En Logroño, a 30 de noviembre de 2004, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, y D. José M^a Cid Monreal así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

103/04

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura, y Deporte en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. P.C.F., en representación de su hijo P.C.R., por el daño sufrido como consecuencia del accidente escolar ocurrido el día 4 de noviembre de 2003 en el Colegio Público **Vuelo Madrid-Manila**, de Logroño al caerse en el patio y romperse el hueso astrágalo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D. P.C.F., padre del menor P.C.R., de 11 años de edad cuando ocurrió la lesión, presenta reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, mediante escrito en modelo normalizado, de 3 de febrero de 2004, que tiene entrada en el Registro de la Consejería de Educación, Cultura, y Deporte, el 3 de febrero de 2004. La reclamación está motivada por la fractura de cuello de astrágalo de pie izquierdo que se produce el día 4 de noviembre de 2003, a las 16:50, en el patio del C.P. **Vuelo Madrid-Manila**, de Logroño, al caerse al suelo cuando intentaba subir al tejado del gimnasio para coger una pelota. Adjunta la siguiente documentación:

a) Nota manuscrita, parece del interesado, que literalmente dice: ***“Rotura de astrágalo. Ante la mínima experiencia en tratar este tipo de lesión por los profesionales del servicio Riojano de Salud, solicitamos traslado a un Centro donde lo pueda atender un Traumatólogo Infantil, al no concedemos dicho traslado, solicitamos alta voluntaria y nos lo llevamos a Pamplona (CUN) donde lo intervienen al día siguiente. Se adjunta informes médicos y facturas”*** (Folio 2).

- b) Factura de la CUN por estancia del 5.11.2003 a 8.11.2003, correspondiente a la asistencia prestada a P.C.R., por importe de 3.141.77 euros (Folio 5-6).
- c) Otra factura de la CUN por atención ortopedia, por importe de 31.20 euros (Folio 7).
- d) Otra factura de la CUN por revisión ortopedia, por importe de 166,00 euros (Folio 8).
- e) Otra factura de la CUN, por revisión ortopedia, por importe de 173,00 euro, (Folio 9).
- f) Informe médico de alta, de 10.11.2003, del Departamento de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la CUN, donde consta el diagnóstico de “fractura de cuello de astrágalo pie izquierdo y la intervención practicada (reducción y osteosíntesis con dos agujas de Kirschner), (Folio 10)
- g) Informe médico de revisión de 17 de diciembre de 2003 (Folio 11)
- h) Informe médico de revisión de 20 de enero de 2004 (Folio 12).

Segundo

Con fecha 5 de noviembre de 2003 se había enviado a la Secretaría General Técnica de la Consejería –sin que conste fecha de registro de entrada- la “Comunicación de Accidente Escolar”, remitida por el Director del C.P, ***Vuelo Madrid-Manila***. Consta, entre otros extremos, como día del accidente, el “4 de noviembre de 2003” y hora “17:15. Se acompaña informe en hoja anexa. En “Observaciones” consta ***“el accidente se produjo en el patio del colegio fuera del horario lectivo (las clases de la tarde finalizan a las 16:30)”***. En el Informe anexo sobre el accidente consta, entre otros extremos:

“A las 16:30, después de acabar las actividades lectivas de ese día, P.C.R., junto con otros alumnos del colegio...se quedaron en la zona del patio situada junto a la calle Duques de Nájera, jugando a la pelota en una de las paredes del gimnasio.

Hacia las 17:15, Pablo comentó a sus compañeros que iba a subir al tejadillo que hay encima de los vestuarios del gimnasio para recoger algunas pelotas que, según él, sabía que habían ido a parar allí en días anteriores. Los compañeros intentaron disuadirle pero él no hizo caso e intentó trepar por una verja metálica situada en la valla del colegio junto a una de las esquinas del gimnasio. Cuando estaba colgado del borde superior de la verja, situado a unos tres metros y medio de altura, le fallaron las manos y cayó al suelo golpeándose en los talones.

Ante los gritos de dolor, su hermano que también estaba presente, salió corriendo a buscar a su padre que trabaja en un establecimiento cercano y, cuando llegó avisaron al 112 para que viniera una ambulancia. El alumno fue conducido al Servicio de Urgencias del Hospital San Millán donde se le diagnosticó una fractura en el hueso Astrágalo...”

