



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **305/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 30 de octubre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Educación y Universidades (por delegación de la Excma. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 23 de marzo de 2017, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija, debida a accidente escolar (expte. **89/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por medio de un escrito fechado el 25 de junio de 2015 x presenta una solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que incumbe a la Administración de acuerdo con lo que se establece en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), entonces vigente.

En la reclamación expone que es padre de x, alumna del Colegio Público de Educación Infantil (CEIP) *Joaquín Carrión Valverde*, de San Javier, y que el día 28 de abril de ese año la niña "... se golpeó con la ventana del tobogán mientras jugaba en el patio de Infantil después de comer en el comedor, rompiéndose el incisivo superior derecho". Por ello, solicita que se le indemnice en la cantidad de sesenta euros (60euros).

SEGUNDO.- Con fecha 14 de octubre la Secretaria del centro escolar remite la solicitud de indemnización a la Consejería consultante, acompañada de una factura expedida el 4 de mayo de 2015 por una clínica dental de la ciudad de Cartagena, en concepto de "*Gran reconstrucción 21*", en la que se contiene la indicación de que ha sido pagada. De igual forma, se adjunta una copia del Libro de Familia con la que acredita la relación de parentesco que el reclamante guarda con la menor.

También se remite una copia del Informe de accidente escolar realizado el 9 de octubre de 2015 por el Director del centro.

TERCERO.- El Secretario General de la Consejería consultante, por delegación de la Consejera, dicta una resolución el 26 de octubre de 2015 por la que acuerda admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designar al instructor del procedimiento. Dicho acuerdo se le notifica al reclamante junto con un

escrito en el que se le proporciona la información a la que se hace referencia en el artículo 42.4 LPAC.

CUARTO.- Por medio de un escrito fechado el 26 de enero de 2016, el órgano instructor solicita al Director del centro educativo mencionado que emita un informe complementario del que realizó el 9 de octubre de 2015.

QUINTO.- Obra en el expediente un informe realizado por el Director del Colegio público el 10 de febrero de 2016, en el que se pone de manifiesto lo que sigue:

"Testimonio, en su caso, del personal del centro que haya sido testigo de los hechos:

Testimonio de x (Auxiliar Técnico Educativo):

"La niña estaba jugando en la caseta del tobogán y asomaba la cabeza por la ventana de vez en cuando y debió de darse en el diente al meter la cabeza (yo no lo vi); vi a la niña debajo de la ventana buscando el trozo de diente y le pregunté. Inciso: el diente se lo había roto previamente en su casa y el dentista se lo había pegado".

¿Ocurrió el incidente durante una actividad escolar?

El accidente ocurrió en horario de comedor escolar.

¿Estaba debidamente representado el personal del centro durante dicha actividad?

Sí, se encontraba una Auxiliar Técnico Educativo y una Cuidadora de Comedor, aunque la más cercana a la niña era la ATE.

¿Podría calificarse de fortuito el incidente o pudiera ser intencionado?

El accidente fue totalmente fortuito.

¿Observó alguna conducta negligente o culposa en la alumna accidentada?

No, fue un accidente.

¿Padece la misma algún tipo de discapacidad que requiera la adopción de alguna medida o precaución específica?

Sí, padece encefalopatía e hidrocefalia. Por eso se encontraba con ella la Auxiliar Técnico Educativo.

En su caso, ¿se estaba aplicando dicho protocolo en el acaecimiento del accidente?

Si, se encontraba con la niña la Auxiliar Técnico Educativo con los alumnos que necesitan su atención y se quedan al Comedor Escolar.

¿Dispone el centro de algún seguro que cubra ese tipo de daños?

No, Seguro Escolar tienen a partir de la ESO y en los Institutos.

¿Podría haberse debido el accidente escolar a una defectuosa instalación o mantenimiento de alguno de los elementos que componen el centro educativo, así como de su equipamiento?

No, se debió a un accidente fortuito. Insertamos imagen del tobogán".

En el informe aparece inserta una fotografía del patio del centro en la que se muestra el tobogán en el que se produjo el accidente y, de manera concreta, la ventana de la caseta por la que, según parece, la alumna asomaba la cabeza de vez en cuando. También se contiene en el informe esta última afirmación:

"Este accidente se produjo el día 28 de abril de 2015 en horario de comedor y dentro del patio de infantil donde quedan recogidos los alumnos después de comer".

