



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 1 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de (...), que, a su vez, actúa como representante legal de su hija menor de edad, (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público educativo (EXP. 358/2023 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 27 de julio de 2023 (con registro de entrada en este Organismo el 28 de julio de 2023), se solicita dictamen sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes del Gobierno de Canarias incoado en virtud de una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños que se alega, han sido causados por el funcionamiento del servicio público educativo.

2. La cuantía reclamada asciende al importe de 14.646,81 euros, lo que determina la preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo, según lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), habiendo sido remitida por el Sr. Consejero de acuerdo con el art. 12.3 LCCC, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

3. La reclamante, (...), ostenta legitimación activa en el procedimiento incoado para actuar en representación legal de su hija menor de edad, (...), quien ha sufrido daños personales derivados, presuntamente, del funcionamiento del servicio público educativo teniendo, por tanto, la condición de interesada en el procedimiento [arts. 4.1.a) y 5 LPACAP y 162 del Código Civil]. Si bien, en este caso, la reclamante actúa mediante la representación, debidamente acreditada, de (...) (art. 5 LPACAP).

4. La competencia para tramitar y resolver y la legitimación pasiva del procedimiento incoado corresponde a la Consejería de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes del Gobierno de Canarias, como administración responsable de la gestión del servicio al que se le atribuye la causación del daño.

La Dirección General de Centros, Infraestructura y Promoción Educativa es la competente para la instrucción de los procedimientos de reclamación patrimonial de las administraciones públicas, a tenor de lo dispuesto en el artículo sexto de la Orden de 5 de mayo de 2016 de la Consejería de Educación y Universidades -actual Consejería de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes- y en el art. 17.2.m) del Decreto 7/2021, de 18 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la antigua Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes.

La persona titular de la Consejería competente en materia de educación será la competente para resolver estos procedimientos, de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo, en su apartado cuarto, de la citada Orden de 5 de mayo, y el art. 5.2.a) del Decreto 7/2021, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes.

5. La reclamación se interpuso dentro del plazo de un año previsto en el art. 67.1 LPACAP, pues se presentó el 22 de diciembre de 2022 respecto de un hecho acaecido el 28 de octubre de 2021.

II

En cuanto a los antecedentes de hecho, en el escrito de reclamación se alega lo siguiente:

«Primero.- El día 28 de octubre de 2021, la menor (...), asiste con total normalidad y en buen estado de salud al Centro Escolar de Infantil y Primaria (...) (C.E.I.P.), en el Término Municipal de Las Palmas de Gran Canaria, donde cursa estudios de sexto de primaria.

Segundo.- El mismo día 28 de octubre de 2021, la menor sufre una caída durante la hora del recreo, en la que se tuerce el tobillo.

(...)

Tercero.- El mismo 28 de octubre el padre de (...) recoge a la menor en el centro, tras ser llamado e informado de lo sucedido por la dirección, procediendo a trasladarla al Hospital (...) de Las Palmas de Gran Canaria, donde se le realiza una primera exploración, diagnosticándole esguince de tobillo derecho y aplicándole un vendaje compresivo.

(...)

Cuarto.- Cinco días después, el día 2 de noviembre de 2021, (...) acude a su pediatra del Servicio Canario de la Salud por continuar con dolor en el tobillo. Del examen médico se desprende que presenta una inflamación de los dedos con dolor en el maléolo externo, para lo que se le prescribe tratamiento farmacológico.

(...)

Quinto.- Posteriormente, el día 3 de noviembre de 2021, (...) vuelve a asistir al traumatólogo, quien, tras realizar pruebas de imagen, prescribe la necesidad de tratamiento quirúrgico, fijado para la fecha del 11 de noviembre de 2021, procediéndose a realizar la valoración por el Servicio de Anestesia.

(...)

Sexto.- El 9 de noviembre de 2021, (...) ingresa para ser intervenida quirúrgicamente al día siguiente (10 de noviembre de 2021), con diagnóstico de "traumatismo de tobillo derecho con fractura de cuello de astrálogo", recibiendo el alta hospitalaria el día 13 de noviembre de 2021.

(...)

Octavo.- Finalmente, el 18 de octubre de 2022 (casi un año después de la operación) y debido a la correcta recuperación, (...) recibe el alta médica (...) ».

