

Dictamen nº: **468/09**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.09.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría de seis votos favorables, con la abstención del Consejero, Sr. Sabando, y el voto particular al mismo de los Consejeros Sres. Galera y De la Oliva, emitido a solicitud del Alcalde de Madrid, por medio del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 1º 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 dicho Ayuntamiento por L.L.C.F., en solicitud de indemnización de 30.000 euros por los daños y perjuicios sufridos por su hija menor, A.J.L.C., a consecuencia de las quemaduras que ésta sufrió por manipular un producto abrasivo presente en la vía pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de agosto de 2009 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 cinco expedientes de responsabilidad patrimonial, procedentes del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, respecto de los cuales se solicita dictamen

mediante escrito del Vicealcalde de Madrid –por delegación del Alcalde- de 17 de agosto de 2009.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a registrar de entrada con el número 410/09, iniciándose 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, venciendo dicho plazo el próximo 1 de octubre.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, cuya Presidenta, la Excmo. Sra. Rosario Laina Valenciano, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por mayoría de seis votos favorables, una abstención y dos votos particulares, en la sesión de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, celebrada el día 30 de septiembre de 2009.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa de la instancia dirigida al Ayuntamiento de Madrid por L.L.C.F. el 22 de febrero de 2008 (folios 1 y siguientes), solicitando una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 30.000 euros por las lesiones sufridas por su hija menor (de 5 años de edad en el momento de los hechos), quien el día 20 de febrero anterior, mientras jugaba en la zona ajardinada de la C/ San Aureliano sobre las 13,00 h., sufrió quemaduras en mano y labios a consecuencia del contacto con un producto abrasivo presente en una zona pública peatonal donde los niños juegan diariamente.

Junto con su escrito de reclamación, la madre de la menor acompaña la siguiente documentación:

1º Informe de urgencias del Hospital 12 de Octubre, de fecha 20 de febrero de 2008, en que se refiere que la menor acude porque, jugando

en la calle, ha tocado unas “sales” y se ha quemado en la mano izquierda, y después se ha tocado el labio. El juicio diagnóstico es de quemadura cutánea y labial.

2º Reportaje fotográfico del lugar del accidente, de las quemaduras sufridas por la niña, y del producto abrasivo.

Consta que por estos mismos hechos se presentó una denuncia en la Oficina Judicial del Distrito de Villaverde, con fecha 21 de febrero de 2008 (folio 2 del expediente administrativo), sin que conste cuál ha sido el curso de dicha denuncia.

TERCERO.- 1.- Interpuesta la anterior reclamación, por el Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos del Ayuntamiento de Madrid se procede a incoar expediente de responsabilidad patrimonial el día 28 de marzo de 2008, (folios 18 y 19), mediante la remisión de la reclamación a la Correduría de Seguros A, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 11.3 del Pliego de Condiciones Técnicas que rige la póliza del Seguro de Responsabilidad Civil que el Ayuntamiento tiene suscrita con la compañía de seguros B.

2.- En fecha 22 de abril de 2008 se requiere a la reclamante para que aporte la siguiente documentación, que figura en el anexo:

- Justificantes que acrediten la realidad y certeza del accidente sobrevenido y su relación con la obra o el servicio público.
- Declaración en que manifieste expresamente que no ha sido indemnizado (ni va a serlo) por Compañía o Mutualidad de Seguros, ni por ninguna otra entidad pública o privada, como consecuencia del accidente sufrido.
- Descripción de los daños, aportando partes de baja y alta médicas.

- Evaluación económica de la indemnización solicitada, aportando presupuesto o factura, en su caso.

En el mismo escrito, se le realiza la advertencia de que, en caso de no cumplimentar el requerimiento en el plazo de diez días, se le tendrá por desistido de su solicitud, en aplicación de 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), en relación con el artículo 6 del Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo; en adelante, RPRP).

Dicho escrito se le notifica el 19 de mayo de 2008, en que la reclamante lo retira en la oficina de correos, tras dos intentos fallidos de notificación, (folio 22).

La reclamante cumplimenta el requerimiento anterior (folios 23 y siguientes), volviendo a aportar la misma documentación que acompañaba a su escrito de reclamación inicial, señalando que por los mismos hechos hubo intervención de la Policía Municipal y de los Servicios de Limpieza de Medio Ambiente.

3.- El instructor del expediente recaba informe de la Policía Municipal, acerca de la intervención realizada en relación con el accidente sufrido por la menor (folio 41).

En cumplimiento de esta solicitud de informe, por el departamento de Policía Municipal se remite en fecha 17 de julio de 2008 informe evacuado por el agente de Policía Municipal interviniente, minuta ampliatoria presentada en la Comisaría del Distrito y análisis realizado por el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses de la sustancia encontrada.

Se aporta así informe de la Policía Municipal de Madrid, fechado el 20 de febrero de 2008, en el que se refiere que los agentes que suscriben “*manifiestan que sobre las 14:30 horas se presentan en estas dependencias policiales (distrito de Villaverde) la primera filiada (L.L.C.F.) acompañada de su hija, manifestando que sobre las 13:00 horas y en el lugar del hecho (C/ San Aureliano, entre los nº 1 y 4, zona ajardinada), cuando su hija se encontraba jugando en la zona ajardinada, cogió con la mano una sustancia color blanco del suelo que estaba en el alcorque de un árbol, creyendo que era sal o nieve, y llevándoselo a la boca, notando un intenso escozor en contacto con dicha sustancia, por lo que fue trasladada al Hospital 12 de octubre inmediatamente donde fue asistida en mano izquierda y erosiones en labios y cara.- El indicativo actuante se dirige al lugar del hecho de manera urgente para acotar la zona y evitar que otros niños puedan tener contacto con la sustancia tóxica, ya que existe un colegio próximo en la zona.- Se requiere al indicativo de la Unidad de Medio Ambiente presentándose la ECO 8213 para la recogida de muestras y su posterior análisis en el Laboratorio Municipal.- Asimismo, se solicita un servicio de limpieza, apareciendo a las 17:00 horas un camión del SELUR, el cual retira los restos de la sustancia y limpia la zona en profundidad*”, (folio 49).

Se acompaña también dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Ministerio de Justicia (obrante a los folios 51 y siguientes), del cual extractamos la parte referente a los resultados del análisis realizado de la sustancia encontrada: “*La sustancia analizada presenta en disolución acuosa (1/100 p/v) un pH de 12,9, que se considera francamente básico. Los análisis espectrofotométricos revelan que se trata de hidróxido sódico (sosa cáustica). NOTA: El hidróxido sódico es un producto altamente cáustico, que puede dar lugar a graves quemaduras por contacto*

cutáneo, así como lesiones incompatibles con la vida si se llega a ingerir, todo ello dependiendo de las cantidades de que se trate y de las circunstancias en que transcurran los hechos”.

