

Expediente Núm. 265/2017  
Dictamen Núm. 290/2017

**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 23 de noviembre 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 V. E. de 11 de septiembre de 2017 -registrada de entrada el día 19 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por ....., por las lesiones sufridas tras una caída en 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, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Educación y Ciencia- por los daños sufridos 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 del Colegio Público ....., “se encontraba jugando

con compañeros en las instalaciones del mismo” cuando “sufrió una caída, causándose lesiones”.

Señala que “las monitoras que en ese momento estaban encargadas del cuidado de los niños, 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”. Precisa que fue el padre del menor quien lo lleva al centro de salud, y de allí lo derivan al Servicio de Urgencias del Hospital ....., donde le diagnostican una “fractura supracondilea grado II de codo derecho”.

La madre del menor 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 valoración del daño, manifiesta que en ese momento no es posible determinarlo, “al estar aún el menor a fecha actual recuperándose de la lesión sufrida”.

Adjunta a su escrito los siguientes documentos: a) Informe clínico del Servicio 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”, siéndole diagnosticada una “fractura supracondilea de codo derecho” y procediéndose a la inmovilización braquipalmar con yeso. b) 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 futbol” 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 mancado bajando las escaleras a la hora de marchar, que por eso no había avisado”. c) 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 consta 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”. d) 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 le da “una patada” al hijo de la interesada, a lo que este “responde con un puñetazo”. Reseña que tras “hablar con ellos los castigo, posteriormente se piden perdón y siguen jugando”. Aclara 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”. Manifiesta 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”. 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.** Mediante Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 16 de noviembre de 2016, se admite a trámite la reclamación presentada y se nombra instructora y secretario del procedimiento.

**3.** El día 17 de noviembre de 2016, la Instructora del procedimiento comunica a la interesada los citados nombramientos, la fecha de recepción de su reclamación, el plazo máximo de tramitación del mismo y los efectos del silencio administrativo.

Con idéntica fecha da traslado de la reclamación presentada a la correduría de seguros.

**4.** Mediante oficio de 23 de noviembre de 2016, la Instructora del procedimiento solicita al colegio el parte de accidente y la emisión de un informe en el que se haga constar la "descripción del juego o actividad que estaba realizando cuando se produjo el incidente", la "descripción del accidente", las "personas que vigilaban la actividad. Si alguna de ellas presencia el accidente y quién atiende al menor", la "entidad que presta el servicio de comedor escolar" y "demás circunstancias".

El 30 de noviembre de 2016 emite informe el Director del centro. En él manifiesta que "durante el periodo de recreo posterior al servicio de comedor escolar 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".

En el mismo escrito identifica a la empresa que presta el servicio de comedor escolar, a la persona responsable de la empresa en el centro y a la coordinadora del servicio.

Adjunta a su escrito el parte de accidente escolar y la declaración de la monitora, de 15 de marzo de 2016, ya aportada por la reclamante.

**5.** El 22 de diciembre de 2016, la Instructora del procedimiento solicita a la empresa adjudicataria del servicio de comedor un informe en el que consten, entre otros, los siguientes extremos: "Descripción detallada del accidente./ Número de cuidadores y de alumnos que el día 14 de marzo de 2016 se encontraban en el servicio de comedor cuando se produjeron los hechos./ Si alguno de ellos presencié los hechos./ Quién atiende al menor y cómo lo hace./ Hora aproximada del incidente y hora prevista de salida de los menores del recinto escolar./ Si la empresa cuenta con algún seguro que cubra este tipo de accidentes./ Demás circunstancias que considere de interés para un mejor conocimiento de lo sucedido".

**6.** En idéntica fecha, la Instructora del procedimiento requiere a la reclamante para que en el plazo de 10 días acredite la representación que dice ostentar y aporte fotocopias de su documento nacional de identidad y del Libro de Familia, con la advertencia de que, si así no lo hiciera, "se le tendrá por desistida de su petición".

El 12 de enero de 2017, la interesada atiende al requerimiento formulado y presenta la documentación solicitada.

**7.** El día 8 de febrero de 2017, la reclamante presenta un escrito en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Asturias en el que procede a cuantificar el daño. Manifiesta que "el menor se encuentra en situación de alta médica desde el pasado día 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 ....., de 30 de enero de 2017, 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”.

**8.** Mediante escritos de 3 de marzo y 27 de abril de 2017, la Instructora del procedimiento reitera la petición de informe a la empresa adjudicataria del servicio de comedor.

**9.** Con fecha 29 de junio de 2017, la Instructora del procedimiento emite informe en el que afirma que la Consejería de Educación y Cultura carece de legitimación pasiva en el presente caso, por lo que estima que no procede entrar en el fondo del asunto.