En la reclamación se atribuye la producción de la caída a la falta de adecuada vigilancia de la menor en el centro, señalando:

«Podemos apreciar el funcionamiento anormal de la Administración en tanto que se desprende una negligencia por parte de la persona que debía estar al cuidado de los menores a la hora del recreo, pues, si bien es normal que los niños jueguen y puedan tener pequeños accidentes, son los profesores y resto del personal del centro quienes tiene que vigilar y proteger a los niños de las actividades que realizan.

En base a esto, se aprecia que la obligación de vigilar llevada a cabo por el personal del centro no fue debidamente realizada».

Se reclama en concepto de indemnización por las lesiones sufridas por la menor la cuantía de 14.646,81 euros.

Se aporta con la reclamación: poder de representación realizado por la madre de la menor a favor del representante, diversa documental médica y factura de adquisición de tobillera.

III

1. En cuanto a las actuaciones practicadas en el curso del procedimiento de responsabilidad patrimonial:

1.1. Con fecha 22 de diciembre de 2022 tiene registro general de entrada el escrito formulando la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a consecuencia de las lesiones sufridas por la menor.

1.2. El 23 de diciembre de 2022 se insta a la reclamante a aportar libro de familia, de lo que recibe notificación en la misma fecha, viniendo a aportarlo el 28 de diciembre de 2022.

1.3. El 27 de marzo de 2023 se acuerda la admisión a trámite de la reclamación, de lo que recibe notificación la parte reclamante en esa fecha.

Ello es notificado igualmente a la aseguradora municipal.

1.4. El 27 de marzo de 2023 se solicita preceptivo informe de la Inspección General de Educación, que se emite el 17 de abril de 2023. Al mismo se incorpora el informe de la Directora del centro, emitido el 15 de noviembre de 2021, y el informe del docente de guardia de recreo, tutor de (...), y testigo presencial del accidente, emitido el 13 de abril de 2023, que informa:

«El 28 de noviembre del año 2021 y en horario de recreo se produjo la caída de la alumna (...).

En ese momento, y debido a encontrarnos aún en situación de emergencia y con medida de prevención anti Covid, los recreos se realizaban en grupos burbuja, es decir, los niños de cada grupo se relacionaban solo con los de su clase. Otra de las medidas adoptadas era que cada grupo era supervisado por su profesor-tutor por lo que yo me encontraba con mi grupo-clase en ese horario del recreo en una zona delimitada para tal fin.

Durante esa media hora es normal que los alumnos/as jueguen y corran por el espacio que le es asignado. Ese día nos correspondía la zona que comprendía la mitad de la cancha de balonmano. Mientras la alumna mencionaba jugaba con sus compañeros/as a la cogida, sufrió una caída fortuita imprevisible y no evitable, ya que no tropezó con otro niño/a ni tampoco

con ningún obstáculo, a unos metros de donde yo me encontraba. Rápidamente me acerqué a ella así como algunos de sus compañeros y compañeras de clase para interesarnos por lo sucedido. En vista de que la pierna le dolía bastante, algunas niñas y niños de la clase se ofrecieron a ayudarla a levantarse y la acompañamos, sin apoyar el pie, a secretaría. Allí se le dejó hielo para que se lo pusiera en la zona y se llamó al padre para que viniera a buscarla, como suele hacerse en estos casos.

Pasado un rato vino el padre de la alumna, (...) para llevarla a urgencias y allí la valoran.

Varios días más tarde fue la madre (...) la que informó de la situación de la alumna para que le enviase las tareas que realizábamos en clase y así no perder el ritmo de trabajo».

A la vista de los citados informes, tras girar visita al lugar de los hechos, informa la Inspección General de Educación lo siguiente:

«En la visita presencial (lunes 10-03-2023) al centro educativo CEIP (...), este inspector tras recabar la información sobre las circunstancias en las que se produjo el accidente, a tenor de las declaraciones de la directora (...) y del profesor (...), concluye que:

“El accidente, por cuya existencia se vino a plantear la reclamación de responsabilidad patrimonial, tuvo lugar el día 28-10-2021, tuvo lugar durante el recreo en la zona del patio donde se ubicaban los alumnos y alumnas de Sexto (6º) de Educación Primaria, estando como docente de guardia de patio (...) (también tutor de 6ºB, grupo de (...)) y testigo ocular de lo sucedido. De su relato de los hechos se constata que (...) mientras jugaba “a la cogida” se tropezó de manera fortuita y se torció el tobillo. A partir de ese momento, el centro actuó conforme a su protocolo en caso de accidentes en el centro, avisando a los responsables de (...) (mediante llamada telefónica del propio tutor). Se presentó en el centro su padre, (...), recogiendo a (...) (...), según comunicaron sus responsables, fue operada del tobillo y faltó desde el accidente hasta el día 16-11-2021, reincorporándose al centro el miércoles 17-11-2021. Debido a su accidente, su dificultad en la movilidad y al no estar el centro adaptado a dificultades motoras (ausencia de ascensor, rampas, etc.) se decidió atender a (...) en la planta baja, facilitando así su pronta incorporación a la actividad académica de la alumna”».

