



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2009 (registro de entrada), x., en nombre propio y en representación de su esposa x. y de su hijo, y x., en nombre propio y en representación de su esposa x., abuelos del menor lesionado, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Formación y Empleo por el accidente escolar ocurrido a x., alumno de la Escuela Infantil San Basilio de Murcia, el día 9 de mayo de 2008. También dirigen la reclamación, de forma solidaria, frente a --, S.A. (en lo sucesivo x), al amparo de la póliza que tiene suscrita con la citada Consejería, y que sufragó los gastos médicos ocasionados por el tratamiento al menor.

Previamente se había presentado un escrito por x. (registrado el 5 de enero anterior), en el que solicitaba que le fueran remitidas las condiciones generales y particulares de la póliza del seguro de responsabilidad civil concertada por la Consejería competente en materia de educación (folio 1), así como por el abuelo del menor, x., se había remitido un fax a la citada Consejería, en el que ponía en conocimiento de la misma su versión sobre lo ocurrido (folios 3 y 4). Con estos escritos previos se inició el expediente de responsabilidad patrimonial, según resolución del Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, de 23 de enero de 2009, aunque posteriormente se formalizaría la reclamación por los interesados mediante el escrito, ya citado, de 16 de febrero de 2009.

1. Hechos que sustentan la reclamación.

Los hechos que motivan la presente reclamación son descritos en el escrito presentado del siguiente modo (folio 12):

"El menor de edad x. es alumno de la Escuela Infantil de San Basilio, dependiente de la Consejería de Educación de la Región de Murcia, cuando el pasado 9 de mayo de 2008 y mientras se encontraba en un centro escolar alrededor de las 11.00 h. resultó mordido en la cara por un compañero de clase afectado de VIH, causándole una herida sangrante.

Los padres del menor no fueron informados inmediatamente de lo sucedido, como cabría esperar, sino que el padre del niño fue llamado aparte cuando acudió al centro a recoger al menor, sobre las 15,00 horas, e informado entonces.

Por lo tanto, transcurridas al menos cuatro horas desde el incidente, el padre se entera de lo sucedido, y se le indica que x. ha de ser remitido al Servicio de Urgencias de Pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca, encargándose el Servicio de Pediatría del meritado hospital de su tratamiento.

Tras acudir a Urgencias, el niño le fue prescrito tratamiento con Zidovudina y fue nuevamente citado para acudir el

día 15/05/2008, remitiéndole a su vez a su pediatra de zona para que recabase su historial inmunológico del niño causante de la lesión, a fin de conocer su carga viral y valorar el tratamiento a realizar.

Sin embargo, mis mandantes se encontraron con que el médico de zona no podía recabar el historial del menor, lógicamente por desconocer su identidad, negándose el centro de educación a facilitar dicha información.

Así las cosas, y con la lógica alarma y preocupación, el abuelo del menor optó por efectuar una denuncia ante el Juzgado que se encontraba de guardia, incoándose actuaciones de DPPA 3314/2008 por el Juzgado de Instrucción núm. seis, que fueron finalmente archivadas mediante Auto de 18 de julio de 2008.

En cuanto al tratamiento dispensado al menor, se ha extendido por un espacio algo más de seis (meses, se supone), requiriendo inicialmente quimioprofilaxis durante varias semanas (tratamiento con ZIDOVUDINA y otros) y posterior seguimiento, con revisiones y análisis periódicos, hasta ser dado de alta con fecha de 19 de noviembre de 2008, en que el Dr. x. le dio de alta, afortunadamente sin que se verificase el contagio.

Reseñar que en el parte de consulta en que se indica el alta del paciente, el Dr. x. indica expresamente que HUBO POSIBILIDAD DE CONTAGIO".

2. Actuaciones del centro de educación infantil.

En relación con las actuaciones del centro escolar, manifiestan conocer que la Dirección General de Centros se dirigió al Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud, indicando que "Un niño afectado por VIH ha mordido a otro produciéndole una herida sangrante", solicitando el protocolo de actuación a seguir.

También que por parte del Servicio de Epidemiología se contactó con un médico pediatra del Servicio de Urgencias de pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca, con el que se acordó la inmediata visita del niño a dicho servicio para valoración de la situación y proporcionar seguimiento, lo que se produjo esa misma tarde.

Igualmente, que el Servicio de Epidemiología contactó con los Servicios Municipales de Salud de Murcia, acordando que un médico responsable de vigilancia epidemiológica acudiera a la guardería para informar técnicamente a los padres del niño herido sobre los posibles riesgos del accidente ocurrido y las actuaciones a llevar a cabo.

3. Relación de causalidad.

Respecto al nexo causal entre el daño y el servicio educativo, alegan los reclamantes que hubo un mal funcionamiento del mismo "por no haber dispuesto las medidas de control necesarias en atención a la concurrencia de un menor afectado por el VIH con otros que no lo están: claro está que el acceso a la educación e integración del menor infectado son indiscutibles, pero no menos cierto es que el respeto a sus derechos fundamentales no debe realizarse en detrimento de otros derechos fundamentales para el resto de sus compañeros. En definitiva, un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, habría evitado lo acontecido. "

Añaden que, aunque la Administración regional justifique que se han ajustado a los protocolos establecidos, también procedería estimar la responsabilidad patrimonial, pues se habría derivado un daño por el "normal funcionamiento del servicio público".

4. Cuantificación del daño.

Los reclamantes cuantifican los daños sufridos por el menor en 6.000 euros, que corresponden al periodo de tratamiento durante 6 meses y 10 días, habiendo sido dado de alta el 19 de noviembre de 2008 (por error se dice 2009).

Respecto a los familiares del menor, padres y abuelos paternos, alegan un perjuicio moral, por el impacto que supuso la noticia de la posible infección, y la incertidumbre sostenida durante un periodo de 6 meses, hasta que fue dado de alta médica, acompañada de citas médicas y análisis. Además, sostienen la alteración de la vida cotidiana, con un especial cuidado en su vida diaria para evitar el contagio accidental con sus familiares y con la hermana del menor. Sobre la afectación a los abuelos paternos se destaca que su implicación ha sido fundamental por tratarse del nieto primogénito y haber tenido que auxiliar a los padres en el tratamiento médico, llevando al menor a realizarse los análisis y a algunas consultas médicas, cuando las obligaciones laborales de los padres les impedían acompañarle.

Sustentan tales peticiones con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y determinados Tribunales Superiores de Justicia sobre los requisitos generales determinantes de la responsabilidad patrimonial, y de forma particularizada la indemnización del daño moral, proponiendo la apertura del periodo probatorio con la práctica de las siguientes pruebas: informes de la profesora encargada del menor y la directora de la escuela, copia de la póliza de responsabilidad civil e historial clínico del menor en el Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca. Sin perjuicio de lo anterior, entre la documentación que se acompaña al escrito de reclamación (numerada del 1 al 18), destacan:

- El libro de familia, acreditativo del parentesco de los reclamantes con el menor (folios 31 a 42).
- El informe del Servicio de Epidemiología de la Consejería de Sanidad y Consumo (folio 44).
- La denuncia por comparecencia verbal del abuelo del menor ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, en la que manifiesta que la escuela infantil les negó el acceso a la identidad del niño que mordió a su nieto y de los datos médicos que allí constaran, solicitando medidas judiciales urgentes a fin de que *"se nos facilite el historial-inmunológico del niño causante de la mordedura, tanto para poder ser visto por el pediatra de mi nieto y médicos del Hospital Virgen de la Arrixaca que van a ver a mi nieto el jueves"*. También denuncia al centro escolar, por entender que las educadoras no han tenido el debido cuidado, así como por la falta de información a los padres desde que ocurrieron los hechos (12 horas) hasta que lo comunicaron (16 horas), cuando el padre recogió al menor del centro (folio 45). Se acompaña también el Auto de 18 de julio de 2008 (Diligencias Previas 3314/2008 BH), por el que se acuerda el archivo de actuaciones con reserva de acciones civiles (folio 46).
- La historia clínica del menor (folios 47 a 61).
- Diversa información aparecida en la prensa sobre el suceso (folios 62 y 63).
- Los escritos de los interesados remitidos a la compañía de seguros x., así como la contestación de la citada compañía, de 24 de diciembre de 2008, en la que se les informa que la póliza suscrita sólo garantiza la asistencia sanitaria de las lesiones que puedan sufrir los alumnos, muerte e invalidez permanente, pero no la responsabilidad civil que pueda ser imputable al asegurado.

Por último, los reclamantes designan a la letrada x. como representante legal de todos ellos, representación que es aceptada, suscribiendo también el escrito de reclamación.

SEGUNDO.- Entre los informes recabados por la instructora y remitidos el 1 de abril de 2009 por la Directora General de Centros, se encuentra el evacuado por la Jefa de Sección de Centros de Educación Preescolar, de 30 de marzo de 2009, en el que se destaca:

"Ratios generales (alumno/educador) de las aulas de la edad considerada y la específica de la unidad en la que se escolarizaron a los menores intervinientes, así como la referida en particular a la existente en la fecha del accidente: Ratios generales: bebés 6/1; 1 año 10/1; 2 años 16/1. X. admitido en aula de 1 año, ratio 10/1, x. (niño portador del VIH) admitido en aula de 2 años, ratio 15/2 (por ocupar el citado niño 2 plazas).