Tercero

Con fecha 5 de febrero de 2004, el Secretario General Técnico de la Consejería comunica al interesado que el 3 de febrero de 2004 ha tenido entrada su reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración que ha dado lugar a la incoación del procedimiento correspondiente, de conformidad con lo establecido en la legislación del procedimiento administrativo común. Consta el registro de salida de 9 de febrero de 2004 y su notificación al interesado el 11 de febrero de 2004.

Cuarto

El 5 de febrero de 2004, la Instructora del procedimiento requiere al Director de C.P. ***Vuelo Madrid-Manila*** informe sobre las circunstancias del accidente, así como si existe seguro escolar que pueda asumir el pago de la indemnización, lo que se notifica el 11 de febrero de 2004.

El requerimiento se cumplimenta ese mismo día, mediante escrito en el, tras señalar que el Colegio no tiene seguro alguno suscrito, transcribe el informe presentado con fecha 5 de noviembre de 2003.

Quinto

El 28 de junio de 2004, y registro de salida de 30 de julio de 2004, la Instructora del procedimiento dirige escrito al Complejo Hospitalario ***San Millán-San Pedro***, notificado el 5 de agosto de 2004, en el que, tras recordar la apertura del procedimiento de responsabilidad patrimonial, solicita confirmen si se solicitó por el reclamante ***“traslado a un centro donde lo pudiera atender un traumatólogo infantil”***, así como ***“informen acerca de la posibilidad y circunstancias del tratamiento que el Servicio Riojano de Salud puede prestar para la sanación de la lesión del menor..., así como acerca de la necesidad o no de que dicho tratamiento se produjera en otro centro médico”***.

Sexto

El 30 de julio de 2004, D. P.C.F., mediante escrito en impreso normalizado, solicita conocer el estado actual de tramitación del procedimiento de responsabilidad iniciado con fecha 3 de febrero de 2004.

Séptimo

El 10 de agosto de 2004, el Secretario General Técnico solicita al Gerente del Servicio Riojano de Salud, ***“se informe acerca de la posible existencia de una reclamación por parte del padre/madre del menor citado a ese Servicio, solicitando el reintegro de los gastos médicos originados como consecuencia de la curación de la rotura del hueso astrágalo de P.C.R. en la Clínica Universitaria de Navarra”***.

Octavo

El 9 de agosto de 2004, notificada el 16 de agosto, la Instructora del procedimiento informa al reclamante sobre el estado de la tramitación de su reclamación, comunicándole que se han solicitado informes al servicio de Traumatología del Hospital ***San Millán*** y al Servicio Riojano de Salud. Le comunica, asimismo, que una vez recibidos los informes se le dará audiencia y continuará la tramitación del procedimiento, con indicación del plazo para resolver y notificar la resolución, superado el cual podrá entender desestimada la reclamación.

Noveno

El 1 de septiembre de 2004, con Registro de Entrada de 6 de septiembre, el Jefe de Servicio de C.O.T, Dr. J.R., informa lo siguiente:

“La gente tiene poca memoria en ciertas circunstancias que los que estamos más fríos. Yo hablé con el padre y le informé de las posibles complicaciones de dicha fractura, por el tipo de fractura que era no por la intervención en sí. No hablamos nada de traslado y lo puse en el parte de quirófano del día siguiente. Cuando llegué por la mañana ya se habían ido. No supe más de este paciente hasta que me indicaron en la Subdirección Médica que hiciera un documento en el que dijera la necesidad del traslado y que yo lo había pedido; me negué por no ser cierto. Que conste que cuando un enfermo no se quiere quedar en mi Servicio, soy el primero en poner los medios para que se vaya, pero en este caso no se habló de traslado conmigo y se fueron sin avisar y sin necesidad según mi criterio”.

Décimo

El 16 de septiembre de 2004, registrado de Entrada el 22 de septiembre, la Jefa del Servicio de Prestaciones del SERIS comunica que D. P.C.F. no ha presentado solicitud de reintegro de gastos alguna.

Undécimo

Mediante escrito de 28 de septiembre de 2004, notificado el 5 de octubre, la Instructora del Procedimiento, da trámite de audiencia y vista del expediente al interesado por plazo de 10 días, con indicación de los documentos que integran el expediente. El 6 de octubre D^a S.R.R., madre del menor P.C.R., comparece y solicita la expedición de diversos documentos del expediente.

Duodécimo

D. P.C.F., mediante escrito de 14 de octubre de 2004, con Registro de Entrada de 19 de octubre, presenta alegaciones en las que da su versión de cómo sucedieron los hechos en cuanto a la solicitud de traslado a otro centro, motivada a su juicio por la falta de experiencia del Servicio en ese tipo de intervenciones, discrepante de la dada por el Jefe del Servicio de COT, así como solicita al Instructor del procedimiento requiera al SERIS detalle el número de intervenciones de rotura de astrágalo realizadas desde 1985 hasta el día 5 de noviembre de 2003.

