

Expediente Núm. 43/2006  
Dictamen Núm. 63/2006

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Bastida Freijedo, Francisco*  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*Fernández García, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de marzo de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de fecha 3 de febrero de 2006, examina el expediente relativo a reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por don ....., por la rotura de unas gafas durante el recreo en un colegio público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de abril de 2005, registrada en el Registro General de entrada del Principado de Asturias el día 8 de abril, don ..... suscribe una reclamación de daños y perjuicios por la rotura de gafas de su hijo, ocurrida el día 4 de marzo de 2005. En dicho escrito, sin señalar expresamente los motivos, solicita,

como representante legal de su hijo, que se le indemnice con ochenta y cuatro euros (84 €).

Junto con la reclamación acompaña los siguientes documentos: una fotocopia del documento nacional de identidad, tanto del padre como de la madre del perjudicado; una copia del Libro de Familia, y una factura, por importe total de ochenta y cuatro euros (84 €), por los siguientes conceptos y cuantías: montura de las gafas, sesenta y cinco euros (65 €) y lentes graduadas, diecinueve euros (19 €).

**2.** El día 5 de abril de 2005 y sin fecha de registro de entrada, la Directora del centro escolar suscribe un parte de accidente, señalando que el mismo se produjo el día 4 de marzo de 2005, a las 14,30 horas, en el gimnasio infantil durante el recreo comedor, estando presentes doña ..... y doña ....., y ocasionando la rotura de las gafas, como consecuencia de una “pelea por un juguete entre dos niños” y sin que éstos precisasen asistencia médica ni el hecho revistiese especial gravedad.

**3.** Durante la fase de instrucción, se ha incorporado al expediente una fotocopia del contrato de vigilancia (lote nº ....., .....) suscrito el día 5 de enero de 2005, por la Consejería de Educación y Ciencia y la empresa ....., con un plazo de ejecución comprensivo de los cursos escolares 2004/2005 y 2005/2006, acompañada de una fotocopia del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicio de comedores escolares y vigilancia en comedores y una fotocopia de los pliegos de prescripciones técnicas de los contratos de vigilancia del alumnado y de comedores escolares. En la cláusula 10.6 del pliego de las administrativas particulares se establece que cuando la modalidad del contrato incluya vigilancia, corresponde a la adjudicataria “garantizar la vigilancia de los alumnos en el comedor y durante los tiempos anterior y posterior a su entrada en él”;

mención contenida, asimismo, en el pliego de prescripciones técnicas de los contratos del servicio de vigilancia.

4. Con fecha 28 de octubre de 2005, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, informa que “en el momento del accidente, los alumnos estaban bajo la vigilancia de los cuidadores del comedor escolar”. Añade que la “Consejería de Educación y Ciencia tiene suscrito contrato de vigilancia del comedor escolar en el citado centro educativo, con la empresa .....” y que “el procedimiento iniciado en materia de responsabilidad patrimonial tiene por objeto la determinación de a cuál de las partes contratantes, Administración o contratista, corresponde la responsabilidad de los daños, previa audiencia de éste”. Concluye acordando el inicio del trámite de audiencia y la comunicación a la empresa adjudicataria.

5. Mediante escritos de fecha 28 de octubre de 2005, se comunica tanto al reclamante como a la empresa contratista del servicio de vigilancia, que se les pone de manifiesto el expediente, a fin de que puedan examinarlo durante el plazo de 15 días; plazo durante el que podrán formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes. Se les adjunta, también, una relación de los documentos obrantes en el mismo y el informe del Servicio de Asuntos Generales, de fecha 28 de octubre de 2005. Figuran incorporados al expediente los respectivos certificados de acuse de recibo de los días 7 y 8 de noviembre de 2005. No consta que la reclamante o la empresa hayan tomado vista del mismo ni formulado alegación alguna.

6. El día 18 de enero de 2006, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales elabora una propuesta de resolución en la que, después de analizar las cláusulas

contractuales que recogen las obligaciones del contratista, señala que “los alumnos estaban en el recreo del comedor bajo la vigilancia de una empresa privada que había asumido las funciones de vigilancia. Por tanto, la responsabilidad que pudiera derivarse de los hechos que sirven de base a la reclamación no puede imputarse a esta Administración educativa sino, en su caso, a la empresa, que era la encargada de la custodia de los alumnos”. Añade que “de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 TRLCAP (se refiere al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) como los pliegos de cláusulas particulares que rigen la contratación, corresponde a la empresa privada la obligación de indemnizar, en su caso, al ser la responsable de la prestación y servicio realizado y de sus consecuencias, quedando obligada a aportar los medios que sean precisos para la buena ejecución de aquel, sin que el incidente que ocasionó los daños al alumno se debiera a una orden directa o inmediata de esta Administración. El artículo 98 del TRLCAP establece el principio general que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, reconociendo su autonomía e independencia jurídica respecto de la Administración, salvo que intervenga ésta mediante actos propios en forma de instrucciones, órdenes o cláusulas de ineludible cumplimiento, dato que no consta acreditado en el expediente”. Sobre la base de ese razonamiento, concluye proponiendo la “desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial (...) al no quedar acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño producido”.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2006, registrado de entrada el día 7 de febrero de 2006, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del

