

Dictamen n<sup>o</sup>:           **388/10**  
Consulta:               **Alcalde de Madrid**  
Asunto:                 **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación:           **10.11.10**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por ocho votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 10 de noviembre de 2010, a solicitud del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1<sup>o</sup> de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Ayuntamiento de Madrid por A.G.L. y M.J.B.N., ambos en su propio nombre y derecho, y en el de sus hijos menores A.D.G.B. y N.G.B.; y por M.B.B., también en su propio nombre y derecho, en solicitud de indemnización de 255.000 € por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hija y hermana, respectivamente, la menor discapacitada D.G.B., tras ahogamiento en la piscina cubierta de Palomeras, perteneciente al Ayuntamiento de Madrid, cuando aquélla se encontraba desarrollando la actividad de natación organizada por la Asociación A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 29 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial, procedente del Área de Gobierno de la Vicealcaldía del Ayuntamiento de Madrid, a que se ha aludido en el encabezamiento.

Admitida a trámite dicha solicitud, se registró de entrada con el número 375/10 y se inició en el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno. El plazo vence el próximo 15 de noviembre.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección VIII. Su Presidente, el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado por ocho votos a favor y el voto en contra de la Consejera, Sra. Laina, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, reunida en sesión ordinaria el 10 de noviembre de 2010.

**SEGUNDO.-** El expediente remitido tiene su origen en la reclamación patrimonial presentada por los interesados reseñados en el encabezamiento de este dictamen, con fecha de entrada en la oficina de registro de Puente de Vallecas el día 4 de septiembre de 2009. En dicha reclamación se relatan los hechos de los que, a juicio de los interesados, se desprende la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.

Los que formulan la reclamación son los padres, unidos por relación de hecho en el momento del suceso, así como los hermanos de la menor discapacitada D.G.B.

El día 5 de febrero de 2006, en la piscina municipal de Palomeras, perteneciente al Ayuntamiento de Madrid, se produjo el ahogamiento de la menor D.G.B., que en ese momento contaba 9 años de edad, cuando practicaba una actividad deportiva organizada por la Asociación A, que tiene como objetivo fomentar la práctica del deporte entre personas con discapacidad. Según el tenor de la reclamación presentada, *“la menor, que estaba realizando una actividad dentro del agua, se encontraba sin*

*vigilancia y en un momento dado quedó con la cabeza sumergida durante un tiempo tras el cual fue sacada del agua y se le practicaron maniobras de reanimación por el socorrista y el enfermero hasta la llegada del SAMUR, que comenzó la maniobra cardiopulmonar avanzada, con intubación endotraqueal y administración de adrenalina, atropina y bicarbonato. Tras la maniobra, D.G.B. recupera el pulso y es trasladada al Hospital Infantil Niño Jesús, donde comienzan una serie de patologías a las que el equipo médico que le atiende tiene que responder con una serie de fármacos destinados a estabilizar a la menor con el objetivo de salvarle la vida; entre esos fármacos, se le administraron algunos de los que llevaba años sin tomar por haberse reproducido patologías que hacía años que la menor no sufría, pero que se habían manifestado ante el tiempo que se encontró dentro del agua sin ser socorrida. A pesar de todo ello, tras tres días de tratamiento en el centro hospitalario, a las 14 horas del día 8 de febrero de 2006, se produce la muerte cerebral de la niña, por encefalitis, por lo que se procede a la extracción de los órganos que la familia había donado”.*

Los reclamantes relatan también que el día en que tuvo lugar el ahogamiento de la menor, había tan sólo dos monitores para once niños, que estaban en el agua, lo que objetivamente supone la imposibilidad de controlar a niños con discapacidades tan severas. Además, los menores no llevaban ningún tipo de flotador (chaleco, manguitos o cualquier otro que impidiera que en algún movimiento pudieran quedar sumergidos, como sucedió con D.G.B.), de lo cual deducen que no se tomaron todas las medidas de seguridad, existiendo, a juicio de los interesados, “una clara negligencia por parte de la empresa organizadora de la actividad y de los responsables del Ayuntamiento que permiten la realización de la actividad en tales condiciones”.

Según se refiere en el escrito de reclamación, D.G.B. tenía una discapacidad de un 72% (aportándose resolución de la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 10 de enero de 2005).