Añadir que esta escuela tiene 3 educadores de apoyo para 6 aulas ordinarias y 1 aula de gravemente afectados que a su vez está dotada con un auxiliar técnico.

- Procedimiento de escolarización de los menores afectados de patologías médicas: normativa y práctica habitual.

De conformidad con lo establecido en la Orden que regula la admisión de niños y niñas en las escuelas infantiles dependientes de esta Consejería. En el curso que nos ocupa, 2007/2008, la Orden que regulaba el procedimiento de admisión, renovación y traslado de centro de niños y niñas en Centros de Educación Preescolar dependientes de la Consejería de Educación y Cultura era de 3 de abril de 2006 (B.O.R.M. de 15 de abril) y la Orden de 30 de abril de 2007, por la que se modifican los plazos previstos en la Orden antes citada.

(...) X. ha pagado la factura enviada por la Arrixaca, por la atención de urgencia realizada el día 09/05/2008, por importe de 183,60 euros, factura pagada con cargo al expediente n° 475910946 abierto por la póliza de accidentes n° 17427061 (...)"

También consta un informe psicopedagógico del niño afectado por la patología infecciosa (antes de cumplir un año), realizado el 15 de diciembre de 2005 por el Equipo de Atención Temprana Murcia-1, del Servicio de Atención a la Diversidad de la Dirección General de Enseñanza Escolares. Además de la descripción sociofamiliar (madre toxicómana seropositiva fallecida por sobredosis, dos meses después de su nacimiento, y padre interno en un centro penitenciario), se destaca, en cuanto al desarrollo evolutivo del menor, que vivía en el Centro de Acogida de menores "Cardenal Belluga":

"Ha mejorado mucho aunque todavía los parámetros no están en los de su edad. La atención la mantiene dispersa, aunque también ha mejorado. Baja progresivamente su nivel de irritabilidad y de excitación. Presenta buena conexión social y respuesta a los estímulos. El equipo de atención temprana de la zona a la que pertenezca una vez sea adoptado, debe continuar su seguimiento.

(...)

X. está mejor conectado a su ambiente y cada vez más comunicativo en relación a los adultos de referencia en la Escuela -preferentemente su educadora- Sonríe cuando se dirigen a él. Expresa necesidades de afecto y se encuentra adaptado al espacio del aula y a las rutinas de la Escuela.

Ha evolucionado favorablemente desde que está escolarizado (...)

La propuesta de realizar el Dictamen de escolarización para que x. sea incluido en el Plan de Integración de Escuelas Infantiles estará condicionada a la evolución que el niño realice durante este curso escolar, así como por otras cuestiones médicas que faciliten su buena adaptación a un entorno escolar normalizado".

TERCERO.- El informe de la Directora de la escuela infantil San Basilio de Murcia, de 2 de marzo de 2009, señala:

"La ratio que se aplicó el curso 2007/2008, tal y como indicaba la normativa vigente, fue de 10 niños y un educador para los niveles de 1-2 años, y 16 niños y un educador para las aulas de 2-3 años. La clase donde se encontraba escolarizado x. contaba con un total de 10 niños ya que la plaza destinada en esta aula para niños con

necesidades educativas especiales durante este curso no se había cubierto. En el caso del otro niño que intervino en el incidente, este se encontraba escolarizado en un aula de 2-3 años ocupando la plaza destinada a niños con n.e.e. motivo por el cual la ratio de esta clase era de 15 niños. En la reunión general del equipo educativo, previa al comienzo del curso, en la que habitualmente se planifican todos los aspectos organizativos, se habían asignado como tutora a x., en el aula de 1-2 años, y x. en el aula de 2-3 años.

En lo referente al historial profesional de estas educadoras, hay que destacar que su experiencia en este ámbito se remonta desde el año 1982, en el que comenzaron a trabajar con niños de estas edades, hasta la fecha actual (...) demostrando siempre su capacidad y conocimiento de las actividades a realizar con los niños y manteniendo una adecuada relación personal tanto con los padres, como el resto del personal que conforman la plantilla del centro. En cuanto a la educadora de apoyo, x., ha trabajado en centros de educación especial dependientes del MEC, como educadora y como auxiliar educativo y desde el año 2001 hasta la fecha actual ha ejercido como educadora en escuelas infantiles de la CARM.

Por otra parte, la organización del Centro recoge que entre las 10,30 h y las 11,30 h, es el tiempo en el que los niños salen al patio. Esta salida se distribuye en función de las edades de los niños. Así contamos con dos patios que utilizamos regularmente, uno para los más pequeños de un año y los niños del aula abierta, y otro de mayor dimensión que utilizan las cinco aulas restantes para niños de uno y dos años. Durante este tiempo la actividad no dirigida pero siempre y en todo momento supervisada por adultos, los/as educadores se turnan para almorzar quedando establecido como norma que siempre quedara un mínimo de tres educadores que vigilen a los niños durante este periodo.

Además y relacionado con el tema que relataré a continuación, quiero explicar que durante el curso 2007/2008 en el que estuvo escolarizado en este Centro el niño con VIH, por parte de esta dirección se informó de este tema exclusivamente y siguiendo instrucciones de la Dirección General de Centros a las siguientes personas: Educadora tutora del niño y a las tres educadoras de apoyo, que de forma intermitente tenían relación con el aula de este niño.

Dicho esto voy a hacer una descripción del incidente ocurrido el día 9 de mayo de 2008 desde el momento en que me avisaron de lo sucedido. Siendo la hora en la que todos los niños estaban en el patio, acudió al despacho una de las educadoras de apoyo, comentándome que había encontrado a un niño del aula de un año mayores, con un mordisco en la cara y que preguntándole al mismo quien se lo había hecho éste había señalado al niño con VIH, por lo que surgieron dudas razonables de que efectivamente hubiese ocurrido así. Inmediatamente contacté con la ATS del Centro y ésta contactó telefónicamente con el responsable de sanidad que se ocupa de estos temas, quien, le comenta, que aunque no existe peligro es necesario seguir el protocolo de actuación previsto para estas situaciones. Simultáneamente, yo hablo con los responsables de la Dirección General de Centros relatando lo sucedido y en pocos minutos la Directora General me llama para darme las instrucciones que tengo que seguir, según las cuales, yo tenía que esperar a que un responsable de Salud Pública que se iba a hacer cargo del tema, se personara en el centro. Y hacia las tres de la tarde se presenta un médico del Servicio de Epidemiología que tras examinar al niño agredido comenta que la herida no era profunda y por tanto que aunque el riesgo de un posible contagio era muy bajo había que aplicar el protocolo de actuación para estos casos. A continuación esperamos la llegada del padre al que se le explicó por parte del médico y mía todo lo sucedido y se le indicó la necesidad de trasladarse en ese momento hasta el Hospital Virgen de la Arrixaca, para dar comienzo a las actuaciones que requerían esta situación."

CUARTO.- X., tutora del aula de 2 años mayores, donde se integró el niño con VIH, emite un informe (folio 84), cuyo contenido se transcribe seguidamente:

"Que durante el curso 2007/2008 fui asignada como tutora del aula de 2 años mayores de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Equipo Educativo en la reunión organizativa para el mencionado curso. Este grupo estaba formado por un total de 15 niños y niñas nacidos entre enero y mayo de 2005 siguiendo la metodología que aplicamos cada curso de distribuir a los niños en grupos lo más homogéneos posible. Entre estos niños se escolarizó a x. (...) ocupando la plaza reservada para niños con N.E.E. Según la valoración realizada por el Equipo de atención temprana, el niño presentaba un retraso ligero en el desarrollo, encefalopatía. Se llevó a cabo, al igual que con el resto de niños, un periodo de adaptación de acuerdo con la familia en el que se fue ampliando progresivamente su estancia en el Centro, llegando a ser de horario completo hacia finales del mes de septiembre

ya que su adaptación fue satisfactoria a partir de ese momento, mostrando una actitud muy positiva a la escuela y a su grupo. Durante el mes de octubre se realizaron las actividades necesarias para la realización del nivel de competencia curricular, observando en el caso de x. algunos retrasos en el área del lenguaje, la atención y la autonomía personal. A partir de este momento pasé a realizar, como hacemos con todos los niños, el nivel de competencia curricular, observando en el caso de x., que su nivel madurativo era el adecuado para su edad cronológica y no detectando ningún aspecto que fuese motivo de atención o preocupación.

A continuación y una vez que el grupo en su mayoría estaba adaptado, se comenzaron a aplicar las unidades didácticas programadas no siendo necesario en el caso de x. realizar adaptaciones curriculares significativas porque la evaluación, según el nivel de competencia así lo indicaba. En general, puedo comentar lo siguiente:

A nivel motor: Mostraba falta de control y coordinación corporal en las actividades de movimiento global.

A nivel de comunicación: era un niño abierto y muy afectivo, aunque su lenguaje expresivo no estaba muy desarrollado, sí tenía intención comunicativa con los adultos y los niños.