4.- Recibido el informe anterior, por el instructor en fecha 8 de octubre de 2008 (folio 55), se recaba a su vez informe de la Dirección General de Patrimonio Verde, que se vuelve a reiterar el 9 de enero de 2009, (folio 56). Por este Departamento, se informa en fecha 29 de enero de 2009 (folio 59), que tras realizarse visita de inspección “*se comprueba la existencia de jardín municipal con arbolado y arbustos en terrizo- piedra de grava grande a nivel superior al de la calle con viales y escaleras*”, añadiendo que no se observa ningún producto tóxico, ya que el mismo fue retirado en su momento por el SELUR, añadiendo que el arbolado y arbustos no presentan aparentemente signos de debilidad por esta causa.

5.- En fecha 7 de mayo de 2009, concluida la instrucción del expediente, se da vista de todo lo actuado a la reclamante para que formule alegaciones en el plazo de quince días, (folios 64 a 66). Por aquélla, se presenta escrito el 27 de mayo de 2009 (folio 71), refiriendo que la menor presenta como secuelas deshidratación crónica en los labios, así como temor a sustancias como sal o nieve.

CUARTO.- Por la Jefa del Servicio de Relaciones Institucionales y Reclamaciones Patrimoniales, se dicta el 6 de agosto de 2009, propuesta de resolución en la que desestima la reclamación patrimonial presentada, por considerar que no resulta probado el modo en que aconteció el accidente, y que, en su caso, habría sido la imprudencia de la menor y la falta de vigilancia de los mayores que le acompañaban las que habrían propiciado el accidente, citando *ad exemplum* diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo, LCC), según el cual: “*1. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre: 1º 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 que nos ocupa, el *quantum* indemnizatorio se ha cifrado en 30.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del órgano consultivo.

Por otra parte, la solicitud de dictamen ha sido cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, de conformidad con el artículo 14.3 de la LCC (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), 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.

Es el Ayuntamiento de Madrid el legitimado, pues, para recabar dictamen del Consejo Consultivo, habiéndose en el caso presente hecho

llegar la solicitud al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante oficio del Vicealcalde de 17 de agosto de 2009, adoptado por delegación en virtud de Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008.

SEGUNDA.- De la lectura de su escueto escrito de reclamación, no se sabe con certeza si la reclamante está formulando su pretensión indemnizatoria en su propio nombre –en calidad de interesada del artículo 31 de la LRJ-PAC–, por los daños morales sufridos a consecuencia de las quemaduras experimentadas por su hija menor, o si, por el contrario, la madre está actuando en el ejercicio de la representación legal que corresponde a los titulares de la patria potestad respecto de sus hijos menores no emancipados, *ex* artículo 162 del Código Civil.

En efecto, el artículo 30 de la LRJ-PAC autoriza únicamente para actuar ante las Administraciones Públicas a quienes tengan capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles, añadiendo el artículo 32.3 de la misma Ley que para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar derechos en nombre de otra persona, “*deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna*”. Coincide así con el artículo 70.1.a) de la misma norma legal, en cuanto que impone, dentro del contenido mínimo de las solicitudes que inicien el procedimiento administrativo, que se haga constar el “*nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente*”.

En uno u otro caso, es decir, ya formule la reclamante su pretensión en su propio nombre, por los daños morales sufridos a consecuencia de las lesiones que tuvo su hija, o ya lo haga en representación de la menor, aquélla debería haber aportado, junto con su escrito inicial, el documento que acredite el vínculo de parentesco que le liga con la

niña (en este caso, el Libro de Familia). Al no haberlo hecho así, la Administración, al requerirle de subsanación al amparo del artículo 71 de la misma Ley, debería haberle solicitado que aportase tal documento, con la consecuencia, en caso de no atender a este requerimiento, de tenerla por desistida de su solicitud. Simplemente llamamos la atención ahora sobre este incorrecto proceder de la Administración, en aras a mantener una línea coherente con la doctrina que este Consejo Consultivo viene defendiendo sin desmayo desde el principio, en relación con la indebida desestimación de reclamaciones que, en puridad, deberían haber sido inadmitidas. No obstante dado que la Administración entra a conocer del fondo del asunto, este Consejo considera que procede pronunciarse sobre el mismo.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde al Ayuntamiento de Madrid, toda vez que, según el relato de la reclamante, la causa del accidente que sufrió su hija se debió a la presencia indebida de una sustancia tóxica en la zona ajardinada de una calle madrileña, por lo que el título competencial que autoriza para dirigir la reclamación frente al Ayuntamiento es el derivado del artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que atribuye al Municipio competencia exclusiva en materia, entre otras, de *“parques y jardines”*.

El plazo para la interposición de la reclamación es de un año, contado desde que ocurrió el hecho o el acto que motiva la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP). Habida cuenta que la reclamación se presenta el día 22 de febrero de 2008, y que el accidente de la niña tuvo lugar el día 20 del mismo mes, es evidente que aquélla se presentó dentro de plazo.

TERCERA.- En el presente expediente, se han observado los trámites legales y reglamentarios, marcados en la LRJ-PAC y en el RPRP.

Se ha recabado informe de los servicios técnicos municipales sobre la veracidad de lo manifestado por la reclamante en su escrito, acerca de la realidad del daño causado y su supuesta relación de causalidad con el servicio público. Estos informes vienen impuestos por el artículo 10.1 del RPRP.

Por último, se ha conferido trámite de audiencia a la reclamante, sin que por la misma se hayan formulado alegaciones, cumpliéndose así lo dispuesto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP. En suma, la instrucción del procedimiento ha sido completa, sin que pueda alegarse que se haya producido indefensión.

CUARTA.- Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula la reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de nuestra Carta Magna, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP, como bien se razona en la propuesta de resolución, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia: 1º) La efectiva realidad de un daño, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, 12 de julio de 2005 y 31 de octubre de 2007, entre otras*); 2º) Que entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio público medie una relación directa de causa a efecto, con exclusión de los supuestos en que el daño se haya producido por fuerza mayor (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, 9 de mayo de 2005 y 16 de octubre de 2007, entre otras*); y 3º) Que la reclamación se formule en el plazo de un año desde que se produjo el evento lesivo o, en su caso, desde la curación o estabilización de las secuelas, si se trata de daños físicos o

psíquicos (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2003, 25 de enero de 2005y 21 de mayo de 2007, entre otras*).