Por los hechos anteriores, se siguió Juicio de Faltas nº 225/2007 en el Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid, por una falta de imprudencia con resultado de muerte, contra C.M.E.S., N.R.C., C.S.B. y J.J.S.M., recayendo sentencia en la que los denunciados resultaron absueltos, sin perjuicio de la reserva de las acciones civiles a los perjudicados. La citada sentencia fue confirmada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2008.

A continuación, los interesados, tras citar los fundamentos jurídicos que consideran oportunos, apuntan a que ha habido en este caso un funcionamiento anormal de un servicio público, expresándose en los siguientes términos: *«La actividad que se estaba desarrollando con los niños era organizada por una empresa privada en una piscina de titularidad municipal y no directamente por el Ayuntamiento, pero puede concluirse que estamos ante un funcionamiento anormal de un servicio público, cual es el de actividades o instalaciones deportivas, puesto que el Ayuntamiento cedió a la empresa las instalaciones de la piscina para que ésta pudiera desarrollar en ellas la actividad que pretendía; por lo tanto, esa actividad era prevista y consentida por el Ayuntamiento, quien, a pesar de esa cesión y de la existencia de monitores de la empresa privada, tiene un deber de vigilancia por la propia actividad que se desarrolla en esas instalaciones, con la peculiaridad de que la cesión de las (mismas) se produjo para la utilización por personas discapacitadas, lo que obliga al personal municipal a extremar la precaución para evitar que pueda producirse un daño, máxime cuando la propia actividad tiene como presupuesto la existencia de un socorrista para vigilar todo lo que ocurre*

*en la piscina, sea el nado en cursillos organizados por el propio Ayuntamiento, sea el “nado libre” de personas que acuden sin monitor, o la actividad de una empresa privada a la que se han cedido las instalaciones. Por lo tanto, el daño es imputable conjuntamente a la empresa A y al Ayuntamiento de Madrid (...)*».

En cuanto a la existencia del nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, la reclamación razona del modo siguiente: *“Es evidente la existencia de nexo causal entre la actuación administrativa (sic). En este caso, la menor estaba aquejada del síndrome de West, que limitaba su movilidad; no tendría que haber estado en ningún momento en el agua sin ningún tipo de flotador que le impidiera sumergirse, sin la supervisión continua de los monitores de la Asociación A, pero tampoco sin la del socorrista de la propia piscina, que debería haber estado pendiente de la actividad que se estaba desarrollando dentro del agua, máxime cuando las personas que estaban realizando ejercicios en el agua eran niños con discapacidades intelectuales, lo que, insistimos, obliga a todas las personas que tenían el deber de vigilar, a prestar una atención mayor, y el resultado de muerte habría sido perfectamente evitable. Había dos monitores para once niños que estaban en el agua. (...) No es normal que el resultado de muerte se produzca ante la presencia de varios monitores y de un socorrista, puesto que estamos ante una piscina de dimensiones reducidas, donde de haber tenido una actitud vigilante con la menor, ésta no hubiera estado con la cabeza en el agua, mientras que el tiempo que estuvo sumergida fue el suficiente para que se pudiera producir el fatal resultado. El socorrista es una persona especializada en salvamento acuático, por lo que cabe concluir que en condiciones normales el fallecimiento de nuestra hija no debería haberse producido. Lo que sí se ha producido es una evidente omisión del deber de cuidado (STS de 5 de febrero de 2007). Lo que no puede alegarse es que D.G.B. sufriera crisis epilépticas, porque afortunadamente desde*

*hacia años no las tenía, por ello en el cuestionario que rellenamos al inicio de la actividad no se incluyó este extremo (...)*”.

En suma, por los hechos de los que se ha dejado constancia, los interesados reclaman una suma de 255.000 € (valoración a fecha de producción del daño y actualización mediante IPC a fecha de la resolución); 90.000 para cada uno de los padres y 25.000 para cada hermano. Esta cantidad es solicitada expresamente al Alcalde de Madrid, formulándose conjuntamente reclamación de responsabilidad patrimonial, además de frente al Ayuntamiento, también frente a la empresa A, así como frente a las compañías aseguradoras B y C, aseguradoras de A y del Ayuntamiento de Madrid, respectivamente.