En lo que se refiere a su relación con los iguales, x. era un niño muy sociable buscando continuamente la compañía de sus iguales, aunque al mismo tiempo esto era motivo de conflicto que en ocasiones resolvía empujando a otros niños para conseguir su objetivo. En el patio no presentó ningún problema en relacionarse pero prefería jugar con los niños de su grupo-aula a juegos de movimiento.

Para concluir y según las observaciones que pude realizar del tiempo que x. permaneció en el Centro, su adaptación fue muy satisfactoria, pero un aspecto a destacar fueron las dificultades que presentó por su incapacidad para mantener la atención durante el tiempo que duraban las actividades programadas. En lo referente a la relación que mantuvo con la familia siempre fue muy fluida y en todo momento se mostraron participativos y colaboraron en las cuestiones que se les demandó para la realización de las actividades que llevaron a cabo según lo previsto."

QUINTO.- X., tutora del aula de 1 año mayores, donde se integró el menor que sufrió el mordisco, emite también un informe (folio 85), en el que señala:

"Que durante el curso 2007/2008 fue asignada como tutora del aula de 1 año mayores de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Equipo Educativo en la reunión organizativa para el mencionado curso. Este grupo estaba formado por un total de 10 niños nacidos entre enero y junio de 2006 siguiendo la metodología que aplicamos cada curso de distribuir a los niños lo más homogéneos posible. Entre estos niños se escolarizó a x. quien tras la entrevista inicial que mantuve con la madre y la tía del niño para la recogida de datos, comenzó a asistir en el mes de septiembre. Se llevó a cabo, al igual que con el resto de niños, un periodo de adaptación de acuerdo con la familia en el que se fue ampliando progresivamente su estancia en el Centro, llegando a ser de horario completo hacia el mes de octubre. Durante este periodo el niño manifestó las actitudes propias de su edad, pasando de un rechazo inicial hasta llegar a su plena adaptación a la escuela.

A partir de este momento pasé a realizar, como hacemos con todos los niños, el nivel de competencia curricular, observando en el caso de x., que el nivel madurativo era el adecuado para su edad cronológica y no detectando ningún aspecto que fuese motivo de atención o preocupación.

A continuación y una vez que el grupo en su mayoría estaba adaptado se comenzaron a aplicar las unidades didácticas programadas y en relación a x. comentar lo siguiente:

A nivel motor: En poco tiempo se afianzó con los espacios tanto del aula como del patio, desplazándose y utilizando los materiales de forma adecuada y en consonancia con su edad.

A nivel de comunicación la variedad de vocabulario y la claridad de su lenguaje era el aspecto más relevante, ya que este recurso lo utilizaba para relacionarse tanto con los adultos como con los otros niños.

Por último, en lo que se refiere a su relación con los iguales, por una parte en el aula era abierto y se mostraba contento aunque en alguna ocasión muy puntual mostró conductas agresivas sobre todo cuando surgían disputas por el mismo juguete, llegando incluso a morder para obtener lo que quería, de lo que se informó a la familia en las ocasiones que esto sucedió, explicándoles que era un comportamiento que solía aparecer en los niños de esta edad. En el patio no presentó ningún problema en relacionarse no sólo con sus compañeros de aula, sino con el resto de niños de la escuela.

Para concluir y según las observaciones que pude realizar del tiempo que x. permaneció en el Centro, su adaptación fue muy satisfactoria y en cuanto a la relación que mantuve con la familia el intercambio de información diario tanto a la llegada del niño como a la salida siempre fue muy fluido y en todo momento se mostraron participativos y colaboraron en las cuestiones que se les demandó para la realización de las actividades que llevaron a cabo según lo previsto."

SEXTO.- La educadora de apoyo para las aulas de 2 años y 1 año mayores, x., emite informe el 2 de marzo de 2009, en el que expresa:

"Que durante el curso 2007/2008 fui asignada como educadora de apoyo para las aulas de 2 años y de 1 año mayores de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Equipo Educativo en la reunión organizativa para el mencionado curso. El día 9 de mayo, al volver al patio junto con mis compañeras después de nuestro turno del almuerzo, observé un grupo de niños que estaban jugando con las piedras en la zona de la entrada principal. Entre ellos vi que x. llevaba una señal en la cara de haber recibido un mordisco, no presentando ni llanto ni queja alguna. Inmediatamente le pregunté quien le había mordido y el niño me contestó que había sido x. al mismo tiempo que lo señalaba desde el otro extremo del patio. Acto seguido x. corrió hasta donde estaba el otro niño señalándolo insistentemente. En ese momento, de las educadoras que nos encontrábamos en el patio solo yo había sido informada de la circunstancia que presentaba este niño por lo que me dirigí a la Dirección para informar de lo sucedido".

SÉPTIMO.- La Jefa de Servicios de Centros emite informe el 30 de marzo de 2009, en el que relata las actuaciones llevada a cabo por la Dirección general de Centros, ante el aviso de la directora de la escuela del accidente escolar, así como las que se realizaron para reubicar en otros centros públicos al menor que sufrió la mordedura, ante la petición de sus padres:

"Tal como se le explica, el médico se personó en la escuela infantil e informó a los padres de que, pese a la no existencia de peligro, había que tratar médicamente al niño.

En días posteriores la madre realiza una llamada telefónica a la Jefa del Servicio de Centros por medio de la cual solicita a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, que se le dé una solución al problema generado puesto que no está dispuesta a volver a llevar al niño a la Escuela Infantil de San Basilio, manifestando en la misma llamada que está perdiendo días de trabajo al tener al niño en casa. La Jefa del Servicio trata en todo

momento de calmar a la madre indicándole que la desafortunada situación se ha tratado adecuadamente desde la Administración y le informa telefónicamente de que se va a buscar la mejor opción a su petición. El día 22/5/2008 se remite escrito de la Directora General de Centros que figura como Anexo VI, en el que se le da la opción de trasladar al niño x. a cualquier escuela infantil de la red pública, tanto municipales como autonómicas".

Se acompaña este último escrito en los folios 87 y 88 del expediente.

OCTAVO.- Constan en el expediente (folios 101 a 104) las condiciones particulares de la póliza del contrato de seguro de accidentes colectivos núm. 17427061, suscrita por la Consejería competente en materia de educación con la aseguradora x., que cubre a los alumnos de centros de educación infantil y preescolar. También se indica por la Jefa de Sección de Centros de Educación Preescolar (folio 78) que la Consejería tiene contratada otras dos pólizas con la citada compañía de seguros: de daños materiales y responsabilidad civil (núm. 19114041) y de responsabilidad civil colectiva (núm. 21539669), cuya documentación parcial se incluye en los folios 90 y ss.

NOVENO.- Con fecha 14 de mayo de 2009 comparece en las dependencias administrativas del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo x., como letrada en representación de los reclamantes, para obtener copias de determinados documentos, siendo entregadas en ese mismo acto.

DÉCIMO.- El 18 de mayo siguiente se remite a la instructora del expediente, mediante comunicación interior, el informe del Servicio de Diversidad referente al accidente escolar, en el que se relatan las actuaciones seguidas tras recibir la llamada de la Jefa de Servicios de Centros, solicitando colaboración (folio 107).

UNDÉCIMO.- El 28 de mayo de 2009 (registro de entrada), la abogada de la compañía de seguros x. se persona en el procedimiento de responsabilidad patrimonial y solicita que se entiendan con ella las sucesivas actuaciones, así como que se le expida copia de todo lo actuado hasta ese momento.

Previamente, se le había dado traslado de la reclamación y se le había otorgado un trámite de audiencia para tomar vista del expediente y presentar las alegaciones que se estimaran pertinentes (folio 113)

DUODÉCIMO.- A requerimiento de la instructora, la Dirección General de Salud Pública remite oficio de 22 de junio de 2009, al que se acompañan los informes del Servicio de Epidemiología (folio 123), que se adjuntaba al escrito de reclamación, y los del Servicio de Promoción y Educación para la Salud y del Coordinador Regional del SIDA (folios 124 y 125), del que transcribimos los siguientes párrafos:

"El riesgo cero ante la enfermedad no existe. En cualquier caso, aunque se han descrito casos en los que la transmisión de la enfermedad puede estar ligada a mordedura humana, en todos ellos existían traumas severos acompañados de extenso desgarramiento del tejido, lesiones y la presencia de sangre. También están documentados numerosos casos de mordeduras en los que no se ha producido la infección. Por todo ello, es dudoso el contagio por mordedura, aunque por el principio de precaución se ponen en marcha un conjunto de actuaciones para controlar la posible transmisión. (...)

Hay un consenso generalizado sobre la no discriminación social, laboral, escolar, etc. de los portadores de VIH, en cualquier situación clínica en la que se encuentren. Esto, naturalmente, incluye la escolarización de los niños VIH positivos (...)

Existe investigación suficiente sobre los mecanismos de transmisión de la enfermedad y sobre la supervivencia del virus en el medio ambiente (fuera de su huésped habitual). Las prácticas higiénico sanitarias habituales destruyen el virus que resiste mal fuera de su huésped habitual, en cuanto a las medidas a tomar en relación con los accidentes son las mismas en un niño portador de VIH que en cualquier otro niño, por lo que no se considera obligatorio que se comunique tal situación en el centro escolar. Otra cuestión es que, como cualquier otra enfermedad, sea recomendable que alguien en el centro (director o profesor tutor) conozca tal situación para saber qué hacer en casos de crisis por la enfermedad."

