

Expediente Núm. 138/2017
Dictamen Núm. 178/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de junio de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 30 de marzo de 2017 -registrada de entrada el día 6 de abril de 2017,- examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo formulada por, por las lesiones sufridas por su hijo menor de edad como consecuencia de una caída cuando se encontraba jugando en las instalaciones de un colegio público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de noviembre de 2016, la interesada, en nombre y representación de su hijo menor de edad, presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados como consecuencia de una caída en un centro educativo.

Expone que el día 14 de marzo de 2016, “sobre las 15:30 horas”, su hijo, de 7 años de edad y alumno de un colegio público de Oviedo, que “se

encontraba jugando con compañeros en las instalaciones del mismo, sufrió una caída causándose lesiones”.

Reprocha a las monitoras que en ese momento estaban encargadas del cuidado de los niños que, “a pesar de ser conocedoras de estos hechos, no se lo comunicaron a los padres del menor, y cuando el padre del niño acude a recogerle a la salida del colegio (...) se encuentra con que el mismo tenía fuertes dolores en el brazo derecho y que no podía moverlo”, por lo que “lo llevó a su centro de salud donde lo derivaron al Servicio de Urgencias” del Hospital, y allí le diagnosticaron una “fractura supracondílea grado II de codo derecho”, inmovilizándole “el brazo con yeso braquipalmar derecho, continuando con dicho tratamiento en el momento actual”.

Considera que “la caída y las lesiones se producen por la falta de diligencia del personal del centro encargado del cuidado de los menores”.

Por lo que se refiere a la indemnización, señala que “en este momento no es posible determinar con exactitud la cuantía del daño causado, al estar aún el menor a fecha actual recuperándose de la lesión sufrida”.

Adjunta a su escrito los siguientes documentos: a) Informe clínico de Urgencias del Hospital, de 14 de marzo de 2016, en el que consta que el paciente acude por “traumatismo sobre codo derecho en el colegio”, siendo diagnosticado de “fractura supracondílea de codo derecho” y procediéndose a “inmovilización con yeso braquipalmar derecho”. b) Escrito de una monitora del comedor del colegio, de 15 de marzo de 2016, en el que indica que el día 14 de mayo, “estando en el patio jugando con el balón”, un alumno de la “una patada” al hijo de la interesada, a lo que este “responde con un puñetazo”. Señala que tras “hablar con ellos los castigo, posteriormente se piden perdón y siguen jugando”. Indica que cuando ya se está bajando para el comedor, a la hora de salir, otro niño se le acerca y le dice que uno de los menores “empujó” al hijo de la reclamante “y que este cae al suelo quejándose del brazo”. La monitora dice que se acerca “y le pregunto, tocándole el hombro, si le duele mucho”, dirigiéndose a buscar al alumno que supuestamente le había “empujado”. Señala que “mientras los niños comienzan a salir (...) me comentan que se había ido con su padre”, y que el menor accidentado “ya

había salido del comedor mientras lo buscaba”. c) Escrito de la madre del menor accidentado, de 18 de marzo de 2016, en el que reseña que el 14 de marzo “los niños salen del comedor al patio” y que “cuando están jugando al fútbol” un niño “empuja” a su hijo y “este cae al suelo; en la caída apoya la mano y retuerce el brazo”. Afirma que su hijo “se dirige” a la monitora del comedor y “le dice” que otro alumno “le empujó sin querer y se retorció el brazo”, precisando que la monitora “estaba situada en la puerta de atrás por donde bajan al comedor, le manda que se siente que enseguida vamos a marchar. Esta le toca a la altura del hombro sin levantar la camiseta” y el niño se queja de que le duele, le ayuda a ponerse la chaqueta para bajar al comedor a la hora de marchar. Cuando salen del comedor el hermano -del niño accidentado- (...) se lo dice al padre”. Le preguntan al menor perjudicado “si se lo había dicho a alguien” y este responde que a la monitora del comedor. Comenta que al día siguiente la monitora le dice al padre del menor que el niño “se había marchado bajando las escaleras a la hora de marchar, que por eso no había avisado”. d) Escrito del Director del centro, de 18 de marzo de 2016, por el que se ponen en conocimiento de la Concejalía de Educación las comunicaciones efectuadas por la monitora y la madre del alumno sobre “los hechos acaecidos el 14 de mayo de 2016 en el patio del centro en el horario de la prestación del servicio de comedor”. En él indica que “de las actuaciones realizadas por esta Dirección se puede constatar (...) que la fractura fue producto de una caída en el patio -aunque existen algunas contradicciones entre lo manifestado en los comunicados de la madre y de la monitora- (...). Que la familia entiende que se le debió comunicar lo acontecido con más rapidez”. e) Escrito de un despacho de abogados solicitando al colegio, en nombre y representación de la interesada, los datos del seguro de responsabilidad civil que pudiera tener concertado, y respuesta del Director en la que consta que los centros educativos carecen de póliza de responsabilidad civil al quedar amparados por el seguro que suscribe la Administración del Principado de Asturias, por lo que remite el expediente a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Ciencia.