SEXTO.- Por medio de una comunicación interior fechada el 19 de febrero de 2016 el órgano instructor solicita a la Unidad Técnica de Centros Educativos, dependiente de la Dirección General de Centros Educativos, que emita un informe en el que se determine si el patio de Infantil del colegio público mencionado y, en concreto, el tobogán que hay en él es apropiado de acuerdo con la normativa y si se contempla alguna particularidad respecto de su uso por parte de alumnos con algún tipo de discapacidad.

El 8 de marzo siguiente se recibe el informe realizado el día 2 de ese mismo mes por un Arquitecto Técnico con el visto bueno del Arquitecto Jefe de la Unidad Técnica de Centros. En dicho documento se pone de manifiesto

que:

"En España no existe un Real Decreto que regule mediante infracciones y sanciones este tipo de instalaciones infantiles, únicamente las Comunidades Autónomas de Galicia y Andalucía tienen legislación mediante decretos que permiten sancionar a aquellos propietarios que no tengan un parque infantil de forma segura y conforme a la normativa.

En la actualidad existe una Normativa Europea aplicable a los fabricantes e instaladores, estas normas son de obligado cumplimiento para los fabricantes si quieren que su producto tenga un marcado CE.

Esta Unidad Técnica desconoce qué producto es el instalado y por lo tanto no tenemos constancia de la existencia de ese tipo de marcado".

Por ello, se concluye que *"Al no existir normativa, no es posible determinar si es apropiado o no este elemento".*

SÉPTIMO.- El 16 de marzo de 2016 se confiere al reclamante el oportuno trámite de audiencia a los efectos de que pueda examinar el expediente administrativo, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes. Sin embargo, no consta que haya hecho uso de ese derecho.

OCTAVO.- Con fecha 2 de diciembre de 2016 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada por considerar que no existe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño alegado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el 23 de marzo de 2017.

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, 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.- Régimen jurídico aplicable, legitimación, plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y procedimiento seguido.

I. Por lo que se refiere al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC 2015) y que este nuevo Cuerpo legal y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPAC 2015 dispone que no resulta de aplicación a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, sino que se regirán por la normativa anterior. De conformidad con ello, el régimen legal que resulta aplicable en este caso es el que se contenía en la LPAC.

II. La reclamación se ha presentado por persona legitimada para ello, ya sea por tratarse de la persona que sufrió el detrimento patrimonial provocado por la necesidad de tener que reconstruir el diente a su hija, con el desembolso pecuniario que ello comporta, ya por su carácter de representante legal de la menor *ex artículo* 162 del Código Civil. De una forma u otra ostenta la condición de interesado a los efectos previstos en los artículos 139 y siguientes LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Consejería consultante en tanto que es titular del servicio público educativo a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

III. La acción se ejercitó poco tiempo después de que se produjera el evento lesivo y, en consecuencia, dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establecen los artículos 142.5 LPAC y 4.2 RRP.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien se advierte que se ha sobrepasado en exceso el plazo al que se refiere el artículo 13.3 RRP.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

El sistema de responsabilidad patrimonial que configura nuestro ordenamiento jurídico descansa, en primer lugar, en el artículo 106.2 de la Constitución Española, precepto que reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139 y siguientes LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que

cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

A este respecto, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, este Órgano consultivo ha destacado 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 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"*.

En consecuencia, para que se pueda reconocer que la Administración educativa ha incurrido en un supuesto que dé lugar a una indemnización deben concurrir todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial y resulta evidente que ello no se ha producido en el supuesto que aquí se examina.

Así, el interesado alega en su escrito (Antecedente primero de este escrito) que su hija x se golpeó con la ventana de la caseta del tobogán mientras jugaba en el patio de Infantil del colegio. Sin embargo, el interesado no precisa en su escrito de reclamación la acción o la omisión que, por haberse desarrollado mediando culpa o negligencia, pudiera desembocar en el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, por lo que puede entenderse que trata de justificar dicha pretensión resarcitoria, tan sólo, en la circunstancia de que la Administración educativa es titular del servicio público en el que se produjo el accidente.

Pues bien, esa simple imputación no puede llevar aparejada, por sí misma, ninguna consecuencia resarcitoria pues resulta evidente que el accidente que pudo sufrir la menor se debió, sin duda, a la mala suerte, a la calamidad o al infortunio, según se manifiesta reiteradamente en el informe el Director del colegio (Antecedente quinto) y que no guarda relación alguna con el funcionamiento del servicio público educativo, ya que no se produjo durante la realización de una concreta actividad o ejercicio escolar, ordenado por algún profesor, que comportase un riesgo significativo para los escolares -supuesto en el que existe un especial deber de cuidado-, sino cuando la

alumna estaba jugando tranquilamente en el tobogán en el patio y se golpeó accidentalmente con la citada instalación escolar.