Lo anterior va acompañado de un folleto informativo de la Consejería de Sanidad sobre el SIDA para la comunidad escolar, en el que se destaca que no hay ningún caso registrado en el mundo de transmisión del VIH en la comunidad escolar, indicando a este respecto:

"No hay evidencias de que el VIH pueda ser transmitido a través de un contacto social normal, compartiendo los lavabos y sanitarios, vasos, cubiertos, o viviendo en la misma casa. No se transmite a través de saliva ni de toses o estornudos. Tampoco por contacto con juguetes, ropas, arena, agua, etc. que hayan sido utilizadas por una persona portadora. No se ha registrado ningún caso de transmisión del VIH por el contacto diario; por ejemplo, por cortes, o mordiscos, o en la escuela, o grupo de juego."

Además, destaca el citado folleto que *"como toda la evidencia científica muestra que el VIH no se extiende por contacto diario, eso significa que los niños y niñas infectados pueden disfrutar de los beneficios de la integración escolar sin riesgo para sus compañeros, otros adultos, o ellos mismos"*.

Del mismo modo, se recogen los principios aplicables al tratamiento del SIDA en el ámbito escolar, destacados por los diferentes organismos nacionales e internacionales, tanto en el campo sanitario como educativo y laboral, que hacen referencia: a) Los miembros de la comunidad educativa no tienen obligación de informar a los estamentos del centro docente sobre su situación respecto al VIH; b) el derecho a la intimidad del menor debe preservarse; c) el estar infectado no constituye motivo de suspensión de asistencia al centro escolar, mientras no exista contraindicación médica; d) las pruebas de detección de anticuerpos anti VIH no deben exigirse para la asistencia a clase.

Por último, también diferencia la citada información entre portador del VIH y enfermo, pues la persona portadora no significa que vaya a desarrollar la enfermedad a corto o medio plazo. De otra parte, que las vías de infección son: a través de relaciones sexuales sin protección con una persona afectada; por contacto directo con sangre contaminada, principalmente compartiendo agujas o jeringuillas; de una madre infectada a su hijo durante el embarazo, el parto o la lactancia.

DECIMOTERCERO.- El 19 de junio de 2009, la instructora dirige escrito al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de Recursos Humanos a fin de recabar información técnica sobre los aspectos del caso que pudieran incumbir a ese departamento, singularmente en relación con las medidas preventivas de este tipo de sucesos, que influyen en las condiciones laborales de los profesionales de la educación.

En su contestación, el Director General de Recursos remite informe del Jefe de Servicio de Prevención, de 22 de julio de 2009, acompañado de un folleto informativo editado por la Consejería de Educación y Cultura titulado *"Protocolo de actuación ante situaciones que impliquen alteraciones del estado de salud del alumnado en centros educativos públicos no universitarios"*, que se incorpora al expediente de forma parcial.

En todo caso, el citado informe concluye que la actuación docente y las posibles acciones o recomendaciones para la prevención del contagio es competencia de la Consejería de Sanidad (folio 131).

DECIMOCUARTO.- Mediante oficio de 7 de septiembre de 2009, el Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca adjuntó copia de la historia clínica del paciente x. (folios 132 y siguientes), destacándose los siguientes documentos:

- El informe de alta del Servicio de Urgencias del citado Hospital, de 9 de mayo de 2008 (el mismo día del mordisco), que describe la primera exploración física del niño (en lo que resulta legible) *"...mejilla derecha donde se dibuja marca de mordisco y pequeñas erosiones, sin sangrado ni signos de sobreinfección cutánea."* Se prescribe la dosis de zidovudina y se le remite a su domicilio, debiendo acudir a revisión en el Servicio de Pediatría el jueves 15-5-08 para conocer los resultados de la serología y valorar tratamiento. Ese día se consigna en la hoja de consulta: *"mordedura por niño con VIH con carga viral indetectable, serología negativa (folio 138)"*, prescribiendo una nueva prueba a los 30 días y citando al menor para nueva consulta el día 18 de junio siguiente.
- En el parte de asistencia por lesiones suscrito por el facultativo el mismo día (folio 134), se indica que el pronóstico es leve y que ha sido dado de alta hospitalaria. También, en su paso por Urgencias del Servicio de Pediatría, se documentó su situación física como normal (folio 135).
- En el informe que recoge la evolución clínica del menor (folio 137), se constata que la segunda serología realizada data de 6/06/08 y resultó negativa, al igual que la primera. La siguiente cita al Servicio de Pediatría, sólo para exploración física, se produjo el 10 de septiembre de 2008. En dicha visita médica, el facultativo anota

"Normal estado general" del menor y solicita la última serología, que tuvo también un resultado negativo, según se anota el 19/11/08: *"Buen estado general. Sin señal taumatológica. Serología VIH, VHC y VHB negativas. Alta definitiva"*.

Asimismo, se acompaña un informe del Dr. x. del Servicio de Pediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca, de 24 de julio de 2009 (folio 144), manifestando: *"Que revisada la Historia clínica del paciente no consta ningún dato que sugiera la existencia de cualquier secuela física que pueda derivarse de la administración preventiva de zidovudina."*

DECIMOQUINTO.- Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, presenta escrito de alegaciones x., actuando en representación de todos ellos (folios 148 a 153), ratificándose en su integridad en los hechos referidos en el escrito de reclamación, añadiendo que la instrucción del expediente corrobora que no se adoptaron medidas especiales de vigilancia del menor afectado, aun cuando el niño fuera de corta edad y que lo normal sea que muestren comportamientos como el que se produjo (que se muerdan unos a otros). Además que el niño puede estar al cuidado de personas en el centro escolar que no sepan sus especiales circunstancias, pues según el informe de la Jefa de Sección de Centros, "lo normal" es que no todos los profesionales del centro conozcan la situación del menor.

En este aspecto señala:

"En el centro de que se trata, sólo la profesora del menor y una de las educadoras de apoyo conocen las características del menor, sin que hayan recibido instrucciones especiales en relación al mismo."

- Los menores implicados, que asisten a clases diferentes, se mezclan en el patio de recreo.

- El incidente se produce en ausencia de la única educadora de apoyo que conoce las circunstancias personales del menor, x. Según su propia declaración, incorporada como Anexo IV del informe indicado, al volver al patio después del turno del almuerzo es cuando descubre que el menor lleva la señal de un mordisco en la cara, y es el propio menor quien le indica qué niño se la había causado.

En definitiva, difícilmente se puede aspirar a que exista una mínima diligencia en el cuidado de los niños, cuando las propias educadoras DESCONOCEN la potencial peligrosidad que entrañan las especiales circunstancias de algunos de ellos."

Atendido lo anterior, consideramos que la causa directa del accidente y en su consecuencia de los daños y perjuicios derivados del mismo estriba en el anormal funcionamiento del servicio público de que se trata, en concreto por no haber dispuesto las medidas de control necesarias en atención a la concurrencia de un menor afectado por el VIH con otros que no lo están; claro está que el acceso a la educación e integración del menor infectado son indiscutibles, pero no menos cierto es que el respeto a sus derechos fundamentales no debe realizarse en detrimento de otros derechos también de orden fundamental para el resto de sus compañeros, como es el de la integridad y salud. En definitiva, un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, habría podido evitar lo acontecido."

Al respecto, llama poderosamente la atención que en el apartado tercero del Informe emitido por el Jefe del Servicio de Promoción y Educación para la Salud y por el Técnico Responsable de Educación para la Salud, Coordinador Regional de Sida, que se titula "Informe sobre la posibilidad efectiva de que hubiere podido evitarse el

mordisco (como acción de potencial contagio)", lejos de contestar a lo solicitado por la Instructora e informar sobre esa posibilidad o imposibilidad de evitar que los menores se muerdan entre sí, los emisores del informe nos ilustren con la máxima "el riesgo cero ante la enfermedad no existe", para pasar a especular acerca de la escasa posibilidad de contagio por mordisco humano.

En definitiva NO CONTESTAN a una pregunta tan sencilla como la formulada: con una vigilancia más exhaustiva (si bien combinándola con el respeto al alumno afectado) ¿se habría podido evitar el mordisco?

Subsidiariamente, y en el caso de que se entienda que la actuación de la Administración pública ha sido correcta, consideramos que la imputación de responsabilidad patrimonial puede realizarse también por el NORMAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO, puesto que del mismo se han derivado efectivos daños y perjuicios contra terceros que no tienen el deber de soportarlos, como es el caso.

En definitiva, si por la Administración actuante se nos dice y justifica que se aplicaron todos los medios materiales disponibles, así como el protocolo de actuación exigible y, en definitiva, estamos ante un servicio público que funciona con normalidad, también resulta cierto que de ese "normal" funcionamiento del servicio público se ha derivado un daño para mis representados, por lo que es exigible la reparación correspondiente.

Por ello, tras una adecuada ponderación de las circunstancias que rodean a los anteriores hechos, podemos concluir que nos encontramos ante un claro caso de Responsabilidad Patrimonial de la Administración, y en concreto de la Consejería de Educación, de la que depende el servicio público de que se trata".