2. El día 30 de enero de 2017, la Concejala de Gobierno de Educación y Deportes y Salud Pública del Ayuntamiento de Oviedo dicta Resolución por la que se acuerda “iniciar procedimiento de responsabilidad patrimonial que habrá de terminarse transcurridos seis meses mediante resolución expresa, entendiéndose que es contraria a la indemnización solicitada si no hubiere recaído en dicho plazo”, y “nombrar instructora del mismo”.

La citada resolución se notifica a la correduría de seguros del Ayuntamiento y a la interesada los días 7 y 8 de febrero 2017, respectivamente.

3. Mediante oficios de 6 de febrero de 2017, la Instructora del procedimiento solicita al Director del colegio y a la empresa adjudicataria del servicio de comedor un informe “en el que conste descripción detallada de los hechos ocurridos, haciendo constancia del lugar, hora, forma en que se produjo el percance y personas presentes en el momento de producirse el mismo”.

El 8 de febrero de 2017 emite informe el Director del centro. En él manifiesta que “durante el periodo de recreo posterior al servicio de comedor escolar, entre las 15 h y 16 h, el alumno (...) se encuentra en el patio del centro jugando al fútbol. En un encuentro fortuito con un compañero cae al suelo lesionándose en un brazo./ En ese momento se encontraba presente la monitora (...), que se acerca al alumno tocándole el hombro para averiguar el alcance del daño. Mientras se dirige a buscar al otro alumno implicado en el percance (el menor accidentado) se marcha porque era la hora de salir, sin darle tiempo a hablar con su padre. Adjunta a su escrito la declaración de la monitora, de 15 de marzo de 2016, ya aportada por la reclamante.

El 13 de febrero de 2017 se recibe el informe de la empresa encargada del servicio de comedor. En él se indica que “el incidente se produce sobre las 15:30 horas durante el recreo del comedor, cuando los alumnos disputaban un partido de fútbol y un alumno (...) empuja (al hijo de la interesada) cayendo este al suelo./ El (hijo de la interesada) se dirige a nuestra cuidadora (...) para contarle el incidente sin quejarse en ningún momento del dolor de brazo y volviendo a jugar con normalidad dicho partido, por lo cual no se siguió el protocolo de llamar a sus padres por teléfono”. Se señala que “el patio estaba

controlado por los/as monitores/as pertinentes, cumpliendo la ratio que marca el Ayuntamiento”, y se añade que “pasado un rato” el hermano del alumno que sufrió la caída “le dice a nuestra cuidadora” que el niño “tiene dolor”, por lo que “esta va en su búsqueda y le comentan que ya se había marchado con su padre”. Fue otra de las cuidadoras la que entregó a los padres los niños, “sin este comentarle que tenía dolor (...). No consideramos que haya ninguna negligencia en su trabajo”.

4. El día 8 de febrero de 2017, la interesada presenta un escrito en el registro municipal en el que procede a cuantificar el daño. Manifiesta que “el menor se encuentra en situación de alta médica desde el pasado 26 de enero de 2017”, y que “realizó tratamiento rehabilitador” en el Hospital

Solicita una indemnización de diez mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros (10.464,00 €), que corresponden a 42 días de perjuicio moderado (2.184,00 €) y 276 días de perjuicio básico (8.280,00 €).

Adjunta un informe médico de seguimiento en el Hospital según el cual “el paciente fue valorado periódicamente en nuestra consulta para controlar la evolución. El día 26-01-2017 fue la última valoración, refiriendo ausencia de dolores y de limitaciones para sus actividades habituales (...). De acuerdo a esta situación (...) indicamos recomendaciones generales, siendo alta por nuestra parte”.

5. Con fecha 20 de febrero de 2017, la Instructora del procedimiento comunica a la correduría de seguros, al centro educativo, a la empresa adjudicataria del servicio de comedor y a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 10 días, facilitándoles los documentos obrantes en el expediente.