Junto con la reclamación patrimonial, los interesados, entre otra documentación, acompañan la sentencia recaída en el Juicio de Faltas nº 225/2007, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid en fecha 10 de julio de 2007, en la cual se recogen los siguientes hechos probados: *“De la prueba practicada en el juicio, concretamente la documental, testifical, declaración de los imputados, denunciantes e informes periciales, se declara probado que el día 8 de febrero de 2006 falleció en el Hospital Niño Jesús de Madrid D.G.B., de 9 años de edad, que padecía síndrome de West y síndrome Aycardi, hija de A.G.L. y de M.J.B.N. D.G.B. asistía el día 5 de febrero junto a otros alumnos a la actividad de iniciación o chapoteo en las instalaciones deportivas, piscina municipal de Palomeras, del Ayuntamiento de Madrid, curso organizado por la agrupación A, cuando encontrándose a una distancia de unos 30 centímetros del bordillo, y cubriéndole el agua a la altura del tórax, por un inexplicable movimiento, quedó con la cabeza introducida en el agua y decúbito prono, sin haber realizado ni chapoteo ni ninguna otra reacción, encontrándose a una distancia de unos dos metros de ella la monitora titulada N.R.G., y que prestaba servicios como voluntaria, que la había*

*visto segundos antes jugando con botellitas en un ejercicio de estimulación, y que, pese a que la sacó del agua inmediatamente y se realizaron maniobras de reanimación por el socorrista C.S.B. instantes después y por personal del SAMUR más tarde, se produjo la muerte por encefalitis en el Hospital del Niño Jesús de Madrid tres días después. Por los padres de la menor, al inscribirla en la citada actividad, no se había advertido que había padecido con anterioridad crisis epilépticas, al dejar en blanco la casilla destinada al efecto. La niña padecía una minusvalía, pero era autónoma con limitaciones”.* Dicha sentencia es confirmada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23<sup>a</sup>) de 22 de abril de 2008, dándose por probados los hechos de la sentencia apelada.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación anterior, se incoa expediente de responsabilidad patrimonial por el Ayuntamiento de Madrid, en fecha 11 de septiembre de 2009, mediante remisión de la reclamación a D, de conformidad con el artículo 11.3 del Pliego de Condiciones Técnicas por el que se rige la póliza del Seguro de Responsabilidad Civil que el Ayuntamiento tiene suscrita con la compañía de seguros C. No consta que, a fecha de hoy, se haya emitido ningún informe o formulado alegaciones por dicha compañía aseguradora.

En la misma fecha, se requiere a los reclamantes a fin de que, en el plazo de quince días, de conformidad con los artículos 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), aporten determinada documentación, con apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, se les tendrá por desistidos de su reclamación y se procederá a su archivo. La documentación solicitada consiste en la

declaración suscrita por los afectados manifestando que no han sido indemnizados (ni van a serlo) por compañía o mutualidad de seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada por razón de los mismos hechos; así como la especificación desglosada por conceptos de las cantidades solicitadas y la indicación de los baremos utilizados para el cálculo de la evaluación económica de las indemnizaciones.

Esta solicitud es cumplimentada mediante escrito presentado el 1 de octubre de 2009, invocando, en cuanto a la segunda petición formulada, el baremo contenido en el Anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y adjuntando declaración jurada manifestando no haber percibido indemnización alguna por razón de estos mismos hechos.

**CUARTO.-** Mediante escrito de 18 de noviembre de 2009, por el instructor del expediente, al amparo de los artículos 82 y 83 de la LRJAP-PAC, se solicita de la Junta de Distrito de Vallecas recabar de la Instalación Deportiva Municipal “*Palomeras*” informe acerca de la reclamación patrimonial presentada.

Dicha petición es cumplimentada por el Centro Deportivo Municipal Palomeras, en fecha 10 de diciembre de 2009 (en que la documentación solicitada tiene sello de salida del Ayuntamiento de Madrid, distrito de Palomeras, al Departamento de Responsabilidad Patrimonial del mismo Ayuntamiento).

Entre la documentación remitida, se encuentra nota de servicio interior del Director de IDM (Instalación Deportiva Municipal) Palomeras dirigida a la Junta Municipal del Puente de Vallecas, informando del accidente de D.G.B., y fechada al día siguiente, el 6 de febrero de 2006. De dicha nota, interesa destacar los siguientes párrafos:

*«En la tarde del día 05/02/2006 se encontraban prestando servicio en esta IDM Palomeras, C.S.B. (SOS), V.E. (ATS-DUE) y I.D.H. (Encargada). Además de los citados actores principales, de los cuales se adjunta informe propio, prestaban servicio operarios, auxiliares taquilleros y técnicos de mantenimiento.*