Dichas notas han de completarse con la consideración de que la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998, se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización por los ciudadanos de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

Por último, no cabe olvidar que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras), todo ello sin perjuicio de los casos en que como veremos la jurisprudencia considera que debe invertirse la carga de la prueba.

QUINTA.- En el caso presente, se trata de determinar si se da la necesaria relación de causalidad entre los daños y perjuicios por los que se reclama, y el funcionamiento de los servicios públicos municipales.

No se cuestiona en este caso la presencia de sosa cáustica en la zona ajardinada de la C/ San Aureliano el día de los hechos. Así resulta del informe emitido por el agente municipal actuante, quien refiere que, después de recibir la denuncia de la madre en la Comisaría de Distrito de Villaverde sobre las 14,30 h. del mismo día 20 de febrero de 2008, *“se dirigió al lugar del hecho de manera urgente para acotar la zona y evitar que otros niños (pudieran) tener contacto con la sustancia tóxica, ya que existe un colegio próximo en la zona”*. Asimismo, se requirió a la Unidad de Medio Ambiente para la recogida de muestras de la sustancia en cuestión y su posterior análisis, así como al SELUR que procedió a retirar los restos y a limpiar la zona en profundidad sobre las 17,00 h. de ese mismo día.

Tampoco resulta cuestionado que el mencionado producto tóxico se encontraba en un jardín municipal, debiendo detenernos en este punto toda vez que la propuesta de resolución mantiene que la zona no era apta para uso peatonal, circunstancia esta que no resulta del resto de los informes incorporados al expediente. Efectivamente, en el informe Dirección General de Patrimonio Verde con fecha 29 de enero de 2009,

se manifiesta: “*se comprueba la existencia de jardín municipal con arbolado y arbustos en terrizo- piedra de grava grande a nivel superior al de la calle con viales y escaleras*”.

Por otro lado, las fotografías, presentadas muestran una zona que si bien en principio no parece apta, para juegos infantiles, por la existencia de piedra grava y el desnivel que presentaba respecto de la calle, de la descripción realizada por los servicios municipales resulta que dichas características correspondían al diseño del jardín en cuestión.

A mayor abundamiento, la urgencia con que se describe en el atestado de la policía y las medidas de precinto de la zona adoptadas “*para evitar que otros niños puedan tener contacto con la sustancia tóxica, ya que existe un colegio próximo en la zona*”, abonan la consideración de que dicho jardín estaba abierto al tránsito peatonal y era común su uso por menores.

Por lo tanto, resultando acreditado el daño de los informes médicos acompañados (quemaduras en zona cutánea y labial) y la existencia de sosa cáustica en un jardín municipal donde jugaban habitualmente niños, lo cierto es que existen elementos de juicio suficientes como para presumir razonablemente que los hechos relatados en la reclamación efectuada son ciertos, aplicando los criterios que para apreciar la prueba de presunciones establece el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de enjuiciamiento civil, y la jurisprudencia de aplicación.

Entre otras, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2005, dictada en el recurso de casación 4574/2002, que exige que el proceso deductivo que permite entender probado un hecho a partir de otro indubitado, no sea “*arbitrario, caprichoso ni absurdo*”, en resumidas cuentas que sea razonable según las reglas de la sana lógica y del buen criterio.

Puede por tanto presumirse la existencia de nexo de causalidad entre el daño producido y el servicio público.

Con respecto a si la falta de vigilancia sobre la menor, alegada por la Administración en la propuesta de resolución, es de entidad suficiente para llegar a romper el referido nexo, este Consejo ha de pronunciarse en sentido negativo. Efectivamente, la vigilancia que requiere un menor de cinco años no supone el control previo por parte de la persona adulta encargada de su cuidado, de todas las cosas que se hallen a su alcance, en un entorno (jardín público), en el que no es previsible que existan sustancias de una peligrosidad tan extrema como la sosa cáustica.

SEXTA.- Acreditado el nexo de causalidad, es necesario analizar la naturaleza o no antijurídica del daño padecido, sobre la base de que tal y como viene manteniendo la jurisprudencia, no toda omisión de la Administración conlleva la existencia de un daño antijurídico, sino que es preciso que dicha omisión rebase los estándares medios de prestación del servicio, prueba esta que concierne a la propia Administración reclamada, dado que art. 217.6 de la LEC regulador de la carga de la prueba, y de aplicación supletoria en el procedimiento administrativo, establece que la carga de la prueba recae sobre la parte que esté en mejores condiciones de aportarla.

En los casos de vertidos de sustancias peligrosas en los lugares públicos, la jurisprudencia viene manteniendo que si la Administración prueba que actuó con diligencia, que su servicio de mantenimiento se desarrolló de manera conveniente dentro del estándar medio, el daño no reviste naturaleza antijurídica, siendo obligación del administrado soportar el daño acaecido. Por el contrario, si la Administración no prueba que su actuación se desarrolló dentro de los límites de exigibilidad, la naturaleza del daño deviene antijurídica, concurriendo entonces todos los requisitos para el nacimiento de la figura de la

responsabilidad patrimonial y de la consiguiente obligación de la Administración de resarcir el daño.

En este punto podemos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 2006 RJ 2006\4489 en cuyo fundamento jurídico cuarto y aplicando la doctrina antes indicada, señala que “ *debe concluirse asumiendo la argumentación contenida en la Sentencia de instancia, en el sentido de considerar que las lesiones de la actora, por las que reclama, se produjeron como consecuencia de una caída en una vía pública, ante un obstáculo absolutamente imprevisible, como era un hilo atado entre dos árboles, obstáculo este cuya realidad y configuración no puede ser abarcado por cualquier peatón que circula en condiciones normales por una vía pública cuyo adecuado estado de conservación para asegurar la normal deambulación de aquellos sin riesgos imprevisibles y por tanto inevitables, corresponde a los Ayuntamientos, no habiendo probado el Ayuntamiento recurrente, como le hubiera correspondido a efectos de poder eximir su responsabilidad, que el hilo entre los árboles se hubiese colocado por terceras personas, con una proximidad temporal tal, al momento en que se produjo la caída, que hubiese hecho imposible velar por el adecuado mantenimiento de la vía pública, quitando el obstáculo colocado y siendo ello así es evidente que, según lo que antes se ha argumentado, concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial*”. En el mismo sentido puede citarse la Sentencia de 8 octubre 1986, RJ 5663.

