



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 24 de febrero de 2009, x., en representación de x, y., presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido a la Consejería de Educación, Formación y Empleo debida al fallecimiento de su hijo x. el 16 de mayo de 2007 en el hospital "Virgen de la Arrixaca", de Murcia. En síntesis, expresa que, según el atestado policial que se levantó el día del suceso, sobre las 10,35 horas del día 11 de mayo de 2007, el hijo de sus mandantes se encontraba jugando en el jardín de Ronda Sur sito en la calle Pintor Almela Costa, de Murcia, cuando el balón con el que jugaba parece ser que cayó en la balsa o laguna que existe en el mencionado jardín a efectos ornamentales. Dado que no existía una valla suficientemente alta para impedir el acceso de menores a la balsa, ni existía señal alguna que indicase su profundidad, el niño accedió a la misma sin dificultad y, al dirigirse a la parte profunda de la arqueta de la balsa donde se encontraba el balón, no pudo salir, perdiendo el pie y ahogándose. Por tal motivo, indica que ha presentado una reclamación de responsabilidad ante el Ayuntamiento de Murcia, al tratarse de una instalación de su responsabilidad. Pero, además, alega que antes de este hecho, el niño fue dejado por su madre en el colegio público "Santiago el Mayor", de Murcia, donde debía haber estado a la hora del accidente, por lo que considera que dicho centro incumplió su deber de cuidado y vigilancia del menor, imputándole responsabilidad en la producción del daño, pues de haber cumplido dicho centro con las referidas obligaciones, tal suceso no se hubiese producido. Señala que con motivo de dicho accidente se incoaron diligencias penales en el Juzgado de Instrucción nº Dos de Murcia, bajo el número 3393/07, que dictó auto de archivo en fecha 6 de febrero de 2008, que fue objeto de los oportunos recursos y que devino firme tras dictarse auto por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera, en fecha 3 de noviembre de 2008, dejando libre el ejercicio de las acciones civiles.

Por todo lo expuesto, los reclamantes solicitan una indemnización de 227.148 euros.

Junto al reseñado escrito, los reclamantes aportan diversa documentación, entre la que destaca una copia del citado auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia, en el que, entre otros aspectos, se expresa lo siguiente:

"El presente procedimiento se inició por el fallecimiento del menor x., de 10 años de edad, ocurrido el día 16 de mayo de 2007 a consecuencia de los hechos sucedidos el día 11 de mayo de 2007, sobre las 10:35 horas, en la fuente pública de la calle Pintor Almela Costa, de Murcia.

Se han practicado las diligencias que se han estimado necesarias, consistentes en la declaración de los padres del menor, del director del Colegio Santiago el Mayor de la calle Renacimiento de dicha pedanía, de la tutora de dicho centro escolar, en la aportación del atestado y diligencias practicadas por la policía, el informe de autopsia y la aportación del proyecto de construcción de la fuente y medidas de seguridad. (...)

Las actuaciones practicadas acreditan que el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción criminal pues, según se hace constar en el atestado, el menor se encontraba jugando a la pelota con su hermano de trece años y otros amigos, cuando la pelota cayó en la fuente y x. saltó la valla para recuperarla. El hecho de que el 11 de mayo de 2007, a la hora en la que se produjeron los hechos, el menor tuviera que estar en el Colegio no

determina, sin embargo, que se pueda considerar responsables penalmente de su fallecimiento a su tutora, al Director del Colegio o a los padres que tenían que cerciorarse de que entraba en el centro escolar".

Se adjunta también copia del auto nº 339/08, de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 3 de noviembre de 2008, que desestima la apelación planteada, expresando, entre otras cuestiones, que "aun en el supuesto de que fuese cierta la responsabilidad que se afirma en el personal docente y en los técnicos y empleados municipales, la misma no alcanzaría nunca entidad penal, pues no puede olvidarse que el embalse estaba vallado y que el menor tristemente fallecido se saltó la protección."