expediente número ....., de la Consejería de Educación y Ciencia, adjuntando a tal fin original del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y habiendo sufrido el accidente un menor de edad, está legitimado para actuar en su representación el padre de la menor, según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos. Si bien no consta expresamente acreditada tal condición de la reclamante con la copia del Libro de Familia aportada (que no es completa), hemos de entender que sí consta ante el centro escolar que reconoce la legitimación con la tramitación efectuada.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto que examinamos la reclamación por responsabilidad patrimonial se registra en la Administración el día 8 de abril de 2005 y el hecho que la motiva sucede el día 4 de marzo de 2005. En definitiva, es claro que fue presentada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, Reglamento de Responsabilidad Patrimonial).

En el procedimiento que examinamos, al resultar afectada una prestación que la Administración ha contratado con un tercero y concurrir, por tanto, un contratista obligado a la realización del servicio de vigilancia de comedores, la aplicación de las normas de procedimiento que hemos dejado expresadas ha de efectuarse sin perjuicio de lo dispuesto en texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), y en particular en su artículo 97.

Se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, trámite de audiencia y alegaciones del reclamante y la contratista y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, observamos que se ha rebasado el de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. En efecto, registrada la entrada de la reclamación en la Consejería competente el día 8 de abril de 2005, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 7 de febrero de 2006, se ha sobrepasado el plazo de resolución y notificación. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

**QUINTA.-** Con carácter previo al análisis y exposición de los requisitos exigibles para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración, dada la particularidad, ya señalada, de la concurrencia de un contratista que desarrolla el servicio de vigilancia en el comedor escolar donde sucedió el hecho que motiva la reclamación, entiende este Consejo que han de realizarse algunas matizaciones sobre la tramitación administrativa y el pronunciamiento que debe realizar la Administración.

El artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su apartado 1 que es “obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. Por excepción a dicha regla general, el mismo precepto dispone, en su apartado 2, que la Administración únicamente responderá de tales daños y perjuicios -siempre dentro de los

límites señalados en las leyes- cuando hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Una interpretación rigorista y acogida a la literalidad del precepto ofrecería como conclusión que, mediando en la gestión de una actividad administrativa un contratista, la Administración sólo responderá de los daños que éste cause a un tercero en los dos supuestos del apartado segundo de dicho precepto, es decir, daños que sean “consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración” o “como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”. En los demás casos la responsabilidad sería del contratista (apartado primero del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), si bien el tercero damnificado tendría la posibilidad legal de requerir a la Administración contratante para que, oído el contratista, se pronunciase sobre cuál de las dos partes contratantes es la responsable (apartado tercero del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Sin embargo, esta interpretación, además de ser minoritaria en la doctrina, no nos parece constitucionalmente adecuada, porque silencia el principio de la responsabilidad objetiva de la Administración sentado en el artículo 106.2 de la Constitución.

Este Consejo considera que dicho principio permanece inalterable, con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado directamente por la Administración, con medios propios o ajenos, o indirectamente por un contratista, y que la interposición de éste no puede significar una merma de las garantías del tercero. El mencionado artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como regla que rige la ejecución de los contratos administrativos, no excluye la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni limita el ejercicio por los

particulares del derecho que les reconoce el artículo 106 de la Constitución y el artículo 139 de la LRJPAC.

De lo hasta aquí dicho se desprenden las siguientes conclusiones. En primer lugar, la Administración no puede desentenderse de lo que hagan las empresas por ella contratadas y, por tanto, no puede inadmitir una reclamación de responsabilidad patrimonial por el hecho y con el argumento de que el daño alegado es imputable al contratista. En segundo lugar, y por la misma razón, la Administración tampoco puede limitarse a admitir la reclamación para resolver declarando simplemente a quién corresponde la responsabilidad del daño, si al contratista o a la Administración (artículo 97, apartados 1 y 2, respectivamente). La posibilidad establecida en el artículo 97.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de que un tercero pueda requerir a la Administración para que se pronuncie con carácter previo sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, no tiene como finalidad atribuir a la Administración una facultad de autoexclusión de responsabilidad patrimonial caso de que determine que ésta recaerá en el contratista. Entender así dicho precepto sería reducir el asunto a un problema hermenéutico a resolver por la Administración sobre el sentido y el alcance de las cláusulas del contrato firmado entre las partes con eficacia frente a terceros que no son parte del contrato, con olvido del principio constitucional afirmado en el artículo 106.2 de nuestra norma fundamental. En tercer lugar, entiende este Consejo Consultivo que en aquellos supuestos, como el actual, en que el particular opte por reclamar frente a la Administración responsable del servicio público afectado, ésta habrá de pronunciarse, con los requisitos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los ya citados artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, sobre la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, así como -por aplicación de lo