Por su claridad merece también ser citada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 noviembre JUR 2006\75594, cuando señala que “*Ha de tenerse en cuenta, que como se ha reiterado, la responsabilidad de la Administración es objetiva y ello supone que una vez acreditada la causa de los daños -la existencia de una sustancia deslizante en la calzada- deba ser la Administración,*

invirtiendo la carga de la prueba, la que acredite que hizo todo lo necesario para mantener la vía expedita y en condiciones de seguridad, en otro caso se estaría cargando al particular, que ha experimentado un daño que no tiene el deber jurídico de soportar, con la necesidad de acreditar hechos extintivos o conductas de terceros, carga de la prueba sobre falta de diligencia de la Administración o en general sobre su conducta que nunca podrá realizar dicho particular

Dado que la Administración que no ha llevado a cabo actividad alguna encaminada a probar que el servicio de mantenimiento del parque municipal se realizó en condiciones adecuadas, hemos de concluir que el daño sufrido por la menor al tocar la sustancia peligrosa es de naturaleza antijurídica, existiendo obligación por parte de aquella de repararlo.

SÉPTIMA.-Procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

La reclamante solicita la cantidad de 30.000.-€, los daños padecidos considerando como secuelas la deshidratación crónica de labios y temor a sustancias como la sal o la nieve.

No quedan acreditadas las dos últimas secuelas padecidas por la menor tratándose de meras afirmaciones de la reclamante carentes de sustrato probatorio. Por otro lado, respecto de los daños consistentes en quemaduras que aparecen consignadas en el diagnóstico del informe de urgencias del Hospital 12 de octubre y se aprecian en las fotografías presentadas, se trata de quemaduras leves, por lo que este Consejo Consultivo considera adecuada a las circunstancias del caso una indemnización de 600.-€.

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

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por L.L.C.F., en solicitud de indemnización de 30.000 euros por los daños y perjuicios sufridos por su hija menor de edad a consecuencia de las quemaduras que ésta sufrió por manipular un producto abrasivo presente en la vía pública, debe ser estimada, en la cantidad de 600.€.

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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL CONSEJERO, D. JESÚS GALERA SANZ, AL DICTAMEN 468/09.

«Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, y con el respeto que siempre me merecen mis compañeros que han votado a favor, formulo este Voto particular para manifestar mis discrepancias con el dictamen nº 468/09.

Dicho voto particular viene motivado porque disiento, dicho sea en términos estrictamente jurídicos, de la fundamentación jurídica y conclusión de dicho dictamen, el cual, al pronunciarse sobre la reclamación patrimonial planteada contra el Ayuntamiento de Madrid, concluye de que debe estimarse la reclamación en la cantidad de 600 euros. La estimación se basa, en síntesis, en considerar acreditado el nexo de causalidad entre los daños sufridos por la menor y el funcionamiento de los servicios públicos municipales. Y, a mayor abundamiento, en la consideración de que el daño sufrido merece, en este concreto caso, la consideración de daño antijurídico.

Dicha conclusión no me parece acertada, por las razones que expondré a continuación.

I. Sobre la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Imposibilidad de que la Administración se erija en garante o aseguradora universal.

Una de las notas fundamentales que sirve para distinguir el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es que se trata de una responsabilidad objetiva o por el resultado, siendo lo fundamental la acreditación del nexo de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, para que surja la obligación de aquélla de indemnizar los daños y perjuicios que de su acción u omisión se hayan seguido. En efecto, la primera nota que permite distinguir la responsabilidad patrimonial de la Administración de la responsabilidad civil, aquiliana o extracontractual, es que aquélla surge con independencia de toda idea de culpa o negligencia en el agente del daño. Lo fundamental, pues, es la presencia del vínculo de causalidad entre la actividad o inactividad administrativa y el resultado dañoso producido; es decir, que entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio público medie una relación directa de causa

a efecto, con exclusión de los supuestos en que el daño se haya producido por fuerza mayor (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, 9 de mayo de 2005 y 16 de octubre de 2007, entre otras*).

Por otra parte, cuando se afirma que la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva o por el resultado, se quiere subrayar que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión. Ya insistía la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998 (cuyo supuesto fáctico consiste en una persona que sufre un accidente y se le introduce una esquirla en un ojo que los servicios médicos del INSALUD no detectan y debe acudir a una consulta privada donde se la extraen, pero cuando ya ha perdido la visión), en que *“La responsabilidad de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (...). Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”*.

No obstante, ya la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 se

pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización por los ciudadanos de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

Es por este motivo, el de evitar que las Administraciones Públicas se erijan en aseguradoras universales de cualesquiera clase de eventos dañosos que pudieran ocasionárseles a los administrados en la esfera de los bienes o de los servicios públicos, por el que la jurisprudencia se viene decantando por una postura restrictiva acerca del nexo de causalidad, que aboga por considerar existente este vínculo sólo en los casos en los que un determinado resultado sea imputable objetivamente o adecuado a la actuación llevada a cabo. A esta doctrina se le denomina teoría de la causalidad adecuada, elaborada en el ámbito del Derecho Penal, según la cual se impone determinar cuál ha sido la causa

adecuada para la producción del resultado lesivo, entendiéndose aquélla como la verdaderamente relevante para la producción del evento dañoso, relevancia que ha de apreciarse en consideración a que éste fuera previsible en el curso normal de los acontecimientos, precisándose además, lo que la jurisprudencia llama “*verosimilitud del nexo*”, que supone que existe una adecuación objetiva entre el acto y el resultado dañoso producido (*vid.*, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a] de 28 de noviembre de 1998).

No siendo el objeto del presente Voto particular realizar un análisis exhaustivo de las teorías surgidas en torno al nexo de causalidad, sí debemos señalar que la aplicación hasta sus últimos extremos del carácter objetivo o por el resultado de la responsabilidad patrimonial de la Administración, precisando sólo para su apreciación el citado nexo de causalidad, puede conducir a resultados indeseados, y no conformes en absoluto con los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico.

Es ilustrativa de esta postura equilibradora la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3^a de 27 de julio de 2002, en que se ventilaba un accidente sufrido por un niño en una actividad colegial, en el curso de la cual le saltó una piedra en el ojo:

“La Administración no es responsable de cualquier resultado lesivo o dañoso que se origine en el transcurso de la actividad de un servicio público, sino sólo de aquéllos que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal del mismo (...) la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto (el artículo 139 de la Ley 30/1992) hasta el extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más

perturbadora para una correcta realización y una progresiva ampliación de tales servicios, pues el principio de solidaridad de riesgos que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (...) puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”.