SEGUNDO.- Obra en el expediente un informe de 11 de marzo de 2009 del Director del centro escolar, dirigido a la Consejería consultante, en el que expone que el horario del colegio el día del accidente era de 9 a 14 horas y las asignaturas que se impartieron en el periodo lectivo, así como lo siguiente:

"El alumno x. no se incorpora a clase con su fila a la hora de entrada, desconociendo los motivos de su ausencia. La tutora informó en el recreo de la falta de este alumno a la Jefatura de Estudios, ya que anteriormente, el 25 de Abril de 2.007, había faltado a clase y esta dirección fue avisada de que dicho alumno x., junto con su hermano, estaban en los jardines del barrio, sin haber entrado al Centro. Al salir a buscarlos personalmente el Director del Centro, no los encontró, por lo que se dio aviso al Policía Tutor (Policía Local de Barrio), para que entregara un escrito comunicando a los padres la ausencia de ambos alumnos. Fue por esta razón por lo que se telefoneó sobre las 11:35 del día 11 de Mayo a los padres de x. para conocer el motivo de la ausencia de los hermanos x."

A petición del Juzgado de Instrucción nº 2 de Murcia, el 3 de Septiembre de 2.007, se presentó un escrito informando de los hechos anteriormente expuestos".

TERCERO.- Con fecha 23 de marzo de 2009 se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo notificado a los interesados.

CUARTO.- Solicitado por la instrucción un nuevo informe a la Dirección del centro, es emitido el 10 de junio de 2009, en el que expresa lo siguiente:

"El alumno x., asistía a clase con regularidad, no registrándose faltas continuadas a lo largo del curso.

El día 25 de abril puntualmente se envió con el policía local de barrio (Policía tutor), un escrito a los padres de x., ya que no se pudo contactar con ellos telefónicamente, comunicándoles que a él y a su hermano, junto con un primo que también venía al colegio, se les vio por las calles del barrio, según llamada de una madre de alumna del centro.

Una vez entregado el escrito, un tío de x. procedió a la búsqueda de los menores, ya que al poco tiempo se presentó en el colegio con ellos, llegando instantes después el padre de x. Los alumnos fueron encontrados en el Barrio de Carmen, según nos comunicaron ambos progenitores.

Se les informó detalladamente de los hechos por parte de la Jefe de Estudios y el Director de colegio.

En el C.E.I.P. Santiago el Mayor no existe absentismo escolar, las ausencias sin justificar de los alumnos son

como consecuencia de la no justificación por parte de los padres. El protocolo establecido para las faltas reiteradas e injustificadas son: la comunicación a la Jefatura de Estudios mediante un parte de conducta, ya que está recogida en el R.R.I. y en el Decreto 115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares. Una vez recibido el parte, se pone por la dirección del Centro la medida correctora, que es generalmente la comunicación a los padres por escrito para su justificación. Si las faltas son reiteradas, se pone en conocimiento de Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Murcia, a través del educador social correspondiente. El Centro no comunica, salvo casos concretos de conocimiento de ausencia voluntaria del alumno o de absentismo, las faltas a los padres el mismo día que se producen, ya que no se comunican diariamente las faltas a la jefatura de estudios.

El día 11 de mayo, el curso 3º B, donde estaba adscrito el alumno x., tenía, de 9 a 10 horas, inglés, por lo que la tutora entró a clase a las 10 de la mañana. A la hora del recreo, 11:30 de la mañana, la tutora comentó a la dirección del Centro la ausencia de x. Este comentario coincidió con la llegada al centro del alumno x., contando los hechos ocurridos, por estar él presente. Tal como se indicó en el escrito enviado a la Consejería de Educación y Cultura el 11 de mayo de 2007, el Centro se puso en contacto con los padres a las 11:35, al tener conocimiento de la ausencia.

El caso que nos ocupa no se consideró absentismo, ya que el alumno no faltaba con asiduidad, y unos pocos días (el 25 de abril) se estuvo hablando con el padre sobre la ausencia de los hermanos.

La relación de la familia con el Centro se realizaba a través del padre, con el que se habían mantenido diversas entrevistas relacionadas con x, hermano de x, ya que él sí presentaba alguna conducta disruptiva en el Centro, no siendo este el caso de x. Asuntos Sociales a través del Educador Social, era conocedor de estas conductas de x.

Como cuestión complementaria aclaratoria, los alumnos venían solos al colegio desde la Orilla de la Vía, cuya vivienda estaba ubicada próxima al paso a nivel de la carretera de los Garres. En ocasiones los hermanos eran vistos por los alrededores del colegio, una vez finalizada la jornada escolar y pasando hasta media hora de la salida del Centro."