*El pasado mes de Septiembre desde la Junta Municipal se nos hizo saber el interés en dar respuesta positiva a una petición que les había llegado desde el C.P. Educación Especial Vallecas, quienes se pondrían en contacto con esta Dirección a fin de hacernos llegar su petición para ajustarla en días, horarios, etc. a las posibilidades de prestar servicio de que disponía esta IDM Palomeras.*

*Tras conversación verbal con los interesados en la que les hacemos saber que la cesión sólo sería posible en fines de semana por la tarde, se recibe el 23 de septiembre del 2005 la petición formal (adjunto fotocopia) que se remite a la Junta Municipal el 27 de Septiembre (adjunto fotocopia) para su traslado y aprobación por la Dirección General de Deportes.*

*El 18/10/2005 se recibe respuesta de la Dirección General de Deportes (adjunto fotocopia) autorizando el citado uso para la temporada 2005/2006.*

*En la propia solicitud, el Centro de Educación Especial, nos hace saber que ya ha contactado con A que ya trabajan en este aspecto con monitores especializados en el deporte adaptado. Estos nos hacen llegar la relación de alumnos (adjunto fotocopia) y la cesión comienza el pasado mes de Noviembre y se desarrolla hasta la fecha sin incidentes.*

*Relato de los hechos.*

*Hacia las 18,15 horas de la tarde del domingo, día 5 de febrero del 2006, recibo una llamada de la encargada I.D.H. haciéndome saber que*

*se había llamado a un SAMUR por la gravedad que revestía el estado de salud (sic) de una niña (D.G.B.).*

*A los 30 minutos aproximadamente, tiempo que tardé desde mi domicilio a la Instalación, me personé en la misma. A mi llegada salía el SAMUR con la niña acompañada por su padre, por lo que no pude verlos. Me dirigí a la tía de la afectada para tranquilizarla y solicitarla nos dejara datos y teléfono para poder seguir la evolución de la niña. A continuación fui hablando con la encargada, SOS y ATS de la plantilla, así como con monitores y responsables de A que me exponen lo sucedido y cuyo contenido le detallo:*

*“En el momento del accidente se encontraban 2 monitoras en el vaso pequeño de la piscina cubierta, cuya profundidad es de 0,80 m. trabajando con los niños. La niña en cuestión es considerada por los monitores como autónoma, en el sentido de que hace pie y se mueve y juega en el agua por sí sola sin ayuda constante o permanente de los monitores.*

*A escasos 4 ó 5 metros de donde se encontraba una de las monitoras, la niña estaba jugando en el agua, cuando de repente y sin motivo aparente se quedó boca abajo flotando.*

*Inmediatamente se detectó el suceso, fue sacada del agua por el SOS y monitora y se iniciaron las maniobras de RCP”.*

*Se adjuntan los relatos de los empleados: encargada, SOS y ATS para más detalle.*

*En la mañana de hoy, día 6/02/2006, me he puesto en contacto con el padre de D.G.B., el cual nos ha comunicado que su hija permanecía en coma en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital del Niño Jesús.*

*Por mi parte, me pongo a su disposición, rogándole me mantenga informado de cualquier eventualidad».*

Asimismo, se acompaña la petición dirigida por la directora del Centro Público de Educación Especial Vallecas en fecha 23 de septiembre de 2005 (registro de entrada en el Ayuntamiento de Madrid, distrito de Palomeras), dirigida al director del polideportivo de Palomeras, en la que se lee lo siguiente: *“Habiendo recibido la petición de un número importante de padres de nuestros alumnos, con un gran interés en que sus hijos practiquen deportes en su momento de ocio y tiempo libre, y en concreto, el deporte de la natación. Teniendo en cuenta que se trata de alumnos/as con discapacidades, y que en la oferta normal de actividades deportivas lo tienen más difícil para tener cabida, hemos contactado con monitores de A, que ya trabajan en este aspecto a través del Programa Juegos de Convivencia junto al Servicio de Educación, Juventud y Deporte del Ayuntamiento de Madrid. Por todo ello, solicitamos poder hacer uso de la piscina del Polideportivo de Palomeras para que estos alumnos puedan tener espacio donde con monitores especializados en el deporte adaptado consigamos propiciar (...). Solicitamos espacio suficiente en la piscina los sábados y domingos entre las 17h00 y las 19h00”.*