En definitiva, pues, se impone una ponderación razonada de todas las circunstancias concurrentes y los distintos intereses en conflicto, en línea con la filosofía que late bajo la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a efectos de que dicho instituto no se desvirtúe y acabe separándose de los fines a los que debe servir. Así, pues, sólo podrán resarcirse por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración los daños que guarden relación de causa a efecto con el funcionamiento de los servicios públicos, y que merezcan la consideración de daños antijurídicos, en consonancia con lo establecido en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual: “*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”. En el bien entendido de que dicha obligación de resarcimiento, sólo surgirá cuando el riesgo creado por la utilización de un bien o infraestructura de titularidad pública o de un servicio público, haya rebasado los parámetros de la razonabilidad, y no se trate de un riesgo socialmente admitido como propio de la vida en común. En efecto, el daño sólo será antijurídico cuando el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (*vid. sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a, de 28 de octubre de 2003, 12 de febrero de 2002 o 31 de octubre de 2003, entre otras*).

II. Servicio de mantenimiento de parques y jardines.

En el caso que nos ocupa, el título de imputación que justifica que la reclamación patrimonial vaya dirigida contra el Ayuntamiento de Madrid, vendría dado, según el discurso de la madre de la menor, por la omisión de aquél en la adopción de las medidas de seguridad y vigilancia precisas para que un accidente como el sufrido por la menor en la zona ajardinada de la C/ San Aureliano tuviera lugar. Dicho título de imputación, genéricamente, sería el derivado de la competencia que ostentan los municipios en materia de mantenimiento de parques y jardines (cfr. artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local), servicio de mantenimiento cuyo contenido ha sido atemperado y matizado por los distintos pronunciamientos judiciales.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a) de 10 de diciembre de 2008, apunta, respecto del servicio de mantenimiento de parques y jardines, en relación con su destino a la deambulación de las personas, a que “...cabe afirmar que no es posible extender la cobertura del servicio público a la conservación de los jardines más allá de los fines a que se destinan, pues como hemos dicho en el presente supuesto dichos jardines no estaban destinados al tránsito de personas...”.

También otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de la misma Sala y Sección, de 5 de febrero de 2007, se pronuncia en los siguientes términos con relación al servicio genérico de mantenimiento y limpieza de las vías y espacios públicos: “*Existe un reiterado criterio jurisprudencial con arreglo al cual debe entenderse que el servicio de limpieza viaria abarca la limpieza ordinaria de las calles, pero no es sostenible -pues supondría consagrar una auténtica responsabilidad automática- la exigencia de que las calles estén en perfecto estado, de forma continuada y a lo largo de todos los momentos*

del día, pues ello supone desconocer que son transitadas por multitud de ciudadanos, por lo que ocasionalmente pueden existir sobre las aceras y calzadas, vertidos, objetos, obstáculos, etc., que generen un transitorio riesgo hasta que su presencia es advertida y comunicada a los funcionarios municipales; es, por tanto, inviable y excede de lo razonablemente exigible, pretender de la Administración que responda en tales supuestos, pues el servicio público de limpieza no puede llegar al extremo de una prestación continuada y en todos los rincones de la población, ya que ello supondría su colapso”.

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia del mismo TSJ de Valencia, de 15 de septiembre de 2005.

Estas sentencias aplicables al presente caso lo son también de aplicación concreta al servicio público de mantenimiento de parques y jardines de la ya apuntada doctrina jurisprudencial, que atempera el rigor de la responsabilidad patrimonial puramente objetiva o por el resultado, poniendo sobre aviso de los peligros que con una tal interpretación rigorista del instituto se corren de convertir a las Administraciones Públicas en auténticas aseguradoras universales de cualesquiera riesgos que se produzcan en la esfera jurídica de los administrados a consecuencia de la utilización de los bienes o de las infraestructuras públicas.

III. - Sobre la carga de la prueba de la relación de causalidad.- La Administración debe probar que la culpa exclusiva de la víctima ha determinado la ruptura del nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos.

Una vez establecido que, según la madre, ha sido el funcionamiento anormal del servicio de mantenimiento de parques y jardines el que ha determinado el accidente sufrido por su hija, corresponde a aquélla la

carga de la prueba del supuesto incumplimiento u omisión del Ayuntamiento en la adopción de las medidas de vigilancia y limpieza precisas.

Para ello, debemos partir de las reglas generales en materia de distribución de la carga de la prueba. Como señalan abundantísimos sentencias (entre otras las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a, números 1650/2005, de 13 de diciembre; 167/2006, de 26 de enero; 1280/2006, de 4 de julio; 1388/2006, de 25 de julio; 234/2007, de 6 de febrero; 250/2007, de 8 de febrero; 666/2007, de 12 de abril; 919/2007, de 17 de mayo; 1201/2007, de 3 de julio; 1440/2007, de 13 de septiembre; y 1535/2007, de 27 de septiembre), a los efectos de la relación de causalidad, estamos ante una cuestión de prueba. Por ello, en aplicación de los principios generales que rigen la carga de la prueba (cfr. artículo 217.2º de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda.

Al respecto de la prueba de la relación de causalidad en caso semejante al que ahora contemplamos, razonaba la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a) de 7 de octubre de 2005: *“Uno de los elementos determinantes para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial es el de la imputabilidad a la Administración demandada de la actividad, actividad que comprende tanto su sentido jurídico como material, incluida la actuación por omisión o pasividad, en el entendimiento de que ha de ser dicha actuación pública, en la vertiente que contemplamos omisiva,*

determinante de la producción del efecto lesivo. (...) El presupuesto necesario en estos casos es que el funcionamiento del servicio público opere, de forma mediata, como un nexo causal eficiente. En estos casos, la relación de causalidad se conecta con una situación de ineficiencia de la Administración, normalmente en la adopción de las medidas precisas para garantizar las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo”.

Aplicando estos principios generales al caso concreto examinado, señala la misma Sentencia citada *supra* del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que : “*Conforme a las reglas de la carga de la prueba, es a la parte actora a la que corresponde acreditar que los daños sufridos tuvieron por causa eficiente la incorrecta actuación del Ayuntamiento, esto es, debe aportar el sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Por contra, corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción propia de la víctima o de un tercero*”.

Son numerosas las sentencias de nuestros tribunales de justicia, contemplando casos similares al que constituye el objeto del presente dictamen. En síntesis, en todas ellas se aboga por desestimar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas frente a la Administración, cuando el accidente causante de los daños haya tenido lugar en una zona destinada a otro fin distinto del juego de niños o, más genéricamente, de la deambulación de peatones, considerándose en tales casos que la conducta exclusiva de la víctima ha determinado la ruptura del nexo causal con el funcionamiento de los servicios públicos municipales. Ahora bien, en aplicación de la doctrina antes expuesta, es la Administración la que debe probar la incidencia de la culpa exclusiva de la víctima a efectos de enervar el nexo de causalidad.