establecido en el artículo 89 de la LRJPAC- sobre su incidencia en el correcto desenvolvimiento del contrato administrativo en ejecución y sobre el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Queda por solventar una última cuestión. En el supuesto de que la Administración decida estimar una reclamación presentada por daños que atribuya a la acción u omisión del contratista en los términos del artículo 97.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entendemos que es la propia Administración la que debe hacer frente a la indemnización fijada. Con independencia de la posterior acción de regreso que ejerza el órgano de contratación frente al contratista, lo cierto es que el derecho de los particulares que establece el artículo 106.2 de la Constitución, y aun con mayor amplitud el artículo 139.1 de la LRJPAC, no consiste sólo en que “se declare responsable a la Administración” por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sino en “ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes” por este tipo de lesión; derecho que no decae ni se debilita por quién sea declarado responsable del daño causado.

En concreto, el apartado 3 del antes referido artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que los terceros “podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”; concluyendo el apartado 4 del mismo precepto que la reclamación de tales terceros “se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

En el caso que examinamos, el interesado no ha ejercido la posibilidad de requerir, con carácter previo a la reclamación, un pronunciamiento sobre a

cuál de las dos partes en el contrato le corresponde resolver sobre la responsabilidad y, en su caso, indemnizar; por el contrario, como prevé el apartado 4 del citado artículo 97, ha optado por formular directamente la reclamación ante la Administración con fundamento en el artículo 139 de la LRJPAC. Por todo ello, dadas las razones expuestas, entendemos que la Administración, como titular del servicio público escolar, no puede desentenderse de su gestión y, con independencia de lo que decida acerca de a quién corresponda la responsabilidad del daño y su indemnización, debe resolver sobre si se cumplen los requisitos para que proceda declarar esa responsabilidad patrimonial y, en su caso, la cuantía de la indemnización.

Pues bien, analizado el supuesto que nos ocupa, se observa que la propuesta de resolución no resuelve adecuadamente todas las cuestiones. Aunque se pronuncia sobre la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño producido, y concluye que no existe tal, su único fundamento es que la responsabilidad, en la hipótesis de existir, habría de imputarse al contratista. Por ello, según la interpretación que juzgamos adecuada a la normativa vigente, tal pronunciamiento no es congruente con la solicitud que inicia el procedimiento y no respeta el contenido mínimo que le es exigible a la resolución de la reclamación presentada y que hemos dejado expresado anteriormente.

Ello obligaría a retrotraer el procedimiento, de modo que se redactase una nueva propuesta de resolución en atención a lo expuesto. No obstante, y teniendo en cuenta que existen datos suficientes en el expediente para realizar un pronunciamiento sobre el fondo, consideramos, en aplicación del principio de eficacia reconocido en el artículo 103 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJPAC, que procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, es decir, si ha de declararse o no la responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo tales consideraciones sobre el fondo recogerse por la Administración en la Resolución que finalmente adopte dando por

concluso el procedimiento. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

**SEXTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, dispone en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de un daño o lesión antijurídica, evaluable

económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y c) que no sea producto de fuerza mayor.

Del escrito de reclamación y de las breves manifestaciones de la Directora del centro escolar se desprende que los hechos frente a los que se formula pretensión indemnizatoria, ocurrieron el día 4 de marzo de 2005, durante el recreo de comedor, como consecuencia de la pelea entre dos niños por un juguete, sin que se produjeran lesiones físicas. Ahora bien, que acaezca un daño patrimonial con ocasión del funcionamiento del servicio público educativo, y que en nuestro ordenamiento la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva, no implica automáticamente la existencia de responsabilidad de la Administración, puesto que para declararla ha de resultar probado que existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

No albergamos duda de la existencia de un deber genérico de la Administración educativa de salvaguardar la integridad física de los alumnos durante el desarrollo de la actividad académica, ya sea docente o de juego y descanso. Sin embargo, este deber genérico no puede interpretarse en términos tan universales que convierta al servicio público educativo en responsable, por acción u omisión, de todo lo que suceda en el recinto escolar, incluidos hechos como el reclamado, que no fue consecuencia directa del servicio público educativo, sino que tuvo lugar durante el recreo tras la comida, en un lance habitual entre dos niños de corta edad (cuatro años) que, de manera incidental, disputan por un juguete, sin que haya constancia de cómo se rompieron las gafas, aunque lo más probable es que hubiese sido por impacto contra el suelo, pues, de mediar una agresión la montura hubiera causado algún tipo de lesión, que expresamente se afirma que no existió en el parte del accidente firmado por la Directora del centro. Se trata de un suceso

que pertenece a los riesgos propios de la vida diaria y que, dado su carácter imprevisible e inevitable, pues había dos cuidadoras presentes a las que en ningún caso se les acusa de negligencia, no cabe atribuir a una omisión de aquel deber de la Administración educativa que, en este caso, ejerce a través de la empresa contratista. No queda, pues, acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público educativo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias y que, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial enunciada en la consideración jurídica Quinta, debe desestimarse la reclamación presentada por don .....

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º  
EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.