muchos, dictado en relación con un expediente tramitado por este Ayuntamiento, se ha señalado que:

«Este Consejo Consultivo ha reiterado en supuestos similares (véanse, por todos, los DDCC 55 y 81/2017) que la existencia de irregularidades en el pavimento no produce siempre e inevitablemente la caída de los peatones, pues la inmensa mayoría transitan sobre ellos o los sortean sin experimentar caídas. En muchos casos la caída de un peatón no se debe por tanto a la mera existencia de esa deficiencia, sino, como en este supuesto, a que a ella se ha unido de manera determinante la negligencia del transeúnte.

En este sentido, en el Dictamen 142/2016, de 29 de abril, se señala por este Organismo lo siguiente:

" (...) de la presencia de obstáculos o desperfectos en la calzada no deriva sin más la responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que tales irregularidades, de existir, resulten visibles para los peatones, porque estos están obligados a transitar con la debida diligencia al objeto de evitar posibles daños (DDCC 216/2014, de 12 de junio; 234/2014, de 24 de junio; 374/2014, de 15 de octubre; 152/2015, de 24 de abril; 279/2015, de 22 de julio; 402/2015, de 29 de octubre; 441/2015, de 3 de diciembre; y 95/2016, de 30 de marzo, entre otros muchos)"».

Esta doctrina resulta ser plenamente aplicable al presente asunto.

4. Así mismo, en el Dictamen 382/2019, de 29 de octubre, se afirma:

« (...) En lo que atañe al nexo causal, se ha superado la inicial doctrina que supeditada la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no solo directa sino exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (STS 28-1-1972), lo que suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía el comportamiento del perjudicado o la intervención de tercero, de manera que la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir la responsabilidad de la Administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante.

(...) No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso», doctrina que resulta ser aplicable al presente asunto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación formulada por el interesado, se considera conforme a Derecho.