Veamos algunos casos singulares que pueden arrojar luz sobre la cuestión.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) de 12 de febrero de 2007, se ventilaba la reclamación interpuesta frente al Ayuntamiento de Zaragoza por una mujer que sufrió una caída a causa de un socavón presente en sendero peatonal del Parque de la Aljafería y por falta de iluminación del mismo. Se consideró que no existía en tal supuesto conducta activa o por omisión del Ayuntamiento que determinase la declaración de su responsabilidad en la producción del accidente, razonándose en los siguientes términos: “*...el lugar donde se produjo la caída no es calle habilitada para paso normal de peatones al modo en que lo puede ser una acera o calle asfaltada, sino que se trata de un paso con firme de tierra, dentro de un parque con arbolado y destinado a uso lúdico o de recreo más que a ser sitio de tránsito peatonal habitual o constante. En consecuencia, las condiciones del lugar no presentan ni un firme totalmente uniforme, ni iluminación intensa, ni señalización pasiva fluorescente o de otro tipo para marcar el camino o su estado. Aparte de que el entorno y características del camino sean las indicadas, debe igualmente tenerse en cuenta que próximo a él sí existe un lugar destinado al paso habitual de peatones, de suelo uniforme y propio de ciudad urbanizada, totalmente iluminado y correctamente mantenido*”. Continúa por ello argumentando la sentencia que la víctima “*...ante la opción que se le presenta elige voluntariamente la que le llevaba por un lugar que se mostraba claramente como de menos mantenimiento y peores condiciones que la acera*”. Por ello, en fin, la consecuencia no puede ser otra más que la de que “*la actuación de la propia peatona que luego resultó lesionada (es) la única que puede considerarse que contribuyó a la producción del daño*”.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1^a), de 3 de diciembre de 2004, se dilucidaba el caso de un niño de 7 años de edad que, mientras se encontraba patinando en un parque público infantil de Son Ferrer (Calviá), impactó contra un pivote de hormigón de cíntos irregulares, con aristas pronunciadas, propinándose un golpe a la altura de su boca y nariz, que le causó los daños origen de la reclamación. En la sentencia se realiza un minucioso análisis acerca del uso propio de la plaza en que se produjo la caída, señalando en primer lugar que: *“Obviamente el examen de lo ocurrido no puede ser el mismo si el accidente se produjo en zona destinada a juegos infantiles o parque infantil (...) que si el accidente ocurrió en zona de dominio público”*. Así razona que *“Los espacios urbanos destinados a juegos infantiles han de estar proyectados teniendo en consideración que la actividad física propia de los juegos (saltar, subir, patinar, escalar a estructuras prefabricadas) conlleva inevitables caídas frente a las cuales el suelo y el mobiliario urbano debe estar diseñado para evitar que agraven el daño propio de todo accidente infantil”*. Por el contrario, añade *“en los restantes espacios públicos no destinados a tal fin específico –como las plazas y aceras de las calles– no se requiere ese plus de medidas de seguridad frente a accidentes infantiles, sino que deben reunir las condiciones de seguridad ordinarias que entran dentro de los estándares medios exigibles”*. Después de estas consideraciones generales, se analiza el concreto caso sometido a enjuiciamiento, afirmando que, de las pruebas practicadas y de las fotografías, así como del acta de examen visual, *“se aprecia cómo la plazoleta peatonal en que se produjo el accidente se encuentra separada de las dos áreas o zonas de juegos infantiles con arena. No existe una separación con barreras que impida el paso de una zona a otra, pero es evidente que las estructuras de juegos se encuentran concentradas en los areneros y que la plazoleta*

en que se produjo el accidente es un área que carece de instalaciones para juegos y por ello es zona propia de paseo en las mismas condiciones que cualquier plaza o acera pública. Con ello se quiere indicar que no se requería una prevención especial ante posibles caídas de niños, ya que estas caídas se podían producir en aquel punto como en cualquier otro espacio público". De ahí que se desestime el recurso presentado frente a la desestimación de la reclamación patrimonial por el Ayuntamiento de Calviá.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a) de 10 de diciembre de 2008, resolvía el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado nº 4 de Valencia, desestimando recurso contencioso-administrativo frente a anterior resolución del Ayuntamiento de Sueca, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial. En la resolución administrativa de origen se desestimaba la reclamación interpuesta por los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la caída sufrida por un peatón, al haber introducido el pie en la zona de césped del parque situado en la plaza de la iglesia de la Urbanización Marenys Blau de Sueca. Así, señala que la caída se produjo “*con motivo de haberse introducido el pie izquierdo en un agujero que había en dicha zona verde, zona que ornamenta la plaza peatonal del citado parque, el cual dispone de áreas habilitadas para el uso exclusivo de peatones, no siéndolo en ningún caso la zona destinada a jardín, aun cuando la misma efectivamente resulte transitable por no disponer de vallas que limiten su acceso, en el sentido de término, esto es como sitio o lugar por donde se puede transitar, y transitar a su vez, como ir o pasar de un punto a otro, siendo la zona por la que transitó la recurrente una vía no destinada al tránsito de peatones, y que el deambular por la misma requiere la adopción de precauciones, que como sostiene la Sentencia no fueron adoptadas por la recurrente cuando decidió*

introducirse en la zona de jardinería, caminando por lugar no destinado al efecto, rompiéndose el nexo causal dada la falta de atención imputable a la recurrente". Por ello, concluye afirmando que "la referida caída se produjo en lugar no destinado específicamente al transito de los peatones, todo lo cual exige una mayor atención en la deambulación, lo que hubiera evitado la caída de la aquella". La sentencia, en fin, concluía desestimando el recurso de apelación interpuesto, y confirmando la sentencia de instancia.

Citaba antes la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a), de 7 de octubre de 2005, la cual versaba sobre una reclamación interpuesta por los representantes de un minusválido psíquico de 18 años (con una minusvalía del 55%), que mientras jugaba con otros chicos en la barriada de Torres Blancas de Jerez de la Frontera, cogió una hoja de palmera procedente de la poda realizada por los servicios municipales para arrojarla lejos, con la mala fortuna de que ésta se volvió contra el muchacho, perforándole el ojo izquierdo, provocándole la pérdida del mismo. Mientras que los reclamantes abogaban como causa eficiente de la producción del accidente el funcionamiento del servicio público de limpieza de parques y jardines, y la falta de señalización de los restos de la poda de las palmeras, estimando que si los servicios municipales hubieran procedido a la recogida inmediata de los restos de poda o los hubieran señalizado adecuadamente, el accidente no se habría producido, la sentencia desestimó la reclamación. Para ello argumentaba en los siguientes términos: "*A nuestro entender, el mantenimiento de parques y jardines no puede exigir ni dar como resultado que pueda imputarse al Ayuntamiento cualquier suceso acaecido sobre los mismos, ni que le sea exigible una diligencia tan especial que de inmediato proceda a la retirada de cualquier objeto que, en sí mismo y por sí mismo considerado, no represente un peligro.*

Cierto que en los parques juegan pequeños y no tan pequeños, y que el lesionado padece una minusvalía psíquica importante, pero también es cierto que los padres o personas encargadas de su custodia han de estar pendientes de lo que quienes no tienen capacidad de discernir puedan hacer en esos momentos de juego y esparcimiento”.