Obra también en el expediente (folio 52) un escrito de 25 de abril de 2007, registrado de salida el siguiente 26, de comunicación a los reclamantes la falta de asistencia a clase de sus hijos el referido 25 de abril de 2007.

QUINTO.- Solicitado en su día un informe al Ayuntamiento de Murcia sobre diversas cuestiones relacionadas con sus servicios de asistencia social en relación con los hermanos x, mediante oficio de 22 de octubre de 2009, la Teniente de Alcalde de Educación y Personal de dicho Ayuntamiento remitió los informes emitidos por el Jefe de Servicio de Servicios Sociales, la Jefa de Servicio de Educación y el Inspector Jefe de la Policía Local.

Además, y por lo que interesa especialmente a este expediente, relativo a la competencia autonómica de educación que se cuestiona, dicho Ayuntamiento remitió dos informes de su Policía Local:

En el informe de 25 de abril de 2007, el agente informante expresa lo siguiente:

"Que la Sala de 092 me ha requerido para persone (sic) en el Colegio Público "Santiago el Mayor" por problemas de absentismo escolar de tres menores.

Que contacto con su director, x, el cual me pone de manifiesto que tres de sus alumnos llevan varios días sin ir a

clase y han sido vistos por los jardines de las inmediaciones del colegio, y como consecuencia tienen que notificar a sus padres para tomar las medidas oportunas lo antes posible, aparte de que lo han puesto en conocimiento de Servicios Sociales.

Que se trata de los menores x, y., hermanos, y un primo de éstos que se llama x, todos de origen marroquí y residentes en la "-", del Barrio del Progreso.

Que se ha procedido a contactar con los padres de los referidos poniéndoles de manifiesto la problemática que se está sucediendo y notificándoles el escrito del Sr. Director, los cuales dicen desconocer que sus hijos no estuviesen asistiendo al colegio y que iban a contactar con el director.

Que se ha procedido por esta Unidad a intensificar la vigilancia por los jardines de la zona, no localizando a ningún menor y, en su caso, actuar en consecuencia. Finalizando el servicio sin más novedad".

En el informe de 11 de mayo de 2007, el agente informante relata lo acontecido en relación con el suceso, y añade lo siguiente:

"Que en el lugar de los hechos se persona quien dice ser padre del menor identificándose como x., con NIE "-", domiciliado en "-" de Santiago el Mayor y teléfono x., quien informa que el niño se llama x, de 10 años de edad, habiéndolo dejado esta mañana en el centro escolar Santiago el Mayor ubicado en la C/ Renacimiento de dicha pedanía.

Igualmente, identifica a los menores que acompañaban al niño como x., de 13 años y hermano del anterior, y un vecino llamado x., domiciliado en "-" de Santiago el Mayor, de quien se hace cargo su madre identificada como x".

SEXTO.- Otorgado a los reclamantes un trámite de audiencia y vista del expediente, el 29 de octubre de 2009 presentan alegaciones, en las que reproducen lo expresado en su escrito inicial.

SÉPTIMO.- Solicitado por la instrucción un nuevo informe a la Dirección del centro escolar sobre determinados extremos de su funcionamiento, fue emitido por su Director el 2 de noviembre de 2009, en el que expresa lo siguiente:

"El horario habitual de apertura de la puerta de acceso al patio es a las 8:45, aproximadamente. Dicha puerta permanece abierta hasta las 9:10, siendo el conserje del Centro el encargado de abrir y cerrar las puertas.

Una vez que los alumnos entran al patio, generalmente se ponen en sus filas correspondientes, aunque algunos dejan las carteras y juegan entre ellos y corren por el patio. Es a las 9:00 cuando toca la sirena y el profesorado que tiene clase con ellos en la primera hora los acompaña desde el patio hasta la clase.

El profesorado pasa lista una vez llegan a clase, para registrar los retrasos. El parte mensual de ausencias y retrasos los envía mensualmente a Jefatura de Estudios el tutor/a del curso, aunque cada uno de los profesores que imparten clase lleva su registro particular. En caso de faltas continuadas sin justificar, se comunica con anterioridad a la Jefatura de Estudios.