También se adjunta comunicación de 10 de octubre de 2005, del Director General de Deportes del Ayuntamiento de Madrid dirigida al Gerente de la Junta Municipal de Puente de Vallecas, señalando que *“(...) desde esta Dirección General no existe ningún inconveniente para autorizar, de forma excepcional, la inclusión del citado uso (programa de natación adaptada a alumnos con discapacidad) para la temporada 2005/2006 en el Programa de Cesión de Instalaciones a Entidades (Independientes) para el Desarrollo de Programas de Deporte Adaptado para Personas con Discapacidad Física, Intelectual y/o Sensorial (mediante tarjetas de cesión de temporada de deporte adaptado)”.*

**QUINTO.-** En fecha 11 de enero de 2010, al amparo del artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, se otorga trámite de audiencia a los reclamantes a fin de que, si es de su interés, presenten escrito de alegaciones en el plazo de quince días. En la misma fecha, se confiere también trámite de audiencia a A.

Por su parte, los reclamantes, tras comparecencia tomando vista del expediente, presentan escrito de alegaciones en fecha 12 de febrero de 2010. En dicho escrito, aparte de reiterarse en las manifestaciones recogidas en el escrito de reclamación inicial, insisten en que la niña D.G.B. presentaba un grado de discapacidad del 72%, por padecer síndrome de West de etiología congénita, que le provocaba convulsiones generalizadas; también padecía síndrome de Aicardi. La menor presentaba trastorno psicomotor y trastorno del comportamiento e hiperactividad, como resulta del informe del Hospital Infantil Niño Jesús. Por ello, consideran los reclamantes que no tiene ninguna base la afirmación que se hace en el informe de A.P.B., del IMD Palomeras, de que D.G.B. era considerada autónoma por los monitores de A, dado que todas esas patologías hacen que en una actividad acuática la niña tuviera que ser vigilada continuamente tanto por los monitores de la ONG como por el personal de la piscina, y no que se la dejara sola, aunque fuera por unos minutos, porque ello fue lo que provocó su ahogamiento y posterior fallecimiento. A lo anterior, añaden los reclamantes que el nexo causal entre el ahogamiento de la menor y su fallecimiento es indubitado, como se desprende del informe de *exitus* del Hospital Niño Jesús.

Por su parte, la Asociación A no ha formulado alegaciones.

**SEXTO.-** En fecha 25 de marzo de 2010, por el instructor se remite el expediente nuevamente al Distrito de Puente de Vallecas, a fin de que recabe informe de la dirección del Centro Deportivo Municipal de Palomeras, acerca de si la piscina el día del accidente cumplía la normativa

reguladora de las condiciones técnicas y de seguridad establecidas para prestar el servicio.

Por el director de dicho establecimiento deportivo municipal se evacua el informe solicitado en fecha 22 de abril de 2010 (registro de salida del Ayuntamiento de Madrid, Palomeras), haciendo constar en él lo siguiente: *«La normativa sobre Condiciones Higiénicas Sanitarias y de Seguridad en Piscinas, establece la presencia obligatoria de socorrista y de sanitario para vasos que en su conjunto superen los 500 m<sup>2</sup> de lámina de agua. El día del accidente prestaba servicio el socorrista C.S.B., quien se encontraba presente en el recinto de la piscina cuando sucedieron los hechos. Además, y pese a que nuestros dos vasos tienen unas dimensiones de 25×12,5 m (312,5 m<sup>2</sup>) y 12,5×8 m (100 m<sup>2</sup>) y cuya suma no alcanza los referidos 500 m<sup>2</sup>, también se encontraba prestando servicio el ATS-DUE V.E., ambos fueron quienes prestaron auxilio a la niña en primera instancia hasta la llegada del SAMUR. Además, (hay que incidir en el contenido de la petición de la Directora del Centro de Educación Especial Vallecas, P.R.R., donde textualmente refleja que “teniendo en cuenta que se trata de alumnos/as con discapacidades (...), hemos contado con monitores de A, que ya trabajaban en este aspecto...”, para a continuación y de nuevo textualmente “...para que estos grupos de alumnos/as puedan tener un espacio con monitores especializados en el deporte adaptado (A)...”. Finalmente y según testimonios de los presentes, el accidente se produjo en el vaso de 12,5×8 m, en el que hacía pie la accidentada y en el que, en el momento del accidente, además de una profesora, se encontraba el padre de otro alumno».*

Evacuado dicho informe, se da nuevo trámite de audiencia tanto a los reclamantes, como a A, sin que conste que ninguno haya formulado alegaciones.