Por último, la Sentencia del mismo TSJ de Andalucía, Sevilla, de las mismas Sala y Sección, de 24 de febrero de 2006, se pronunciaba respecto de la reclamación presentada por los padres de una menor que había resultado lesionada en un accidente ocurrido jugando en el exterior del Centro Cívico de la barriada de Bellavista en Sevilla, accidente que tuvo lugar mientras la pequeña, montada en un monopatín, bajaba por una rampa de la zona de carga y descarga del edificio y cayó al suelo. Para desestimar la reclamación, la sentencia realizaba la siguiente argumentación: “*La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto de autos conduce a la desestimación de la demanda. La demandante, básicamente, considera que se dio una omisión del deber de vigilancia del Ayuntamiento respecto de las instalaciones donde se produjo el accidente, por entender que debieron tomarse medidas que evitaran el accidente. De la descripción del accidente que hace la demandante, y la observación de las fotografías aportadas del lugar donde ocurrió, se concluye; por una parte, se trata del exterior del edificio, de un lugar no habilitado por su propia naturaleza para el juego en general y el patinaje en particular La menor no debía estar patinando en esa rampa, y si lo hizo fue con el consentimiento expreso o tácito de sus padres; y, en segundo lugar, que en todo caso, la caída se debió a la conducta de la menor, el patinaje, no a la presencia de supuestos "obstáculos" Porque la existencia de una rejilla al final de la rampa, necesaria para el desagüe, no es un peligro ya que se ve fácilmente y no es un obstáculo inevitable para quien pasa por allí. Pero además, (informe de la Policía Local en el folio 40 del*

expediente) la rejilla estaba correctamente terminada, no sobresalía del suelo y no tenía ningún resalte en la tapa, es decir no era defectuosa. Debe añadirse, como cita la contestación a la demanda, que la Ordenanza de Arbolado, Parques y Jardines Públicos en el Municipio de Sevilla, ordena, en su art. 12, que la práctica de juegos y deportes se realiza en las zonas especialmente acotadas. Claramente, en las fotografías se observa que ni la rampa ni en entorno del edificio es una zona acotada para juegos y deportes”.

IV.- Sobre el carácter no apto para la circulación de peatones del lugar donde aconteció el accidente de la menor.- Incidencia de la culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño.

En el caso examinado, la madre de la pequeña que sufrió las quemaduras labiales y cutáneas que motivan la reclamación origen del dictamen, argumentaba que la presencia indebida de una sustancia tóxica y altamente peligrosa, como es la sosa cáustica, en lo que ella consideraba un parque público, en el que -siempre según su versión de los hechos- jugaban habitualmente niños, sustancia con la que accidentalmente jugó su hija, supone un funcionamiento anormal del servicio público municipal de mantenimiento de parques y jardines, lo que obliga al Ayuntamiento de Madrid a resarcirle de los daños y perjuicios sufridos, por la concurrencia de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El dictamen con el cual discrepo, da por buena la versión proporcionada por la madre de la pequeña, considerándola corroborada por los propios documentos incorporados al expediente. A mi entender, sin embargo, dicha versión resulta contradicha por esos mismos informes, y por el reportaje fotográfico que la misma reclamante acompaña a su escrito inicial.

En efecto, en el referido dictamen, se parte de la premisa indubitable y esencial para la conclusión, de que el lugar donde tuvo lugar el accidente de la pequeña era un lugar abierto al tránsito de peatones, y como tal, apto para el juego de niños. Dichas consideraciones, dicho sea respetuosamente, me parecen erradas, por las razones que inmediatamente paso a examinar.

Parte el dictamen del informe emitido por la Dirección General de Patrimonio Verde del Ayuntamiento de Madrid en fecha 29 de enero de 2009 (al folio 59 del expediente). En el mismo, se afirma que *“Realizada visita de inspección se comprueba la existencia de jardín municipal con arbolado y arbustos en terrizo-piedra de grava grande a nivel superior al de la calle con viales y escaleras”*. De ello, se presume en el dictamen que la zona era apta para el uso peatonal, lo que no puedo compartir.

Sin embargo, dicha descripción, corroborada por las fotos incorporadas al expediente por la reclamante, lo que refleja es que el lugar inspeccionado era un parque delimitado por vallas de una altura aproximada de cuarenta centímetros, en el que se encuentran arbustos y arbolado, sobre un suelo que no era de hierba, sino de terrizo-piedra de grava grande, el cual se halla situado, en algunos puntos, a un nivel superior al de la calle, dado el desnivel de la misma. En el parque hay zonas habilitadas para el uso público con escaleras, que parten de la calle, para acceder a ellas.

No puedo compartir la siguiente afirmación, en mi opinión un tanto ininteligible, recogida en la consideración jurídica quinta: *“Por otro lado, las fotografías, presentadas muestran una zona que si bien en principio no parece apta para juegos infantiles, por la existencia de la piedra grava y del desnivel que presentaba respecto de la calle, de la descripción realizada por los servicios municipales resulta que dichas*

características correspondían al diseño del jardín en cuestión". Según mi criterio, lo que prueban las fotografías, de forma nítida, es que el lugar donde la niña entró en contacto con la sosa cáustica no era apto para juegos infantiles, no solo por estar vallada la zona (aunque rota en dos puntos), sino por el suelo de la misma de cantos rodados deslizantes y sobre todo por la altura del jardín respecto del nivel de la calle, elementos que hacen muy peligroso el deambular por dicho jardín.

Otro de los elementos en los que se apoya el dictamen para sostener el carácter peatonal del espacio en cuestión es *"la urgencia con que se describe en el atestado de la policía y las medidas de precinto de la zona adoptadas "para evitar que otros niños puedan tener contacto con la sustancia tóxica, ya que existe un colegio próximo en la zona", abonan la consideración de que dicho jardín estaba abierto al tránsito peatonal y era común su uso por menores"*.