Respecto a los perjuicios ocasionados, reiteran que por el menor se reclama el periodo de tratamiento al que se ha visto sometido por los hechos acontecidos, teniendo derecho a ser resarcido por cuanto no tenía obligación jurídica de soportarlo.

En cuanto a los perjuicios de los padres y abuelos paternos, se ciñe al daño moral ocasionado por la zozobra que ha supuesto para los reclamantes la incertidumbre acerca de contagio durante el periodo del tratamiento, que sólo se disipa con el diagnóstico definitivo de alta sin contagio. A este respecto, se destaca que el parte de consulta en que se da el alta al paciente y que consta unido al expediente, el Dr. x. indica expresamente que hubo posibilidad de contagio.

A lo anterior añade la letrada actuante: "el que las citas médicas, análisis, etc. que han tenido que llevarse a cabo durante el tratamiento y seguimiento de la posible infección, han hecho tener si cabe más presente de forma constante la terrible posibilidad de haber resultado infectado. La alteración de la vida cotidiana ha sido patente, así mismo al tener que observar una especial diligencia y cuidado en su vida diaria, para evitar el contagio accidental con sus propios familiares, en especial con la hermana del menor, que nació el pasado 20 de octubre de 2007. Por último, hemos de reseñar que en este caso la implicación de los abuelos paternos ha sido fundamental por tratarse del nieto primogénito, contar tan sólo con dos años de edad, y haber tenido que auxiliar a los padres en el seguimiento médico, llevando al menor a realizarse los análisis y algunas de las consultas cuando las obligaciones laborales de los padres lo impedían, en tanto ambos se encuentran trabajando. Sobre este punto, nos remitimos a la fundamentación jurídica de la reclamación interpuesta, que avala la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños morales, ampliamente secundada por nuestros Tribunales."

DECIMOSEXTO.- Con fecha 16 de octubre de 2009, presenta escrito de alegaciones x., en representación de la compañía de seguros x., en el que expone que los hechos por los que se reclama no son constitutivos de responsabilidad patrimonial, ni existe funcionamiento anormal del servicio público, dado que se activaron todos los protocolos en educación y sanidad disponibles, máxime cuando no existen antecedentes de contagio constatados en el ámbito escolar. Añade que se informó técnicamente a los padres del menor y se siguieron las correspondientes pautas médicas. También que no existe daño y menos individualizado y acreditado y, consecuentemente, no existe nexo causal alguno que permita imputar responsabilidad a la Administración, ni título de imputación. De otra parte, manifiesta que la póliza contratada con la aseguradora no cubre la responsabilidad civil que pueda ser imputable al asegurado, ya que sólo cubre la asistencia sanitaria de alumnos, muerte e invalidez permanente.

DECIMOSÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 22 de octubre de 2009, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes motivos extraídos de sus consideraciones jurídicas:

- Los reclamantes no acreditan la efectividad del daño. A este respecto, la instructora señala que los interesados no alegan ni prueban de qué manera el periodo de tratamiento les ha generado un perjuicio impositivo por hospitalización, o no impositivo en su esfera social o laboral como partidas indemnizables, ni lo hacen respecto del menor ni respecto de los adultos. No se dice de qué forma la zozobra les ha reportado un perjuicio económico directo y concreto o una excesiva dificultad para afrontar la vida cotidiana o laboral de manera efectiva y evaluable, sin perjuicio de que haya habido preocupación de los familiares, al igual que lo ha habido, en otro grado, en sus cuidadoras de la escuela. Sin embargo, la preocupación de los familiares, en su opinión, no constituye una partida que pueda componer el daño por sí sola, ya que se trata de una emoción no evaluable económicamente de forma objetivada, y la zozobra no causa un daño directo y efectivo a los familiares (no se alega ni se prueba como se ha indicado), ni al menor, salvo que la misma se manifieste en otros ámbitos causando un efectivo perjuicio.
- El daño no es antijurídico, pues se trata de una enfermedad que exige la solidaridad jurídica de sus efectos, a la par que es un asunto de salud pública, de trascendencia planetaria. Por tanto, bajo ciertas premisas, cada individuo debe soportar jurídicamente las consecuencias que se deriven de la existencia de tal virus en la comunidad humana en general y educativa en particular.
- Señala que en el fondo de este asunto subyacen un conflicto de intereses que se produce por la concurrencia de los bienes jurídicos protegidos: derecho a la intimidad y privacidad del enfermo de una parte, frente al derecho a mantener la salud del resto de los sujetos que se encuentran en su entorno. También que las posibles actuaciones es un tema sometido a controversia.
- Frente a las alegaciones de los reclamantes de un funcionamiento anormal del servicio público docente, en cuanto que un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, hubiera podido evitar lo acontecido, la instructora contesta que un mordisco entre iguales de dos o tres años de edad resulta difícil de prevenir, pues se trata de sucesos que ocurren al margen de una vigilancia diligente, y en este caso los ratios entre escolares y educadores son los que marca la normativa, estando altamente capacitado el personal. De otra parte, señala que la escolarización de estos menores es objeto de un tratamiento especial por comisiones específicas, cuando el menor es diagnosticado por los equipos de atención temprana; el historial educativo del niño que mordió a x. es una historia de superación de gravísimas dificultades por la situación familiar, donde se destaca la necesidad de afecto de los otros alumnos. Los datos que afectan al desarrollo psicoeducativo del menor son los que debe conocer la Administración educativa en este caso.
- El menor que sufrió el mordisco fue atendido prontamente, siendo la educadora la que ayudó a x. a identificar al compañero que le mordió. Todas las actuaciones de los profesionales se dirigieron a velar por la salud de x. y no es posible hacer ningún reproche al procedimiento que la Consejería competente siguió y su nivel de intervención, recibiendo los padres una atención especializada, pues se desplazó un médico a la escuela al efecto.
- Sobre la tardanza en dar información a los progenitores, se responde que todas las actuaciones se orientaron a la toma de decisiones acerca del menor que en ese momento se encuentra bajo custodia de la Administración, sin que tampoco se haya probado que con la supuesta tardanza se irrogara un daño añadido al menor.

Concluye en que no se ha acreditado daño efectivo, ni nexo causal entre el funcionamiento del servicio público docente y el subjetivo perjuicio moral, ni antijuricidad del mismo, por lo que no procede entrar a realizar consideraciones sobre la cuantía indemnizatoria.

DECIMOCTAVO.- Con fecha 28 de octubre de 2009 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 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 (RRP).

SEGUNDA.- Plazo para reclamar, legitimación y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por quien ostenta y acredita la representación legal del menor (artículo 162 del Código Civil), en este caso su progenitor x., quien actúa también en nombre propio y en representación de su mujer, si bien esta última representación no resulta acreditada en el expediente, sobre todo cuando los perjuicios reclamados son daños morales.

En principio nada que oponer a la legitimación activa de x., abuelo del menor, que actúa a su vez en nombre propio y en representación de su mujer, si bien tampoco esta representación resulta acreditada en el expediente. De otra parte, el hecho de si han resultado o no perjudicados por el accidente escolar del menor, por pertenecer a su círculo afectivo, según alega la letrada actuante, forma parte de la cuestión de fondo, en función de la prueba que se haya practicado en el expediente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de octubre de 2004).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra la Escuela Infantil de San Basilio del municipio de Murcia, donde ocurrió el accidente escolar. También resulta conforme a nuestra doctrina, la consideración de interesada de la compañía aseguradora del ente público, que también se ha personado en el expediente (Memoria correspondiente al año 1999, página 42).

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en términos generales, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito docente. Consideraciones generales.

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les

indemnize, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que "deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC".

También es abundante la doctrina sentada por el mismo órgano consultivo, que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, dentro del riesgo que suponen las actividades lúdicas de los escolares durante el tiempo de recreo, y no por falta de vigilancia exigida al profesorado (Dictamen 2099/2000). En el mismo sentido, los Dictámenes números 33/2006 y 170/2009 de este Consejo Jurídico y en la Memoria de este Órgano Consultivo correspondiente al año 2003 (folios 44 y 45).

Por tanto, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, para que puedan imputarse al funcionamiento del servicio público docente, es necesario que sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 18 de abril de 2002).

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Funcionamiento del servicio público docente.

Para los reclamantes la causa directa del accidente, y los daños derivados del mismo, son imputables al funcionamiento del servicio público docente, concretamente por la no adopción por la Administración educativa de las medidas de control necesarias, en atención a la concurrencia de un menor portador del VIH con otros que no lo están, a pesar de reconocer que el acceso de este último a la educación e integración son indiscutibles, pero no a costa de realizarse en detrimento de los derechos de sus compañeros. Se llega a afirmar que un adecuado seguimiento y control más diligente de la actividad del menor, potencialmente peligrosa para sus compañeros, habría evitado lo acontecido. En su defecto, aunque se considerara que el funcionamiento del servicio público ha sido normal, también habría que reconocer el daño alegado.

Aplicada la doctrina expuesta en la Consideración anterior para que pueda imputarse el daño alegado al funcionamiento del servicio público docente, ha de analizarse previamente cómo se desarrolló la actividad docente, y las medidas internas organizativas del centro escolar.

A) La actividad docente.