**SÉPTIMO.-** Por último, en fecha 17 de septiembre de 2010, se formula propuesta de resolución en relación con la reclamación presentada, desestimando ésta. En resumen, se afirma en dicha propuesta que los reclamantes no han acreditado que el accidente se produjera a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos municipales, ni tampoco una supuesta negligencia o culpa de la Administración en las tareas de vigilancia, mantenimiento o conservación de las instalaciones de la piscina.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso sometido a dictamen, los reclamantes cifran su pretensión indemnizatoria en 255.000 €, de donde resulta la preceptividad del dictamen del órgano consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello -el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior-, a tenor del artículo 14.2 de la Ley 6/2007 -en relación con el artículo 32.2 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo-, que preceptúa que se cursen a través del Consejero

competente en materia de relaciones con la Administración Local, las solicitudes de dictamen procedentes de las Corporaciones Locales, como es el caso.

Es el Ayuntamiento de Madrid el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo y en el caso presente se hecho llegar la solicitud por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio del Vicealcalde de 4 de octubre de 2010, adoptado por delegación en virtud de Decreto del Alcalde de 24 de septiembre de 2010.

**SEGUNDA.-** Los reclamantes deducen su reclamación frente al Ayuntamiento por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento de su hija y hermana menor D.G.B., tras ahogamiento en piscina municipal. En efecto, la reclamación la formulan los padres de la menor, A.G.L. y M.J.B.N. -en situación de convivencia a la fecha del suceso, y actualmente separados-, en su propio nombre y en el de sus hijos menores, hermanos de D.G.B., A.D.G.B. y N.G.B. Asimismo, la reclamación ha sido interpuesta por la hermana mayor de aquélla, e hija sólo de la madre de D.G.B., M.B.B., quien formula su reclamación en su propio nombre y derecho.

En el caso que nos ocupa, la legitimación que correspondería a los reclamantes para dirigirse frente a la Administración municipal vendría del hecho de haberse irrogado a aquéllos un daño moral, como consecuencia del fallecimiento de su hija y hermana, daño que es resarcible, compensable económicamente, y que constituye un derecho patrimonial. Como tiene declarado abundantísima jurisprudencia, la indemnización a favor de los perjudicados en caso de fallecimiento de una persona se fija *iure proprio*, es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de parentesco, afectividad o convivencia, y que, precisamente por ese fallecimiento, sufre un daño susceptible de indemnización, daño que se califica de daño moral (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1089/2003,

de 17 de octubre). Por lo demás, el daño moral es un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>- de 30 de diciembre de 2002).

En el caso examinado, es evidente que los padres y hermanos de la menor fallecida ostentan interés legítimo para interponer la presente reclamación, al amparo de los artículos 31 y 139.1 de la LRJAP-PAC. Y, que en el caso de los menores, la reclamación ha sido interpuesta por quienes ejercen su representación legal, por tener atribuida la patria potestad (cfr. artículo 162 del Código Civil).

**TERCERA.-** En cuanto a la legitimación pasiva, merece, en el caso que nos ocupa, consideración aparte.

Aquí la reclamación ha sido correctamente dirigida frente al Ayuntamiento de Madrid, Administración titular de las instalaciones deportivas de Palomeras donde tuvo lugar el accidente que acabó con la vida de la pequeña, y cuyo uso había sido cedido a los menores discapacitados del centro público de Educación Especial de Vallecas, a petición de la directora del mencionado centro educativo.

Pero los interesados reclaman también frente a la ONG A, al cuidado de cuyos monitores se encontraba la menor en el momento de suceder el ahogamiento en la piscina municipal. Será la Administración, frente a la que se dirige la reclamación, la que tenga que pronunciarse sobre a quién corresponde y en qué medida la responsabilidad por los hechos debatidos.

La posibilidad de reclamar conjuntamente frente a la Administración y frente a otros sujetos jurídicos, que hayan intervenido de alguna manera en la producción del daño, está expresamente admitida tras la redacción dada

al artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en coherencia con el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). En efecto, en el primero de los preceptos citados, se establece en su actual redacción que: “(...) *Si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*”.