No puedo compartir dicha conclusión ya que no se corresponde, a mi juicio, con lo reflejado en el expediente. En éste, queda constancia del informe emitido por la Policía Municipal el 20 de febrero de 2008, en el que se refiere que los agentes que lo suscriben *"manifiestan que sobre las 14:30 horas se presentan en estas dependencias policiales (distrito de Villaverde) la primera filiada (L.L.C.F.) acompañada de su hija, manifestando que sobre las 13:00 horas y en el lugar del hecho (C/ San Aureliano, entre los nº 1 y 4, zona ajardinada), cuando su hija se encontraba jugando en la zona ajardinada, cogió con la mano una sustancia color blanco del suelo que estaba en el alcorque de un árbol, creyendo que era sal o nieve, y llevándose la boca, notando un intenso escozor en contacto con dicha sustancia, por lo que fue trasladada al Hospital 12 de octubre inmediatamente donde fue asistida en mano izquierda y erosiones en labios y cara.- El indicativo actuante se dirige al lugar del hecho de manera urgente para acotar la zona y*

evitar que otros niños puedan tener contacto con la sustancia tóxica, ya que existe un colegio próximo en la zona. - Se requiere al indicativo de la Unidad de Medio Ambiente presentándose la ECO 8213 para la recogida de muestras y su posterior análisis en el Laboratorio Municipal. - Asimismo, se solicita un servicio de limpieza, apareciendo a las 17:00 horas un camión del SELUR, el cual retira los restos de la sustancia y limpia la zona en profundidad" (folio 49).

Que el agente que recibe la denuncia de la madre de la menor acuda de forma urgente al lugar de los hechos, dada la proximidad de un colegio en la zona, no apuntala, a diferencia de lo que se afirma en el dictamen, la consideración de que se trate de un lugar donde habitualmente jueguen niños. El agente cumplió con su deber al ir, de forma inmediata, a acordonar la zona, con el fin de comprobar, principalmente, que la sosa cáustica se encontraba en el lugar que la madre había señalado. Además, la urgencia de dicha intervención no significa dar por buena necesariamente la versión de la madre de la pequeña, dado que, en efecto, en la zona ajardinada de la calle San Aureliano, existen partes aptas para la circulación de peatones, y otras que no lo son. Lo que demuestra es la máxima diligencia del agente, así como del SELUR, al actuar de forma inmediata una vez recibida la denuncia. Por último, el hecho de que la niña hubiera podido acceder al lugar donde se encontraba la sosa cáustica no significa que el jardín estaba abierto al tránsito peatonal y era común su uso por menores, como se afirma en el dictamen.

Por todo ello considero suficientemente justificado el carácter no transitable del lugar donde la niña tuvo contacto con la sosa cáustica. Se puede afirmar, en conclusión, que la causa eficiente del accidente fue la conducta exclusiva de la víctima, desatendida imprudentemente por la madre que en ese momento se encontraba cuidando de ella, la que

propició que sufriera quemaduras por manipular una sustancia hallada en el suelo del jardín y que, desafortunadamente, resultó ser tóxica y altamente peligrosa. Por este solo hecho de la intervención de un factor ajeno al funcionamiento del servicio público municipal, cual es la acción de la propia víctima, debe a nuestro juicio, decaer la reclamación patrimonial presentada, por no darse el necesario nexo de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos».

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL CONSEJERO, D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, AL DICTAMEN 468/09.

“Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular discrepante con el dictamen aprobado mayoritariamente por el citado Consejo respecto de la reclamación formulada por L.L.C.F. al Ayuntamiento de Madrid, en razón de lesiones sufridas por una hija, de cinco años de edad, al entrar ésta en contacto con restos de sosa cáustica depositados en pequeño parque o jardín. La reclamación tuvo entrada para dictamen del Consejo Consultivo el día 17 de agosto de 2009 y originó el expediente 410/09.

Con el mayor respeto a los miembros del Consejo que han aprobado el referido dictamen, no puedo, sin embargo, sumarme a la decisión mayoritaria al no compartir dos consideraciones del dictamen que, junto a otras, aparecen como decisivas de su sentido o conclusión. Mi discrepancia se expresa en los dos puntos siguientes.

Primero.- Entiendo que, en efecto, las fotografías del parque o jardín del caso muestran una “zona” que, “en principio”, “no parece apta para

juegos infantiles”. Sin embargo, según el dictamen, esta apreciación inicial o “en principio” quedaría desvirtuada por estar acreditado que las “características del jardín” corresponden a su diseño. No puedo comprender ni compartir que la coincidencia o concordancia plena entre el jardín o parque real (del que constan fotografías) y el jardín o parque diseñado sea de alguna manera relevante para la apreciación de la aptitud o adecuación para juegos infantiles del jardín real, es decir, del jardín o parque que existe, en que ocurrieron los hechos y que ha podido ser fotografiado.

Y si, por lo dicho, el jardín real se ha de considerar zona no apta para juegos infantiles, porque en nada importa para nuestro asunto la coincidencia de la realidad del jardín con su previo diseño, esa realidad hubiera debido provocar una actitud y un comportamiento de la madre de la menor en el sentido de impedir el acceso de ésta a la zona en la que, por causas desconocidas, existían pequeños depósitos de sosa cáustica.

Segundo.- Las actuaciones urgentes por las que se cerró el parque o jardín y con toda celeridad se procedió a retirar los restos de sosa cáustica son presentadas en el dictamen mayoritariamente aprobado como hecho indiciario a partir del cual se presume que “dicho jardín” era “de uso por menores”. El dictamen afirma que “abona” tal conclusión la afirmación, por parte de las autoridades municipales, según la cual ese cierre se produjo “para evitar que otros niños puedan tener contacto con la sustancia tóxica, ya que existe un colegio próximo a la zona”.

Me resulta imposible adherirme al argumento que se acaba de exponer. Porque, a mi entender, el urgente cierre del jardín o parque hasta su completa limpieza de sustancias tóxicas constituye una actuación *“ex post facto”* perfectamente razonable, de la que no se

infiere que la zona sea adecuada para su uso por menores ni que, de hecho, fuese utilizada habitualmente por menores. Lo que revela la frase transcrita es que, ante un suceso lamentable e indeseable, hubo una diligente actuación precautoria de las autoridades y servicios municipales. Si la zona es o no adecuada o apta para juegos infantiles no depende, a mi entender, de un suceso desdichado y de la reacción municipal posterior, sino de las características intrínsecas de la zona, que aparece con suelo muy irregular, empedrado con cantos de tamaño mediano, sin arena ni hierba en parte alguna y con desniveles peligrosos".



Madrid, 30 de septiembre de 2009