6. El día 24 de marzo de 2017, la reclamante presenta en el registro municipal un escrito de alegaciones en el que, tras reiterar los hechos, señala que su hijo “inmediatamente después” del siniestro “se dirige a la monitora que se encontraba a su cuidado (...) para comunicarle que tenía fuertes dolores en el brazo (...) y que esa persona no hace nada al respecto, ni comunica a los

padres del menor el estado del mismo para que fueran a recogerle inmediatamente, lo que el padre posteriormente, cuando acude a recoger al menor a la salida del colegio, recrimina a la otra monitora”.

Solicita una indemnización de 14.464,00 € en concepto de “responsabilidad patrimonial por culpa *in vigilando* de las personas encargadas del cuidado y atención de los menores, bajo cuya responsabilidad y cuidado se encontraba su hijo (...) cuando sufre el siniestro, a quien no prestaron la debida atención ni antes ni después de sufrir la grave lesión que acredita a medio de informes médicos (...), y que el menor les comunicó sin que le hicieran nada al respecto, ni enviarle al médico ni llamar a sus padres, limitándose a esperar a la hora de salida sin comunicar absolutamente nada”.

7. Con fecha 31 de marzo de 2017, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que el Ayuntamiento de Oviedo y el Principado de Asturias, a través de la Consejería de Educación y Ciencia, han suscrito un convenio de colaboración el 24 de marzo de 2011 en virtud del cual corresponde al Ayuntamiento “la gestión del servicio de comedor en ciertos centros educativos”, entre los que se encuentra el colegio donde cursa sus estudios el menor accidentado. Así, en virtud de dicho convenio el Ayuntamiento ha contratado la prestación de dicho servicio público, correspondiéndole a la empresa adjudicataria, entre otras, las siguientes obligaciones: “Presencia física, permanente y continuada, durante los horarios de prestación del servicio en cada centro educativo en atención a la ratio ofertada (...). Mediar en caso de conflictos facilitando su solución (...). Coordinar, mantener y vigilar cuantas otras actividades contribuyan a la atención, cuidado y bienestar de los niños y niñas usuarios/as del servicio de comedor./ El número de usuarios precisos en cada centro escolar para el establecimiento del servicio de comedor escolar debe ser de 30 alumnos”.

Asimismo, da por “acreditado” el daño sufrido por el menor como consecuencia de la caída, que “se produjo en el recreo posterior al comedor, concretamente en el periodo en que la empresa concesionaria (...) gestiona el servicio de comedor de 14:00 a 16:00 horas”. Razona que el accidente se

origina de “un modo fortuito, súbito e imprevisible, ya que se produce en el encuentro fortuito con otro compañero mientras jugaban un partido de fútbol. Así, el desencadenante de la lesión sufrida, si bien existe, se produce al margen de cualquier acción u omisión de la monitora, pues no fue evitable, ya que el lugar donde se produjo la caída era el patio y la actividad que se desarrollaba era recreativa, no considerando la misma como juego violento o peligroso. La lesión se hubiese producido igual de haberse incluso extremado la vigilancia”, y cita al efecto diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Murcia y del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al contrato celebrado por el Ayuntamiento con la empresa concesionaria, entiende que “en ningún caso puede reputarse la caída por falta de vigilancia y cuidado del personal contratado por la entidad concesionaria, ya que la lesión se hubiese producido igual”.

Concluye que, “si bien existe y hubo una lesión física, no puede decirse que la misma se debiera al funcionamiento normal o anormal de la Administración, y en este caso, por ende, de la entidad concesionaria del servicio, por lo que quiebra la necesaria relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la conducta y el daño producido”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de marzo de 2017, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin una copia del mismo.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con 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, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el menor perjudicado activamente legitimado para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, está facultada para actuar en su representación la reclamante, madre del mismo, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

No obstante, hemos de señalar que la alegada condición de madre del perjudicado no ha sido acreditada de modo fehaciente en el procedimiento, lo que por sí solo constituye causa de desestimación de la reclamación. Sin embargo, teniendo en cuenta que la Administración no ha cuestionado en ningún momento su condición de interesada ni le ha solicitado la necesaria acreditación formal del vínculo alegado, procede, en aplicación del principio de eficacia administrativa, reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJSP, analizar el fondo de la cuestión controvertida a fin de que pueda la Administración pronunciarse sobre la reclamación planteada. Ahora bien, si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la misma sin que, por el procedimiento legal oportuno, se verificara previamente la filiación del menor y la condición de la progenitora en cuanto tal.