Aun cuando se sostiene por los reclamantes el derecho del alumno portador del VIH al acceso a la educación y a su integración, en el escrito de reclamación subyace la cuestión de la escolarización de los alumnos con VIH y si la Administración regional cumplió con los protocolos establecidos al respecto, en su caso.

De los informes evacuados (informe conjunto del Jefe de Servicio de Promoción y Educación para la Salud y del Técnico Responsable de Educación para la Salud, Coordinador regional del SIDA, folio 125) se desprende que hay un consenso generalizado sobre la no discriminación social, laboral, escolar, etc. de los portadores del SIDA. Añaden los citados técnicos que "*esto, naturalmente, incluye la escolarización de los niños VIH positivos.*"

Desde el punto de vista técnico, siguiendo las directrices de los organismos internacionales competentes (OMS, UNESCO, OIT y organizaciones docentes de carácter internacional), se recoge en la información suministrada por la Consejería de Sanidad (folleto informativo obrante en los folios 122 y ss.), que no existe ningún caso registrado en el mundo de transmisión del VIH en la comunidad escolar. De otra parte que *"toda la evidencia científica muestra que el VIH no se extiende por el contacto diario, esto significa que los niños y niñas pueden disfrutar de los beneficios de la integración escolar sin riesgo para sus compañeros, otros adultos o ellos mismos"*. En caso contrario, sería fácil deducir que el mismo profesorado se opondría a la citada integración escolar por miedo al contagio. De otra parte, se destaca en la información sanitaria que las precauciones a tomar son las habituales para prevenir cualquier tipo de infección. Por tanto, la evidencia científica indicada contradice la afirmación de los interesados, que fundamenta la reclamación, relativa a que la actividad del menor portador de VIH es potencialmente peligrosa para sus compañeros.

En el presente caso la Administración educativa se ha ajustado a las directrices marcadas por los organismos nacionales (Ministerios competentes en materia de Sanidad y Educación, Comunidades Autónomas) e internacionales ya indicados, para el tratamiento del SIDA en el ámbito escolar, que se basan en el hecho de que no se ha demostrado que exista riesgo de transmisión durante el contacto casual que puede darse en los centros docentes, y abogan por la plena integración de las personas afectadas dentro del ámbito educativo, siguiendo los siguientes principios:

1. Las pruebas de detección de anticuerpos anti VIH no deben exigirse para la asistencia a clase.

En este caso la familia del menor afectado lo comunicó al centro escolar, destacando el Director General de Salud su comportamiento responsable puesto que, en otros casos, se omite esta información para evitar el rechazo, según la noticia sobre el accidente escolar publicada en la prensa regional aportada por los reclamantes (folio 62). Demostrativo de lo anterior es la manifestación vertida por uno de los interesados en el fax remitido a la Consejería, señalando que de haber conocido la posibilidad de esa mordedura y de contagio "su nieto no hubiera pisado la escuela infantil" (folio 4).

2. Los miembros de la comunidad educativa (alumnos, padres, profesores, etc.) no tienen obligación de informar a ninguno de los estamentos relacionados con el centro docente, de su situación respecto al VIH.

3. El derecho a la intimidad debe preservarse.

La decisión de informar a miembros del equipo docente, la Administración o cualquier otra institución, acerca de la situación personal respecto al VIH, compete únicamente al interesado o a sus representantes legales.

En el presente caso, según informa la Directora de la Escuela Infantil, siguiendo instrucciones de la Dirección General de Centros, conocían esta patología del niño, además de ella misma, la educadora tutora y las tres educadoras de apoyo, que de forma intermitente tenían relación con el aula del niño, frente a lo que sostienen los reclamantes en el escrito de alegaciones, que manifiestan que era conocida por una sola educadora de apoyo. Precisamente la extensión de la información a las tres educadoras de apoyo por parte del centro escolar se considera muy acertada, pues una de ellas fue la que detectó el mordisco en la cara del menor durante el recreo, trasladando dicha información a la Directora, que puso en marcha una serie de actuaciones preventivas, en relación con el menor que sufrió la mordedura, como más adelante se expondrán.

4. Estar infectado por el VIH no constituye motivo de suspensión en la asistencia al centro docente.

Al contrario que otras infecciones, las relacionadas con el VIH no suponen riesgo de infección en las interacciones normales que se producen en el medio escolar (más aún cuando los niños implicados tenían 2 y 3 años de edad). Según el informe conjunto del Técnico Responsable de Educación para la Salud (Coordinador regional del SIDA) y del Jefe de Servicio de Promoción y Educación para la Salud (folio 125), en "todos los casos" que se han descrito que la transmisión de la enfermedad puede estar ligada a una mordedura humana existían traumas severos acompañados de extenso desgarramiento del tejido, lesiones y presencia de la sangre.

Según se documenta en el expediente, en el caso del menor que sufrió la mordedura, no existían tales traumas severos, conforme describe el informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, de 9 de mayo de 2008 (el mismo día del mordisco), al que acudieron por la tarde el menor y su progenitor, acompañados de un médico enviado por la Dirección General de Salud al centro escolar: *"mejilla derecha donde se dibuja marca*

de mordisco y pequeñas erosiones, sin sangrado ni signos de sobreinfección cutánea". Más aún, en el parte de lesiones suscrito por el facultativo ese mismo día se recoge que el pronóstico del menor es leve (folio 134).

A los principios anteriores, podemos añadir particularmente otras consideraciones:

5. Inexistencia de recomendación médica para su no integración en la Educación Infantil.

No existe ninguna recomendación médica y terapéutica en el expediente contraria a que el menor con VIH no se integrara en la Educación Infantil, sino muy al contrario, se considera muy beneficiosa por el equipo de atención primaria que observó al menor cuando tenía casi un año de edad, y se encontraba en las cunas de la Escuela Infantil de Guadalupe. En tal sentido se señala (folio 79): *"X. está mejor conectado a su ambiente y cada vez más comunicativo en relación a los adultos de referencia en la Escuela -preferentemente su educadora- Sonríe cuando se dirigen a él. Expresa necesidades de afecto y se encuentra adaptado al espacio del aula y a las rutinas de la Escuela."*

De otra parte, como destaca la propuesta de resolución, *"la escolarización de estos menores (como fue la del niño que mordió) es objeto de tratamiento especial por comisiones específicas cuando el menor es diagnosticado por los equipos de atención temprana."*

6. Cumplimiento de los ratios alumno/profesor.

Por otra parte, no se incumplieron los ratios de alumnos en los cursos de los dos menores; mientras que el aula del menor lesionado, x., contaba con un total de 10 niños, pues la plaza destinada a alumnos con necesidades educativas especiales no se había cubierto, el aula del niño portador del VIH contaba con 15 niños (en lugar de 16), al ocupar éste la plaza destinada a dichos niños (con necesidades especiales educativas), conforme a la Órdenes de 3 de abril de 2006, que regula el procedimiento de admisión de niños/as en Centros de Educación Preescolar dependiente de la Consejería de Educación y Cultura (curso escolar 2007/2008), y de 30 de abril de 2007, por la que se modifican los plazos previstos en la Orden anterior. Precisamente el centro escolar se encontraba entre los relacionados en el anexo I, que ofertaban plazas de educación especial.

Asimismo, desde una perspectiva legal, conviene recordar, como refiere algún informe (folio 125), que por la Administración educativa deben ser preservados los derechos del niño portador del VIH reconocidos en la Constitución Española: los derechos a la educación (artículo 27.1), a la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier circunstancia personal o social (artículo 14.1); y a la intimidad personal (artículo 18.1).

Recíprocamente también resulta necesario reconocer otros derechos constitucionalmente, que ostentan los compañeros de aulas de niños portadores de VIH, como el derecho a la protección a la salud (artículo 43.1 CE).

No obstante, en el caso que nos ocupa, la información científica obrante en el expediente destaca, conforme a lo indicado, que el VIH no se extiende por el contacto diario, sin que se haya documentado ningún caso de transmisión de la infección en el medio educativo, aun cuando el parte de alta de pediatra exprese que "hubo posibilidad de contagio". De otra parte, un dato médico digno de destacar, que se reseña por el facultativo a la semana de producirse el accidente escolar (15 de mayo de 2008), es que la carga viral (parece referirse al niño con VIH) es indetectable (folio 138), como también corrobora la información suministrada por el Director General de Salud en la noticia de prensa aportada por los reclamantes (folio 62).

B) Medidas de organización en las aulas y en los recreos.

Según explica la tutora del aula de niños de 2 años mayores (Antecedente Cuarto), a la que pertenecía el menor portador de VIH, éste presentaba un retraso ligero en el desarrollo, conforme a la valoración del equipo de atención primaria. Se llevó a cabo un periodo de adaptación, al igual que al resto de niños, ampliándose el horario escolar progresivamente hasta ser completo a finales del mes de septiembre, siendo su adaptación satisfactoria, mostrando una actitud muy positiva en la escuela y en su grupo. En el patio no mostró ningún problema en relacionarse, pero prefería jugar con los niños de su grupo-aula a juegos de movimientos. Conviene advertir que el accidente escolar se produjo en el mes de mayo, sin que se recoja en los informes del personal educativo cualquier otro tipo de incidencia o problemas dignos de reseñar en la relación de este menor con el resto de sus compañeros, durante los meses anteriores (desde septiembre del año anterior) bien en el aula, bien en el recreo.