En cuanto a x, habitualmente ya estaba a las puertas del colegio para su apertura. Era acompañado por su hermano x., que estaba matriculado en 6º. X. sí tenía absentismo, como ya se indicó en el anterior informe. Si no venía su hermano, x. venía solo, no siendo acompañado por ningún otro familiar adulto.

Ninguno de los dos hermanos se quedaban al comedor escolar, por lo que salían a las dos, no siendo recogidos por nadie. Se iban solos a casa, situada a más de 1 km. de distancia del Centro, en la "-", cerca del cruce con la carretera de Los Garres.

Una vez terminada la jornada escolar, a partir de las 14 horas, a veces eran vistos jugando en los jardines del barrio, lo que se comunicó en ocasiones al padre. Cuando se avisaba a los padres, por algún motivo no acudían rápidamente al Centro, aduciendo que la madre tenía un niño pequeño y que el padre estaba trabajando.

Por último señalar que no asistían a clase el día final del Ramadán y que el día 11 de Marzo de 2.008, día del accidente, x. y su hermano no vinieron al colegio, ni fueron vistos en los alrededores, por tanto no estuvieron en su fila, ni entraron a clase con sus compañeros, ni saltaron la valla".

OCTAVO.- Otorgado a los reclamantes un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente, por la incorporación de nuevos documentos, no consta su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

NOVENO.- El 24 de noviembre de 2009 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe una infracción del deber de vigilancia del alumno en cuestión, pues no resulta probado que los padres del menor lo dejaran en el colegio el día de los hechos, resaltando a tal efecto los informes del centro que expresan que el niño no se incorporó a la fila de entrada de alumnos, que nadie lo vió por el colegio tal día, y que era habitual ver a los hermanos x. sin compañía de adulto tanto a la entrada como a la salida del colegio; destaca que el centro avisó a los padres con ocasión de la falta de asistencia de los alumnos del anterior 25 de abril, y que el día del suceso se intentó la comunicación de la ausencia cuando fue posible, a la hora del recreo.

DÉCIMO.- En la fecha y por el órgano expresados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

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.- Legitimación, plazo de la reclamación y procedimiento.

I. Los reclamantes, al sufrir los daños morales derivados de la muerte de su hijo, imputados a la actuación administrativa regional, están legitimados para ejercitar la acción de reclamación.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva del hecho de dirigirse contra la misma la presente reclamación, por ser de titularidad pública regional el servicio o actividad educativa a cuyo anormal funcionamiento se imputan los daños por los que se reclama indemnización.

II. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece 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), vista la fecha del Auto finalizador de las actuaciones penales y la de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

III. La tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en la LPAC y su reglamentación de desarrollo.

Debe advertirse que la transcripción del informe del Director del colegio de fecha 2 de noviembre de 2009, realizada en el Antecedente de Hecho Séptimo de la propuesta, no es literal. Debe corregirse esta circunstancia y ajustarse literalmente a lo allí expresado, tal y como se realiza en el Antecedente Séptimo del presente Dictamen.

TERCERA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama. Inexistencia.

I. 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 indemnice, 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.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente 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 3^a, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999), requiriéndose para declarar dicha responsabilidad, entre otros supuestos posibles y por lo que atañe al caso que nos ocupa, una infracción del deber de custodia y vigilancia del alumnado, con el nivel exigible a un buen padre de familia.

II. En el presente caso, debe comenzarse por señalar que este procedimiento sólo ha de versar sobre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales, en la medida en que no se está ante un supuesto de actuación en forma colegiada de dos Administraciones Públicas distintas, caso en el que la determinación de la eventual responsabilidad patrimonial de ambas Administraciones y sus respectivas competencias habría de hacerse en un único procedimiento, ex artículo 18 RRP.

Por lo que interesa al presente procedimiento, los reclamantes imputan el daño producido, además de a la actuación del Ayuntamiento de Murcia, al anormal funcionamiento del servicio público educativo regional, en su vertiente relativa al deber de custodia y vigilancia de los alumnos que asisten a un centro escolar de competencia autonómica, alegando que hubo una infracción de dicho deber, en cuanto afirman que el niño fue dejado bajo la custodia del centro en la mañana del día del accidente, de forma que debió escaparse de dicho centro para ir al lugar en el que luego se produjo tal suceso.