Señala que “de acuerdo con el Convenio suscrito entre la Administración del Principado de Asturias, a través de la Consejería de Educación y Ciencia, y el Ayuntamiento de Oviedo para la gestión del servicio de comedor en algunos centros educativos, entre ellos, y de acuerdo con la cláusula primera del mencionado convenio, el C. P. ‘.....’, el Ayuntamiento se compromete a contratar la prestación del servicio de comedor escolar y a ‘ejercer la vigilancia y cuidado de los alumnos durante el intervalo habilitado para la prestación del servicio, que se entenderá comprendido desde la finalización de la jornada matinal hasta el comienzo de la jornada vespertina’./ Dado que la reclamación señala (que) ‘la compareciente considera que la caída y las lesiones se producen por la falta de diligencia del personal del centro encargado del cuidado de los menores’ y el convenio dispone que ‘la Consejería de Educación y Ciencia no asume ninguna responsabilidad jurídica de carácter laboral, civil, administrativo, penal, mercantil, o de cualquier otra clase, en relación con el personal que desempeñe cualquier tarea en el ámbito de los comedores, ya fuese dependiente del Ayuntamiento o de las empresas que tuviesen encomendada la prestación del servicio’, y teniendo en cuenta que el convenio sigue en vigor, al no haber sido denunciado por ninguna de las partes, no corresponde a esta Consejería la legitimación pasiva en el supuesto reclamado”.

Con base en lo anterior, no estima “procedente” la apertura del periodo probatorio.

Adjunta a su informe una copia de la publicación del Convenio suscrito entre la Administración del Principado de Asturias, a través de la Consejería de Educación y Ciencia, y el Ayuntamiento de Oviedo con fecha 24 de marzo de 2011, para la gestión del servicio de comedor en los centros educativos públicos que se detallan en el mismo (*Boletín Oficial del Principado de Asturias* núm. 121, de 27 de mayo de 2011).

**10.** Mediante oficios notificados los días 10 y 14 de julio de 2017, la Instructora del procedimiento comunica a la interesada y a la correduría de seguros la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

La Instructora del procedimiento extiende diligencia en la que se hace constar que el 13 de julio de 2017 comparece en las dependencias administrativas una persona en representación de la interesada y obtiene una copia de diversos documentos que integran el expediente. Obra incorporado a este un escrito firmado por la reclamante en el que se autoriza a la persona que en el mismo se identifica a “recabar toda la información necesaria, revisar y obtener copia del expediente”.

**11.** El 9 de agosto de 2017, la correduría de seguros envía un correo electrónico a la Instructora del procedimiento en el que le comunica que “la compañía aseguradora (...) queda a la espera de (la) resolución administrativa”.

**12.** Con fecha 3 de agosto de 2017, la Jefa del Servicio de Apoyo Técnico formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, “al no existir legitimación pasiva por parte de la Administración del Principado de Asturias”.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de septiembre de 2017, 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 núm. ....., de la Consejería de Educación y Cultura, adjuntando a tal fin copia autenticada 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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), 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, 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 (a tenor de la fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente), según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

Debemos analizar ahora la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, que exige que el servicio al que se imputa el daño esté vinculado a la Administración autonómica.

Tras examinar la documentación remitida, detectamos que los hechos que motivan la presente reclamación ya fueron objeto de estudio por este Consejo con ocasión de nuestro reciente Dictamen Núm. 178/2017. En él



pusimos de manifiesto que la legitimación pasiva correspondía a la autoridad consultante en aquel asunto, el Ayuntamiento de Oviedo, "en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación", puesto que de los diferentes informes y testimonios obrantes en el expediente se desprendía que la caída del menor 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.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el convenio suscrito entre la Administración del Principado de Asturias, a través de la Consejería de Educación y Ciencia, y el Ayuntamiento de Oviedo con fecha 24 de marzo de 2011, para la gestión del servicio de comedor en determinados centros educativos públicos, entre los que figura el colegio en cuyas instalaciones se produjo el accidente del menor que es objeto de reclamación. De conformidad con la cláusula segunda del citado convenio, el Ayuntamiento se compromete a "contratar la prestación del servicio" de comedor escolar y a "ejercer la vigilancia y cuidado de los alumnos durante el intervalo habilitado para la prestación del servicio, que se entenderá comprendido desde la finalización de la jornada matinal hasta el comienzo de la jornada vespertina".

En cuanto a una eventual responsabilidad de la Consejería de Educación y Ciencia, dispone la cláusula cuarta que "la Consejería de Educación y Ciencia no asume ninguna responsabilidad jurídica de carácter laboral, civil, administrativo, penal, mercantil, o de cualquier otra clase, en relación con el personal que desempeñe cualquier tarea en el ámbito de los comedores, ya fuese dependiente del Ayuntamiento o de las empresas que tuviesen encomendada la prestación del servicio".

Por lo que respecta a la duración del convenio, según la cláusula sexta, aunque su duración se extendería inicialmente hasta el 31 de mayo de 2011, se prevé la prórroga automática del mismo, salvo denuncia expresa de alguna de las partes. Por tanto, el convenio sigue en vigor, al no haber sido denunciado por ninguna de las partes, tal y como informa la Instructora del procedimiento en su informe de 29 de junio de 2017.

Se concluye, a la luz de lo razonado, que el servicio público a cuyo funcionamiento se pretende imputar la caída del menor no es de titularidad autonómica, sino del Ayuntamiento de Oviedo en virtud del convenio citado, por lo que la Administración del Principado de Asturias no está pasivamente legitimada en este procedimiento. Por ello, procede desestimar la reclamación presentada, sin obviar que la concurrencia o no de los restantes requisitos para que pueda prosperar la pretensión resarcitoria ya fue examinada por este Consejo en el mencionado Dictamen Núm. 178/2017.

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. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.