Por esa razón, el suceso debe encuadrarse dentro de los riesgos normales o generales de la vida en sociedad que no resultan imputables -por su propia naturaleza- a la actuación de la Administración educativa y que no puede dar nacimiento a ninguna obligación de reparación económica. Así se ha pronunciado en su supuestos similares al que aquí nos ocupa el Consejo de Estado en sus Dictámenes núms. 2318 y 2707 del año 2002 y 330, 406 y 3027 del año 2003, entre otros muchos.

Pero es que, además, tres razones adicionales conducen a que no se pueda atender de ninguna manera la reclamación formulada.

De este modo, la primera de ellas guarda relación con el testimonio de la Auxiliar Técnico Educativo que asistía a la alumna en el momento en que se produjo el accidente y que se contiene en el informe del Director del colegio (Antecedente quinto). Según manifiesta la citada educadora, cuando le preguntó a la niña lo que hacía mientras buscaba el trozo de diente que había perdido la menor le contestó que *"el diente se lo había roto previamente en su casa y el dentista se lo había pegado"*. Si ello realmente fue así, no se podría hablar de que se produjo un daño real y efectivo que debiera ser objeto de indemnización alguna.

Pero, por si eso no fuera suficiente, se puede añadir, en segundo lugar, que hay que tener en cuenta que el tobogán en cuestión no presentaba deficiencia de ningún tipo que pudiera haber propiciado o provocado el accidente del que aquí se trata. Así, el simple examen de la fotografía que se contiene en el referido informe (folio 18 del expediente) permite alcanzar fácilmente la conclusión de que la construcción de juego se encontraba en un estado perfectamente adecuado para su utilización y que era apropiada para estar en el patio infantil del colegio dado que, por otra parte, no se puede considerar que generase un riesgo especialmente elevado ni que colocase a los alumnos en situaciones de peligro a las que no pudiesen hacer frente.

Finalmente, conviene destacar que el accidente se produjo durante la parte de la jornada educativa, un recreo después de la comida, específicamente dedicada a que los alumnos puedan descansar hasta el comienzo de la siguiente actividad lectiva. Ese período de tiempo forma parte de la jornada escolar, por tanto, y durante su transcurso se mantiene el deber de vigilancia de los menores que corresponde a los profesores, ya que como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1999, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos se les transfieren *"desde el momento de la entrada ... de los alumnos hasta su salida ... finalizada la jornada escolar"*.

No obstante, también resulta evidente que ese deber de vigilancia debe guardar relación con las circunstancias en las que se desarrolla ese tiempo de descanso y esparcimiento, de manera que en los supuestos en los que los juegos y actividades escolares se desenvuelvan con normalidad *"el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, entre otras).

Pues bien, en el presente supuesto se puede afirmar que la situación en la que se encontraba la alumna, disfrutando de un momento de descanso y de juego en el patio del colegio, no demandaba la adopción de medidas de prevención de mayor intensidad por parte de los educadores -la Cuidadora de Comedor y la Auxiliar Técnico Educativo- que vigilaban durante el recreo y que se encontraban cerca de la menor. Además, tampoco se

acierta a imaginar de qué modo podían haber evitado que la menor se golpease accidentalmente y que se rompiese un diente. Lejos de ello, se aprecia que resulta imposible evitar las consecuencias que estas actividades lúdicas pueden traer consigo eventualmente salvo que las mismas se prohíban totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos durante el tiempo de la jornada escolar dedicado precisamente a ello.

Lo anterior permite considerar que no se produjo daño alguno puesto que la alumna se rompió el diente en su casa y que, en todo caso, si se entendiese que el perjuicio se produjo en realidad en el colegio público, habría que resaltar que se habría producido con ocasión de la prestación del servicio público educativo pero no como consecuencia de su funcionamiento. Por ese motivo, resulta evidente que no concurre elemento de antijuridicidad alguno, de modo que no puede establecerse ningún vínculo entre el funcionamiento del servicio educativo y el daño padecido. La ausencia de ese nexo causal impide que los hechos descritos desencadenen, por tanto, la responsabilidad extracontractual de la Administración educativa.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, ya que no se ha acreditado la realidad y efectividad del daño ni, en todo caso, el nexo causal que debe existir entre el perjuicio alegado y el funcionamiento del servicio público educativo ni la antijuridicidad del daño sufrido por la alumna.

No obstante, V.E. resolverá.