Tampoco en la descripción de su comportamiento se recoge, entre sus antecedentes, que soliera morder a sus compañeros del aula, a diferencia, por cierto, del menor accidentado, que en alguna ocasión puntual (en relación con algún juguete), llegó a morder para obtener lo que quería, según refiere la tutora de su aula (folio 85).

Un dato importante a tener en cuenta es que ambos niños no compartían aula, sino que se encontraban en clases distintas.

En relación con el horario del recreo, entre las 10,30 y las 11,30 horas, la Dirección de la Escuela explica que los niños salen al patio, éstos se distribuyen en función de sus edades. En un patio más pequeño para los niños de 1 año y los de aula abierta; otro patio, de mayor dimensión, para niños de uno y dos años, donde se encontraban los dos niños implicados. Se encontraban bajo la supervisión de tres educadoras, que vigilan a los niños durante este periodo. Precisamente fue una educadora de apoyo la que observó el mordisco en la cara de x. cuando se encontraba jugando con un grupo de niños, sin que el menor presentara ni llanto ni queja alguna, preguntándole entonces quién le había mordido, señalando al niño portador del VIH, que se encontraba al otro lado del patio en aquel momento. Al conocer esta circunstancia, se dirigió a la Directora de la escuela para explicarle lo sucedido.

Las medidas adoptadas con posterioridad, alguna de las cuales también son cuestionadas por los reclamantes, serán analizadas seguidamente, a través del examen del nexo causal.

Por tanto, de lo indicado no se desprende un funcionamiento anormal de los servicios públicos docentes en relación con los criterios de escolarización del menor portador de VIH y las medidas específicas de organización aplicadas.

QUINTA.- Relación de causalidad con el daño alegado.

1. Mayores medidas de vigilancia respecto al niño portador de VIH.

Se sostiene por los reclamantes, para establecer el nexo causal con el daño alegado, que una vigilancia más intensa por parte de las educadoras hubiera evitado la mordedura. Sin embargo, tal posición es ciertamente contradictoria cuando afirma la letrada actuante, en el escrito de alegaciones, que lo normal de un niño de tan corta edad es morder a otros.

Cabría analizar, por tanto, si se pueden evitar estos mordiscos entre niños de tan corta edad, contestando a este respecto la instructora, no sin razón, que se trata de sucesos que ocurren al margen de una vigilancia diligente, y en este caso los ratios entre escolares y educadores son los que marca la normativa. En este sentido, cabe afirmar que se trata de actos impulsivos, instantáneos, difíciles o imposibles de prevenir para los propios progenitores, sin que pueda exigirse al personal educativo una diligencia imposible de alcanzar para el buen padre de familia (1.903, último párrafo, del Código Civil). Este mismo mordisco de un niño portador del VIH se podía haber producido en el parque, o en cualquier otro lugar de concurrencia pública (fiesta infantil), sin que los progenitores o abuelos hubieran podido evitarlo, con el riesgo añadido de no haber podido aplicar las medidas preventivas como en el presente caso, si no hubiera conocido que el niño causante era portador de VIH, a tenor de la información suministrada por la Consejería de Sanidad: *"no podemos saber, en este momento, cuantos niños y niñas en edad escolar son portadores del virus del SIDA en nuestra Comunidad. De todas formas podemos suponer que, durante los próximos años, se incrementará, paulatinamente, el número de afectados y afectadas por la infección del VIH, que se integran en la Comunidad Escolar."*

De otra parte, no sólo la educadora de apoyo que detectó la mordedura era conocedora de la situación del menor con VIH, sino también otras dos educadoras, además de la tutora del aula y la Directora de la Escuela Infantil.

2. Tardanza en suministrar la información a los padres del menor lesionado y negativa del centro escolar a facilitar el historial del menor con VIH necesaria para el tratamiento preventivo del niño que fue mordido.

Sostienen los reclamantes que *"los padres del menor no fueron informados inmediatamente de lo sucedido, como cabría esperar, sino que el padre del niño fue llamado aparte cuando acudió al centro a recoger al menor, sobre las 15 horas, e informado entonces."*

La actuación del centro escolar, tras conocer el mordisco sufrido por el menor, fue correcta y orientada a preservar su salud, en atención a los informes obrantes en el expediente. Así se describe por la Directora de la Escuela

Infantil (Antecedente Tercero, párrafo quinto).

Los propios reclamantes reconocen y resumen en el escrito de reclamación parte de las actuaciones seguidas por la Administración educativa (Antecedente Primero, apartado 2, del presente Dictamen), que fueron las siguientes:

- La Directora de la Escuela Infantil se puso en contacto con el Servicio de Centros, poniendo en su conocimiento los hechos ocurridos.
- La Directora General de Centros se dirigió a la Dirección General de Salud, que le comunica el protocolo que se sigue en estos casos, consistente en que un médico del Servicio de Epidemiología enviado por la Consejería de Sanidad se persone en el centro a fin de atender a los padres cuando recojan al niño, e indicarle las actuaciones médicas preventivas que han de seguirse con el menor. De otra parte, la Directora General de Centros se puso en contacto telefónico con la responsable de la Escuela Infantil para expresarle el protocolo indicado.
- El médico enviado por el Servicio de Epidemiología se personó en la escuela infantil (examinó al niño agredido, observando que la herida no era profunda) e informó a los padres que, pese a la no existencia de peligro (folio 81), había que tratar médicamente al niño. Este médico acompaña esa misma tarde al padre del niño herido y a su hijo al Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca (previamente se había contactado con un médico del citado Servicio), donde se hacen cargo de la atención sanitaria del niño y su seguimiento durante seis meses.
- Después del tratamiento y seguimiento el niño es dado de alta por el Servicio de Urgencias de Pediatría, no habiéndose producido contagio de la infección de VIH.

Del relato de estas actuaciones se desprende, como recoge la propuesta de resolución, que *"todas las actuaciones de estos profesionales se dirigieron en todo momento a velar por la salud de x. y no es posible hacer reproche alguno al procedimiento que la Consejería siguió y a su nivel de intervención, pues participaron desde jefes de sección y de servicio hasta la Directora General de Centros en una movilización general, recibiendo los padres atención personalizada con la puesta a disposición de un médico especialista de la Consejería de Sanidad desplazado a la escuela al efecto (...)"*

Resulta evidente por los informes que emiten los distintos agentes de ambas Consejerías competentes que el objetivo número uno en caso de crisis sanitaria es dar curso a la intervención del departamento y agentes que resulten competentes para tomar decisiones, pues el menor está bajo la custodia de la Administración."

De lo relatado se advierte la importancia de que se personara en el centro escolar un médico para dar las explicaciones técnicas a la familia, acompañando al menor y a su progenitor ese mismo día al Hospital Virgen de la Arrixaca para iniciar el tratamiento preventivo.

En consecuencia, no se acredita por los reclamantes que el *modus operandi* para la transmisión de la información haya irrogado un daño a los mismos, ni el vínculo causal con la actuación de la Administración educativa en esta vertiente.

Por último, cuestionan la negativa del centro escolar a entregar a los reclamantes el historial del menor portador de VIH, al objeto de facilitar a los facultativos correspondientes sus datos para aplicar el tratamiento a realizar al menor que sufrió el mordisco, lo que motivó una denuncia ulterior del abuelo del menor ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, archivada por Auto de 18 de julio de 2008. Sin embargo, este Consejo Jurídico considera que el citado incidente inicial no tuvo reflejo en el tratamiento, pues lo cierto es que se aplicó el correspondiente al menor, lo que presupone tal conocimiento por el facultativo correspondiente, sin perjuicio de aclarar que existen vías para que los especialistas puedan acceder a dicha información, por ejemplo, a través de la Inspección Médica dependiente de la Consejería de Sanidad. De hecho, en algún informe se recoge que la carga viral del niño portador del VIH es indetectable (folio 138).

3. Imputación objetiva del daño por riesgo.

Por último, los reclamantes, aún sin formular expresamente este título de imputación, parecen sostener una imputación objetiva del daño alegado por el riesgo sufrido, aunque no se haya materializado en contraer la

enfermedad, y pese a existir un funcionamiento normal del servicio público.

Se trataría de considerar, por tanto, si los daños morales reclamados son el resultado de un riesgo jurídicamente relevante, inherente al servicio y socialmente no admitido. Pero para ello las actuaciones de la Administración tendrían que haberse desarrollado por debajo de un nivel adecuado y exigible de protección y vigilancia de los alumnos (estándares de calidad del servicio educativo), lo que no resulta acreditado en el presente supuesto (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de enero de 2002).

De otra parte, entre los criterios negativos de imputación del daño, se encontrarían los denominados riesgos generales de la vida, aplicable a los casos de sucesos dañosos que acompañan al ordinario y normal existir del ser humano. Es el caso de accidentes que no están ligados a la prestación del servicio, es decir, que son susceptibles de producirse en cualquier ámbito de la vida del menor, sin que la Administración educativa haya creado un riesgo adicional. Por ejemplo, la caída practicando un deporte sin riesgo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de diciembre de 2007), o los accidentes producidos en los recreos (caída de las gafas por el golpe accidental de un balón lanzado por un compañero sin intención de dañar), etc.