1.5. Con fecha 15 de mayo de 2023 se confiere trámite de audiencia a la reclamante, de lo que recibe notificación el 15 de mayo de 2023, sin que se presenten alegaciones.

Igualmente se confiere dicho trámite a la aseguradora municipal el 19 de junio de 2023, de lo que recibe notificación el 21 de junio de 2023 mediante comparecencia personal en sede electrónica, sin que se presenten alegaciones.

1.6. La Propuesta de Resolución propone desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de nexo causal entre la caída y el funcionamiento del servicio Público de Educación.

2. Finalmente, en cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme a los arts. 21.2 y 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la madre de la alumna al entender que no existe relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal del servicio público educativo, al considerar que la caída no se debió a un problema de vigilancia de la alumna sino que *«se encuadra en la denominada doctrina del riesgo general de la vida»*.

2. En relación con el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, requisito esencial para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento.

La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de

7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Como se acaba de recordar, el art. 32 LRJSP exige para que surja la obligación de indemnizar de la Administración que el daño alegado debe ser causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No basta, por tanto, que el reclamante haya sufrido un daño al hacer uso de un servicio público, sino que es necesario que ese daño haya sido producido por su funcionamiento. Tampoco basta que este haya sido defectuoso. Es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad. Para ello, es necesario que el hecho o conducta que se alega como causa del daño pertenezca al ámbito de actividad o funcionamiento del servicio.

3. En el presente expediente, ha quedado debidamente acreditada la realidad del hecho lesivo (caída de la alumna durante el recreo), así como las lesiones padecidas, que constan en los informes médicos presentados por la reclamante, obrantes en el expediente administrativo.

Sin embargo, como bien señala la Propuesta de Resolución, no concurre el necesario nexo de causalidad entre el daño por el que se reclama y el adecuado funcionamiento del Servicio educativo.

Y es que, si bien se atribuye la responsabilidad por el daño a la Administración por la falta de vigilancia debida a la menor, se ha señalado en anteriores ocasiones por este Consejo, respecto de tal deber en los centros educativos, *v.g.* en el Dictamen 363/2017, de 10 de octubre, donde se cita la doctrina consolidada del Consejo sentada, entre otros, en el Dictamen 60/2008, de 26 de febrero:

«El primer dato que debe tenerse en cuenta, pues, es si se trata de una actividad docente y si se cumplía con el deber de vigilancia que los docentes deben prestar sobre sus

alumnos, sobre todo si son menores de edad; más aún cuando la minoría de edad impide el correcto discernimiento de los hechos y el peligro que conllevan. El deber de vigilancia se atenúa con la edad. Cuando se trata de menores de 6 años la vigilancia debe ser la "adecuada" (STSJCV de 28 de mayo de 2004, JUR 23660), siendo simplemente "relativa" a medida que la edad es mayor (Sentencia citada). La vigilancia debe serlo de las "actividades docentes organizadas y dependientes de la Administración educativa" (STSJN de 16 de mayo de 2003, JUR 189047), atemperada a los hechos en razón de un estándar razonable pues es claro que hay hechos que incluso existiendo vigilancia "no siempre (se) pueden impedir (...) al margen de la vigilancia que por parte de los profesores pueda existir" (STSJPV de 28 de abril de 2003, JUR 151072); como dice la STSJA de 25 de enero de 2002 (JUR 147863), son daños "imposible evitar cumpliendo estándares máximos de calidad, de modo que exigir más debe llevar a optar entre el riesgo o el servicio".

Tal razón es la que determina que no existe responsabilidad cuando el daño, por ejemplo, se causa por un "choque fortuito" entre dos compañeros que jugaban un partido de fútbol en presencia de su profesor [al ser un "riesgo connatural al juego" acreditándose que había "vigilancia adecuada", que el profesor en ningún momento permitió "la violencia o la brusquedad" y que el padre del niño nunca manifestó reparo a que su hijo participara en el citado deporte (STSJA, de 1 de julio de 2002, JUR 242651)]; o cuando el daño lo causan unos alumnos a un tercero pese a las advertencias por parte del profesor que los guardaba del riesgo que había, tirar piedras (STSJA de 4 de junio de 2001, JUR 2002/2455); o un tropezón fortuito al descender los alumnos del autobús pues no es posible "impedir la cercanía física de los alumnos en las circunstancias descritas" (STSJPV de 18 de mayo de 2001, JUR 1171).