Se trata de garantizar la llamada unidad de fuero jurisdiccional en favor del contencioso-administrativo, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, evitando duplicidad de reclamaciones y, en su caso, de pronunciamientos contradictorios sobre la misma cuestión. Como es lógico, pese a que la previsión legal anterior apunta a la necesidad de demandar conjuntamente ante los Tribunales de Justicia a Administración y particulares cuando ambos hubieren concurrido de alguna manera a la producción del daño, es evidente que se extiende también a la vía administrativa previa, y postula igualmente la carga de reclamar conjuntamente frente a ambos y de dar lugar a un pronunciamiento administrativo sobre la cuestión (por el privilegio de acto previo que asiste a la Administración).

En el caso sometido a dictamen, los reclamantes se dirigen en vía administrativa también frente a las aseguradoras, tanto de la Administración (C), como de la ONG mencionada (B).

La posibilidad de dirigirse frente a la aseguradora de la Administración, cuando en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se ventilen daños que se encuentren cubiertos por póliza de seguro de responsabilidad civil, también se encuentra expresamente contemplada en el ya citado artículo 9.4 de la LOPJ, en su redacción actual: “*Igualmente conocerán (los tribunales del orden contencioso-administrativo) de las reclamaciones*

*de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”.*

En coherencia con este precepto, también el artículo 2.e) de la LJCA dispone que *“el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo antes los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.*

Pese a que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (en Auto de 27 de diciembre de 2001) ha entendido que el mencionado artículo no supone la derogación tácita del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, que otorga al asegurado acción directa frente a la aseguradora, es evidente que la posibilidad de accionar conjuntamente frente a la Administración y su compañía de seguros, primero en vía administrativa, y ulteriormente, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entraña ventajas evidentes para el perjudicado. La primera, y más relevante desde el punto de vista práctico, es evitar el riesgo de la prescripción de la acción para reclamar frente a la Administración, dado que la reclamación frente a la aseguradora no interrumpe el mencionado plazo prescriptivo, por lo demás muy breve (un año, según el artículo 142.5 de la LRJAP-PAC).

En definitiva, por tanto, la unidad de fuero jurisdiccional otorga *vis attractiva* al orden contencioso-administrativo en los supuestos de responsabilidad patrimonial, para conocer de las pretensiones deducidas, no sólo frente a la Administración -que sólo puede ser demandada ante esta jurisdicción especial-, sino también frente a los particulares que hubieran concurrido de cualquier forma a la producción del daño, y frente a la

compañía de seguros de la propia Administración, para el supuesto de que se trate de riesgos cubiertos por su póliza.

Guarda silencio la ley a propósito de la posibilidad de accionar en el orden contencioso-administrativo frente a la compañía de seguros con que cuente el sujeto privado demandado juntamente con la propia Administración. No encuentra este Consejo motivos para negar la legitimación pasiva de la aseguradora del sujeto jurídico que sí puede ser demandado y frente al que cabe, como se ha dicho, dirigir la reclamación de responsabilidad administrativa.

El artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, establece en su primer párrafo que *“por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”*. Es necesaria, pues, una previa declaración de responsabilidad del asegurado, a la que se vincula el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo de su compañía de seguros. Y en pura lógica con el sistema, dicha declaración de responsabilidad debe hacerse, para el supuesto de que el perjudicado haya optado por reclamar en vía administrativa, además de frente a la Administración, frente al particular que haya concurrido a la producción del daño, por la misma Administración que conoce de la reclamación. Esa declaración frente al posible responsable concurrente con la Administración no debería surtir efectos, en su momento, en la aseguradora del pretendido corresponsable si a la aseguradora no se le permitiese actuar como interesada en el procedimiento administrativo.

En conclusión, la reclamación se ha dirigido correctamente frente al Ayuntamiento de Madrid y la ONG A, así como frente a la compañía de

seguros del primero (C) y a la aseguradora B, con que cuenta la citada asociación.

**CUARTA.-** Respecto al procedimiento seguido, como hemos visto en los antecedentes de hecho, en el momento de incoarse el procedimiento, el 11 de septiembre de 2009, se dio traslado del expediente a D, al amparo del artículo 11.3 de la póliza del seguro de responsabilidad civil que el Ayuntamiento tiene concertada con C. Asimismo, al amparo de los artículos 82 y 83 de la LRJAP-PAC, se solicitó de la Junta de Distrito de Vallecas del Ayuntamiento a fin de que recabase informe de la instalación deportiva municipal de Palomeras, donde había sucedido el accidente. Dicho informe se emitió el 10 de diciembre de 2009.