El Ayuntamiento de Oviedo está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 11 de noviembre de 2016, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la caída del menor- el día 14 de marzo de 2016, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se regirá por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de la citada Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Asimismo, se ha conferido audiencia a la empresa concesionaria del servicio de comedor, y ello en coherencia con lo dispuesto en el artículo 214.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y de conformidad con lo establecido en el artículo 82.5 de la LPAC.

Finalmente, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que en la fecha de entrada del expediente en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, pero sí los plazos parciales para la adopción de los actos de trámite e instrucción que, junto al plazo de dos meses para la emisión de dictamen por este órgano -artículo 81.2 *in fine* de la misma norma- constituyen el tiempo legalmente fijado para la resolución del procedimiento. Presentada la

reclamación que ahora examinamos con fecha 11 de noviembre de 2016, y recibida la solicitud de dictamen por este Consejo el día 6 de abril de 2017, no podrá la Administración aprobar en tiempo la correspondiente resolución. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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 32 de la LRJSP establece 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), dispone que “Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de

los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

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 una lesión o daño antijurídico, 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.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños personales derivados de las lesiones que el hijo de la reclamante, de 7 años de edad, sufrió el 14 de marzo de 2016 tras un accidente acaecido en el patio del centro escolar donde cursa estudios, en el tiempo posterior al servicio de comedor.

En el caso analizado los informes médicos presentados por la interesada acreditan que el día de la caída el niño fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital por “fractura supracondílea de codo derecho”, por lo que ninguna duda ofrece la realidad de los daños sufridos, cuya evaluación económica examinaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

También resulta probado que la lesión se produjo tras un accidente en las dependencias del centro educativo, lo cual constatan los diferentes informes que se han incorporado al expediente.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo e individualizado acaecido en un centro público no puede significar automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si en el hecho dañoso se dan las circunstancias que permitan reconocer al perjudicado su derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos, pues, como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo en anteriores dictámenes, el hecho de que la responsabilidad de la Administración tenga carácter objetivo no convierte a esta en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de las instalaciones públicas, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En el supuesto que nos ocupa, de los diferentes informes y testimonios obrantes en el expediente se desprende que la caída del menor se produce en el recreo posterior al comedor, concretamente en el periodo en que la empresa concesionaria gestiona el servicio de comedor de 14:00 a 16:00 horas. Al respecto, la Instructora del procedimiento señala en la propuesta de resolución que el Ayuntamiento ha contratado la prestación de dicho servicio público, por lo que corresponde a la empresa adjudicataria, entre otras obligaciones, la "presencia física, permanente y continuada, durante los horarios de prestación del servicio en cada centro educativo en atención a la ratio ofertada". La empresa que presta el servicio asegura en su informe de 13 de febrero de 2017 que "el patio estaba controlado por los/as monitores/as pertinentes, cumpliendo la ratio que marca el Ayuntamiento". Sobre esta cuestión, advertimos que se desconoce el número total de alumnos del centro y el número concreto de los presentes en ese momento, por lo que este Consejo Consultivo carece de elementos suficientes para valorar si la dotación de personal para atender a los alumnos en el servicio de comedor y posterior recreo cumplía con lo exigido por la entidad local. En cualquier caso, dado que la reclamante no discute este extremo, ni el Ayuntamiento lo desmiente, consideramos, a la vista del informe de la contratista, que el número de efectivos que en ese momento se encontraba en el patio era el adecuado.

De las declaraciones de la monitora del comedor y de la madre del menor, aportadas junto al escrito de reclamación, se desprende que el suceso se produce cuando los niños están jugando al fútbol y un niño “empuja” al perjudicado. La monitora precisa que previamente un alumno le había dado “una patada” al hijo de la interesada, a lo que este “responde con un puñetazo”, y que tras “hablar con ellos los castigo, posteriormente se piden perdón y siguen jugando” -según asegura aquella-. Esta acción de la monitora en cumplimiento de las obligaciones que tiene atribuida la empresa que gestiona el servicio de comedor (“mediar en caso de conflictos facilitando su solución”) supone un desempeño diligente de sus cometidos, reprobando a los niños ante comportamientos inadecuados. Ahora bien, suponiendo que el resto de los niños que jugaban con el perjudicado, incluyendo al que le propinó una patada, tengan la misma edad -7 años-, debe tenerse en cuenta que debido a ello existen una serie de riesgos inherentes a la práctica espontánea del juego infantil cuya evitación se torna en ocasiones casi imposible, dado lo imprevisible y repentino de sus actos. A esto debemos añadir que el Director del centro habla de un “encuentro fortuito con un compañero” y que la madre del niño señala, al relatar los hechos, que su hijo le dice a la monitora que otro alumno “le empujó sin querer”.