Sin embargo, deben rechazarse tales alegaciones y, en consecuencia, la presente reclamación, en tanto no se acredita el presupuesto de hecho en que se basa, esto es, que el día del accidente el niño fuera dejado en el colegio al cuidado de los responsables del mismo. En este sentido, debe comenzarse por indicar que las resoluciones recaídas en el ámbito penal no declaran probado tal hecho, lo que se explica si se tiene en cuenta que determinan la irresponsabilidad penal de terceros por el hecho probado de que el menor saltó la valla protectora del embalse. Así, por esta razón, el auto de la Audiencia Provincial se plantea en términos de mera hipótesis la cuestión relativa a la custodia del niño por el colegio (*"aun en el supuesto de que fuese cierta la responsabilidad que se afirma en el personal docente y en los técnicos y empleados municipales..."*), no predeterminando, pues, el hecho relativo a la puesta a disposición del alumno al profesorado.

Por otra parte, es claro que no puede resultar concluyente la mera manifestación de uno de los reclamantes (el padre) en el sentido de que dejó al niño en el colegio. En cualquier caso, de los informes emitidos en el presente procedimiento se deduce que aquel día el alumno en cuestión no se incorporó a la fila de alumnos que se forma

inmediatamente antes de la entrada a las clases, que es el procedimiento establecido por el centro por el que, según se desprende de dichos informes, se producía la "recepción" de los alumnos por sus profesores y, en consecuencia, determinaba el momento en que comenzaba su deber de custodia y vigilancia. En este sentido, debe recordarse que el Consejo de Estado considera que el simple hecho de que se produzcan eventos dañosos a la entrada de los alumnos al recinto escolar no determina necesariamente la responsabilidad del centro, de lo que se infiere que el mero hecho de penetrar en su recinto no implica desde tal momento el comienzo del deber de custodia por el profesorado (vid. Dictámenes nº 415 y 2420 de 2002, de 7 de marzo y 19 de septiembre). No obstante lo cual, como se dice, ni siquiera se acredita que los alumnos acudieran tal día al colegio.

Por ese motivo, no resulta correcta la consideración contenida en el fundamento jurídico Sexto de la propuesta de resolución en el extremo en que apunta a que, en la hipótesis de que el menor hubiera estado (sin más) en el recinto escolar y hubiera salido del mismo (lo que la propuesta acertadamente rechaza), podría haber existido responsabilidad del conserje y, en consecuencia, de la Administración, pues uno de los informes del Director del colegio indica que la función de dicho empleado era la de abrir y cerrar las puertas del recinto (y las propias de seguridad, se entiende), lo que no autoriza a extender tal función a la de vigilar a los alumnos en tal momento de entrada de los mismos al centro; obviamente, su presencia puede ser útil a tal efecto, pero sin que ello pueda considerarse una obligación del colegio frente a los padres u otros responsables en dejar a los alumnos bajo la efectiva custodia del profesorado. En consecuencia, tal consideración, aun formulada en términos de mera hipótesis, debe eliminarse de la propuesta de resolución dictaminada.

Además, y corroborando todo lo anterior, los citados informes señalan que el alumno en cuestión y su hermano acudían solos al centro, y que ya habían faltado en ocasiones anteriores, como el 25 de abril anterior, por lo que es razonable pensar que pudieran no acudir tampoco el día del accidente, y no que burlaran la vigilancia del profesorado, como pretenden los reclamantes. Además, consta que la falta a clase del anterior 25 de abril fue comunicada en su día a los padres, que veían así reforzado su ya originario deber de procurar que sus hijos acudieran al centro y ponerlos efectivamente a disposición del profesorado, especialmente debido a la reconocida, y conocida por ellos (al menos desde tal fecha) conducta absentista del hermano del fallecido. Nada han opuesto ni probado en contrario los reclamantes sobre estos extremos (art. 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil).

Todo lo anteriormente expuesto determina que no pueda admitirse que exista la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que procede desestimar la reclamación objeto del presente procedimiento.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales educativos y los daños por lo que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se informa favorablemente.

SEGUNDA.- No obstante, debe corregirse dicha propuesta de resolución, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda, III y Tercera del presente Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.