Hay responsabilidad, por el contrario, cuando los hechos se producen en ausencia de vigilancia -que no coincide con el concepto vigilancia existente pero burlada por el alumno que causa o sufre el daño- o con vigilancia insuficiente o deficiente. Para la valoración de la suficiencia o insuficiencia de la vigilancia se debe estar tanto a la edad de los intervinientes en los hechos (a menor edad, mayor vigilancia) como a las circunstancias de los mismos. Y no es igual el aula o el lugar donde se realiza actividad docente (donde la exigencia de vigilancia y control es máxima por parte del profesor presente, STSJE de 5 de junio de 2004, JUR 40394) que el patio de recreo "donde es más difícil mantener un control más estricto de la actividad de todos los alumnos" (SAN, Sala de lo Contencioso, Sección, 4ª, de 2 de noviembre de 2000, JUR 2001/72790), pero ese control debe existir concretado en la "diligencia precisa y exigible" (STSJCV de 11 de mayo de 1999, RJCA 1999/2871)».

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el presente caso, nos encontramos, en primer término, con una menor que en el momento de los hechos tenía 11 años de edad, y, por ende, el deber de vigilancia sobre la misma no puede ser exigible de igual modo a cuando su edad es notoriamente inferior, no pudiendo «atar» a la menor ni perseguirle sus pasos, limitando con ello su desarrollo personal en el juego.

Pero es que, además, se realizaba una actividad, jugaba a la cogida con sus compañeros, que implica correr uno tras otro, siendo un tropiezo un riesgo inherente al propio juego, que, por otro lado, no implica peligro per se.

No era, por otra parte, una actividad dirigida, controlada o tutelada en un aula o dependencia en la que se realizara una actividad materialmente docente, sino que se trataba de una actividad de tiempo libre, pues era la hora del recreo, lo que atempera el deber de vigilancia, como este Consejo Consultivo ha manifestado en el Dictamen 416/2015, de 13 de noviembre, siguiendo su doctrina reiterada, que:

«En cuanto al funcionamiento del servicio, primeramente, se ha de tener en cuenta lo manifestado al respecto por este Organismo en el Dictamen 60/2008, al que se hace mención en el Proyecto de Orden resolutoria y en el que se afirma que, a la hora de determinar el grado de vigilancia exigible, se ha de atender a varios factores, entre los que se haya la menoría o mayoría de edad del alumno y si el accidente se produjo en las aulas, donde el nivel de vigilancia es máximo o en el patio de recreo donde la vigilancia es más difícil».

Y, en fin, ha de resaltarse que, en este caso, el deber de vigilancia se cumplía con mayor rigor, pues, como se detrae del informe del tutor, se trataba de grupos reducidos «*burbuja*», a consecuencia de la aplicación de las medidas Covid siendo la ratio de alumnos por profesor menor de la habitual, detrayéndose también de aquel informe que la alumna tropezó cerca de él, y, por ende, estando adecuadamente vigilada, sin que pudiera preverse ni evitarse el hecho.

En tal sentido, se señala en la PR:

«De acuerdo con el contenido de los informes obrantes en el expediente, el accidente por el que ahora se reclama se produjo en el periodo de recreo el día 28 de noviembre (debe decir octubre) de 2021. En la citada fecha, se encontraban vigentes las medidas sanitarias de prevención contra el COVID-19. por lo que, el recreo se realizaba en grupos burbuja, integrados por el alumnado de cada clase supervisado por un miembro del profesorado, en este caso concreto la vigilancia la efectuaba el tutor de 6º8 grupo en el que se integra la alumna. Según los datos de matrícula oficial en el curso 2021/2022 la clase de la alumna accidentada estaba compuesta por 22 niños/as. De acuerdo con la normativa en vigor la ratio mínima de vigilancia en el periodo de recreo es de un miembro del profesorado por cada grupo de 60 alumnos/as o fracción en Educación Primaria».

4. Por todo lo expuesto, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, al desestimar la reclamación de la interesada.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad formulada se considera conforme a Derecho por los razonamientos expuestos en el presente Dictamen.