Por tanto, este Consejo comparte los razonamientos esgrimidos por la Instructora del procedimiento en la propuesta de resolución al estimar que el accidente se origina “al margen de cualquier acción u omisión de la monitora, pues no fue evitable, ya que el lugar donde se produjo la caída era el patio y la actividad que se desarrollaba era recreativa, no considerando la misma como juego violento o peligroso”, por lo que “la lesión se hubiese producido igual de haberse incluso extremado la vigilancia”.

Finalmente, la reclamante reprocha a las monitoras que, aun siendo conecedoras de la caída, no llevaran al niño al médico ni se lo comunicaran a sus padres. Sobre este extremo, existen versiones contradictorias. Así, una de las monitoras afirma que se entera de lo ocurrido cuando a la hora de salir otro niño se le acerca y le dice que uno de los menores “empujó” al hijo de la reclamante, “y que este cae al suelo quejándose del brazo”; acto seguido, y

tras haberle preguntado al accidentado por su dolor, se dirige a buscar al alumno que le había propinado el empujón, precisando que el perjudicado “ya había salido del comedor mientras lo buscaba”. En cambio, la reclamante asegura que es su hijo quien informa a la monitora de la caída, indicándole esta que “se siente” porque “enseguida vamos a marchar”. Una tercera versión de los hechos es la ofrecida por la empresa encargada del servicio de comedor, que manifiesta en su informe de febrero de 2017 que el alumno “se dirige a nuestra cuidadora (...) para contarle el incidente sin quejarse en ningún momento del dolor de brazo y volviendo a jugar con normalidad dicho partido, por lo cual no se siguió el protocolo de llamar a sus padres por teléfono”, añadiendo que “pasado un rato” es el hermano del alumno que sufrió la caída quien “le dice a nuestra cuidadora” que el niño “tiene dolor”, por lo que “esta va en su búsqueda y le comentan que ya se había marchado con su padre”.

A la vista de tales contradicciones, debemos puntualizar dos cuestiones. La primera, que la reclamante, a pesar de relatar los hechos, no estaba presente en el momento de la caída, y parece ser que quien recogió en el centro ese día al niño fue su padre, no ella, según se desprende de su escrito. Por otro lado, que el informe de la adjudicataria no identifica a quien lo suscribe, por lo que desconocemos si es una persona que estaba presente o no en el momento de los hechos. Ello implica que el relato ofrecido por la monitora sería, en teoría, el más fiel a la realidad, al estar allí presente, aunque su versión únicamente se sostiene sobre sus propias manifestaciones.

En cualquier caso, y a falta de prueba en contra, de una visión en conjunto de los datos obrantes en el expediente se desprende que la caída se produce en un momento bastante próximo a la salida del centro. No podemos afirmar con rotundidad si la monitora se entera del suceso por el afectado o por otro alumno, pero en cuanto tiene conocimiento del mismo se acerca al perjudicado para valorar su estado y a continuación se dirige a buscar al alumno que había provocado el empujón, por lo que cuando vuelve en busca del accidentado este ya se había marchado del centro con su padre.

Desconocemos si el lapso temporal que transcurre entre la caída y la salida del centro es muy dilatado, puesto que la reclamante, a quien incumbe la

carga de la prueba, no acredita este extremo. Ello nos impide reprochar a quienes estaban al cuidado de los menores que no avisasen a los progenitores del niño accidentado, dado que parece lógico que, si la salida estaba próxima, esperasen a entregar al niño para comentar el suceso. En idéntico sentido, las diferentes versiones nos impiden determinar la gravedad del daño que el menor manifestó a su cuidadora, por lo que tampoco podemos recriminarle que no llamase a los servicios sanitarios.

En definitiva, no podemos concluir, como pretende la reclamante, que “la caída y las lesiones se producen por la falta de diligencia del personal del centro encargado del cuidado de los menores”, puesto que la misma se produjo de manera repentina e imprevisible en el contexto de unos menores realizando juegos propios de su corta edad, lo que conlleva la posibilidad de que acontezcan percances como el que sufrió el hijo de la interesada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.