En el caso del suceso que motiva la presente reclamación, el mordisco del menor con VIH ni se podía haber evitado con una diligencia del buen padre de familia (artículo 141.1 LPAC), ni es exclusivo del ámbito escolar, pues se podría haber producido fuera de las aulas (parque, fiesta infantil, etc.), sin que la Administración haya creado un riesgo relevante jurídicamente, en tanto las directrices de los organismos internacionales y nacionales (científicos y educativos) avalan su proceder, por lo que no se ha probado que el riesgo inherente a la utilización del servicio público docente haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles, conforme a la conciencia social, para que no exista entonces el deber del perjudicado de soportar el daño (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 21/02).

En suma, el Consejo Jurídico considera que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y el daño alegado (artículo 139.1 LPAC), ni la antijuricidad del mismo (artículo 141.1 LPAC).

Por último, ninguna de las sentencias citadas por los reclamantes como supuestos análogos al presente (folio 24 del expediente) guardan similitud con el mismo, por cuanto versan sobre distintos supuestos de funcionamiento anormal del servicio público docente, o de sus instalaciones, lo que no concurre en el presente caso.

SEXTA.- Los daños reclamados y su cuantificación.

Solicitan los interesados la cantidad de 76.000 euros en total, que desglosan en las siguientes partidas y conceptos:

- Daños sufridos por el menor de edad.

Por el periodo de tratamiento requerido para la curación y el seguimiento indispensable para evitar el posible contagio, que se prolongó durante 6 meses y 10 días, al ser dado de alta el 19 de noviembre de 2008. Aplican al citado periodo el baremo de indemnizaciones por accidentes de circulación, resultando por este concepto la cantidad de 6.000 euros que reclaman.

- Perjuicios irrogados al resto de familiares.

En este apartado sostienen los familiares directos (padres y abuelos) que han sufrido un perjuicio moral innegable, dado que al impacto que supuso la noticia de una posible infección del menor, hay que añadir la incertidumbre sostenida durante un periodo de 6 meses, en el que no se ha podido descartar la infección, a lo que cabría sumar citas médicas y los análisis que han tenido que llevarse a cabo durante el tratamiento.

Por este concepto solicitan las cantidades de 50.000 euros a favor de los padres y 20.000 euros a favor de los abuelos paternos del menor.

En relación con la cuantía indemnizatoria reclamada, este Consejo Jurídico realiza las siguientes consideraciones:

1) Respecto a los daños sufridos por el menor.

Es indudable que los gastos que han ocasionado su tratamiento, concretamente los sanitarios, si no han sido cubiertos por la sanidad pública, han de ser resarcidos, disponiendo la Administración educativa de la correspondiente cobertura en la póliza suscrita por la Consejería competente en materia de educación con x., habiendo sido ya abonados, al parecer, por la compañía de seguros del ente público.

Sin embargo, en relación con las cuantías indemnizatorias por días de incapacidad temporal en accidentes escolares, la doctrina del Consejo Jurídico parte de la base de que la indemnización por los días de baja del menor (2 años) no puede determinarse en función de las rentas dejadas de percibir, sino en función de la afectación a su actividad escolar. Por ello, señalamos en nuestro Dictamen núm. 134/04: *"En el caso de accidentes escolares, se mantiene el criterio de valorar la incapacidad por afectación al rendimiento escolar conforme a reiteradas sentencias de la Audiencia Nacional, la doctrina del Consejo de Estado y la de otros órganos consultivos autonómicos (...)."*

En el presente caso, no resulta acreditado en el expediente que el tratamiento del menor afectara a sus condiciones psicofísicas o al rendimiento escolar, ni tampoco que dejara secuelas la administración preventiva de zidovudina (informe del Servicio de Pediatría obrante en el folio 144). De otra parte, consta que la Administración educativa, ante la negativa de los padres de continuar llevando al menor al centro escolar, les ofreció cualquier escuela infantil de la red pública local y autonómica para su traslado de forma inmediata, según el escrito que les fue remitido el 22 de mayo de 2008 (folio 81).

2) Perjuicios sufridos por los familiares directos.

En este apartado, los reclamantes alegan un perjuicio moral, que cuantifican en su conjunto en 70.000 euros (50.000 euros para los padres y 20.000 euros para los abuelos paternos), por el impacto que supuso la noticia de la posible infección del menor, y por la incertidumbre sostenida durante un periodo de 6 meses hasta que fue dado de alta definitiva.

De acuerdo con esta concepción, los reclamantes alegan un daño moral, identificable con el padecimiento psíquico o espiritual, la zozobra, es decir, estados de ánimo capaces de alterar la personalidad, así como las circunstancias especiales de incertidumbre y temor.

La doctrina del Consejo Jurídico (Memoria correspondiente al año 2005) sobre la indemnización de los daños morales, ha sentado los siguientes criterios para su estimación:

- No constituye daño moral la mera situación de malestar o incertidumbre (STS, Sala 3ª, de 9 de mayo de 2005), que no alcanza a ser más que un cierto factor de frustración. Tampoco las meras situaciones de enojo, enfado o malestar.

- A través del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual no se resarce cualquier padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés protegido. El simple padecimiento encajaría dentro de las cargas que la vida social impone, ya que, como es doctrina reiterada del Consejo de Estado, no son indemnizables los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar.

- La existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente (STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1999).

Veamos, pues, su aplicación al presente caso:

Es obligado reconocer la lógica preocupación de los familiares del menor ante la situación creada por la mordedura del menor con VIH, pero en ningún caso dicha preocupación puede materializarse en un montante indemnizatorio como el solicitado (70.000 euros en su conjunto), que equipara la valoración del daño a una situación similar a si se hubiera realmente infectado el menor, aunque, afortunadamente, no se produjera dicho

contagio. Por ello, no le falta razón a la instructora cuando manifiesta que la zozobra tiene un componente de subjetividad difícilmente evaluable económicamente.

En todo caso, la cuantía indemnizatoria reclamada no se justifica, en atención a las siguientes circunstancias que concurrieron:

1º) La información que se transmitió al padre del menor el día del accidente escolar (cuando va a recoger a su hijo a la Escuela Infantil), según se recoge en el expediente (folios 81 y 83), sin que haya sido cuestionada por los reclamantes, es la no existencia de peligro o que el riesgo de contagio era muy bajo (la herida no era profunda), si bien, con carácter preventivo, había que tratar médicamente al niño (folio 81).

2º) La misma tarde del accidente (9 de mayo de 2008), que el menor fue examinado en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca, acompañado por su padre y el médico enviado por la Consejería de Sanidad, se suscribe el parte de asistencia por lesiones que recoge un pronóstico leve del menor (folio 134).

3º) Se cita al menor para revisión en el Servicio de Pediatría el 15 de mayo de 2008 (una semana después) para conocer el resultado de la primera serología, cuya valoración es la siguiente (folio 138):

"- Mordedura por niño con VIH con carga viral indetectable.

- Serología negativa (...)"

Por tanto, en este momento ya se conocía que la carga viral del niño que mordió era indetectable y que los resultados de la serología eran negativos, en apoyo de las iniciales indicaciones de los médicos al padre.

4º) La siguiente revisión tuvo lugar el 18 de junio de 2008, resultando también negativa la segunda serología realizada el 6 de junio anterior.

5º) No existe constancia de otra visita hasta el 10 de septiembre de 2008, en la que se anota por el Pediatra que su estado general es normal, está afebril, solicitando la última serología de VIH, que se practicó el 10 de noviembre también con resultado negativo.

6º) La última visita data de 19 de noviembre de 2008, en la que el menor es dado de alta definitiva.

A la vista de lo expuesto, si bien puede entenderse la zozobra e inquietud inicial de los familiares, pese a que el riesgo era muy bajo según arriba se indica, los resultados de las primeras serologías negativos al VIH tuvieron que tranquilizar en gran medida a la familia, además de la carga viral indetectable del niño con VIH, al igual que el tratamiento con zidovudina duró varias semanas, sin que se prolongara durante los 6 meses de seguimiento, en los que el menor estuvo sometido a revisión.

Para corroborar esta incertidumbre sostenida durante 6 meses, los reclamantes se apoyan en el informe de alta del pediatra que indica que "hubo posibilidad de contagio", si bien esta posibilidad no se materializó afortunadamente, y tal apreciación del citado facultativo, no compartida por otras informaciones médicas obrantes en el expediente, no se produce cuando ocurrieron los hechos, sino cuando ya habían transcurrido los 6 meses indicados, por lo que "el miedo a lo que podía haber pasado" no puede justificar la cuantía indemnizatoria reclamada, en concepto de daños morales.

A mayor abundamiento, respecto a los abuelos del menor, reconociendo la lógica preocupación que el hecho les pudo haber ocasionado, no se acredita en el expediente en qué medida la ayuda que prestaron a los progenitores les ocasionó un perjuicio real, concreto y cuantificable económicamente.

En consecuencia, no resultan acreditados los daños morales en la extensión y cuantificación solicitada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

SEGUNDA.- Tampoco se justifica la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá.