Una vez evacuado dicho informe, se dio trámite de audiencia, tanto a los reclamantes, como a la asociación A, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP. Por los primeros, se presentó escrito de alegaciones fechado el 12 de febrero de 2010, sin que por la segunda conste que se haya hecho uso del derecho al mencionado trámite.

El instructor, nuevamente, el 25 de marzo de 2010 recabó informe de la instalación deportiva municipal, acerca de las condiciones técnicas y de seguridad de la piscina donde sucedió el accidente. Dicho informe se emitió el 22 de abril de 2010, dándose traslado del mismo tanto a los reclamantes como a la asociación, sin que por ninguno de ellos se hicieran alegaciones en plazo.

No obstante, pese al inicial traslado de la reclamación presentada a C en el momento de incoarse el expediente administrativo, no consta que, al igual que se ha hecho con el resto de interesados, se le haya dado trámite de audiencia, como ordenan los citados *supra* artículos 84 de la LRJAP-PAC

y 11 del RPRP. Y tampoco consta que se haya evacuado ese trámite de audiencia respecto de B.

La jurisprudencia viene interpretando de forma flexible la omisión del trámite de audiencia, considerando siempre dicha ausencia de trámite a la luz de la interdicción de indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución. Así, la STS de 5 de noviembre de 2001, señala que: *“No se aprecia, en consecuencia, que la Sala de instancia haya infringido los preceptos que se invocan como vulnerados al acogerse a determinadas decisiones jurisprudenciales de este Tribunal Supremo en las que se mantiene que debe entenderse subsanado el defecto de falta de audiencia previa del particular cuando éste tuvo suficientes oportunidades de defensa en vía administrativa, amén de las que utilizó luego en la vía judicial y afirmar, en plena consonancia con la interpretación que acaba de exponerse, que, al no tratarse de un procedimiento sancionador, la falta de audiencia previa debe considerarse subsanada por la posterior interposición de los correspondientes recursos en vía administrativa y jurisdiccional y que el principio de economía procesal hace improcedente la retroacción de actuaciones. La omisión del trámite de audiencia debe considerarse, en suma, una irregularidad no invalidante o suficientemente convalidada por las actuaciones posteriores”*.

En parecidos términos, también la STS de 9 de febrero de 1996 recoge la siguiente doctrina: *“(…) en todo caso, el carácter esencial de la audiencia como medio para la efectividad del ejercicio del derecho de defensa, no puede contemplarse al margen de su propia instrumentalidad, de manera que la nulidad del acto o del procedimiento derivada de la consecuente indefensión sólo está justificada cuando ésta se produce realmente, es decir cuando se pierde la oportunidad de hacer valer los propios argumentos o de utilizar pertinentes medios de prueba para la defensa de derechos o de intereses legítimos, circunstancia que no puede*

*apreciarse cuando, como en el presente caso ocurre, en la propia vía administrativa y en la jurisdiccional no ha existido limitación alguna para el ejercicio del derecho de defensa en los términos que reconoce el artículo 24 CE, según ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional al distinguir entre indefensión material y formal. Y en este sentido ha tenido también ocasión de pronunciarse esta Sala, entre otras, en Sentencia de 24 mayo 1995, en la que contemplando razones de economía procesal, excluye retroacciones dilatorias cuando, sin menoscabo de la garantía de los interesados ni limitaciones en las garantías de acierto, una eventual omisión del trámite de alegaciones en el procedimiento administrativo, que en el presente caso, como ha quedado señalado, ni siquiera puede entenderse que se haya producido, resulta subsanada en sede jurisdiccional”.*

En el caso que nos ocupa, sin embargo, no consta que se haya dado a C ni a B la oportunidad de ser oídas, una vez finalizada la instrucción del procedimiento, mediante el trámite de audiencia, que, no obstante su carácter instrumental, debe considerarse a la luz del principio constitucional de interdicción de indefensión consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna. Por tanto, en los casos en que se haya producido efectivamente tal indefensión, la consecuencia no puede ser otra que la retroacción de actuaciones, a efectos de dar cumplimiento al mencionado trámite. La omisión de este trámite, respecto de C y B, nos impide entrar a examinar el fondo de la cuestión suscitada, en tanto en cuanto no se cumplimente adecuadamente dicho trámite, debiendo darse entonces nuevamente traslado de todo lo actuado a este Consejo Consultivo para pronunciarse sobre la reclamación presentada.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la retroacción de actuaciones, a fin de otorgar trámite de audiencia a las compañías de seguros C y B.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 10 de noviembre de 2010