Decimotercero

El 27 de octubre de 2004, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria apoyada en una doble argumentación: a) la lesión en sí misma se produce sin nexo causal alguna con el servicio educativo, al producirse en el patio del colegio pero fuera del horario lectivo, concurriendo además una conducta imprudente del menor, que no hizo caso de las advertencias para que no subiera de sus propios compañeros, así como de las prohibiciones generales dadas por la dirección del centro, y b). que no concurren los requisitos reglamentarios para proceder al reintegro del gasto producido por la asistencia prestada por una clínica privada, a la que acudieron por libre decisión de los padres.

Decimocuarto

El 27 de julio de 2004, la instructora del procedimiento solicita el informe de los Servicios Jurídicos, que lo emiten en sentido favorable a la propuesta el 11 de noviembre de 2004, insistiendo en parecidos argumentos para desestimar la reclamación.

Decimoquinto

El 11 de noviembre de 2004. la Instructora a la vista del informe favorable de los Servicios Jurídicos formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

Antecedentes de la Consulta

Primero

Por escrito de de noviembre de registrado de entrada en este Consejo el del mismo mes y a o el Excmo Sr Consejero de Educación Cultura y Deporte del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja a través de su Presidente y para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido

Segundo

Mediante escrito de fecha de noviembre de registrado de salida al día siguiente el Sr Presidente del Consejo Consultivo procedió en nombre del mismo a acusar recibo de la consulta a declarar provisionalmente la misma bien efectuada así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

Es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo dispuesto en el artículo 11.g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja (reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública), así como en el art. 12.2.G) de nuestro Reglamento Orgánico (Decreto 8/2002, de 24 de enero). Ese carácter preceptivo resulta, asimismo, del art. 12.1 del Reglamento de los Procedimientos de

Administración Pública en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de 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 y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

Segundo

La responsabilidad de la Administración en el caso sometido a nuestro dictamen.

La singularidad del presente procedimiento tramitado como una reclamación de responsabilidad de la Administración educativa por un accidente escolar (por el lugar donde se produce el hecho dañoso, el patio de un Colegio Público), es que el *petitum* indemnizatorio consiste en el reintegro de gastos derivados de la asistencia prestada por una Clínica privada (la Clínica Universitaria de Navarra, CUN), centro asistencial al que acudieron los padres del menor accidentado, tras solicitar el alta voluntaria en la sanidad pública, al considerar éstos que el Servicio de Traumatología del Hospital *San Millán* no tenía experiencia quirúrgica suficiente para la intervención necesaria, programada para la mañana del 6 de noviembre de 2003.

La propuesta de resolución remitida, avalada por el Informe de los Servicios Jurídicos, distingue acertadamente esta doble problemática y aborda sucesivamente el examen particularizado de la misma. Así, analiza, en primer lugar, la posible existencia de relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de la Administración educativa –que niega-, para, en segundo lugar, examinar si concurren los requisitos del reintegro de gastos producidos por la asistencia médica prestada en una clínica privada.

Estas son, igualmente, las dos cuestiones que sucesivamente analizaremos nosotros.

A) Sobre la inexistencia de responsabilidad de la Administración educativa en el presente caso.

Resulta innecesario reiterar la doctrina de este Consejo Consultivo en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en particular, la derivada por los daños sufridos por los alumnos de los Centros docentes públicos. Esta doctrina ha tenido su plasmación conceptual en los Dictámenes 4, 5, 6 y 7/00, entre otros. En ellos se avanza en la dirección sugerida por el Consejo de Estado de tecnificar los elementos estructurales de la responsabilidad y, en particular, de los criterios de imputación objetiva de responsabilidad a

la Administración, en atención, tanto a los elementos del daño resarcible, cuanto al estudio de la relación de causalidad necesaria para que pueda darse una imputación jurídica a la Administración del hecho dañoso.

En los referidos dictámenes se advierte que no es en la negación de la relación de causalidad con introducción subrepticia del requisito de la culpa, donde radica la solución del creciente incremento de reclamaciones presentadas por los ciudadanos contra la Administración, sino en el correcto discernimiento de los criterios de imputación objetiva. Unos, *positivos* (el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) y otros, *negativos*: plasmados en criterios legales expresos (fuerza mayor; inexistencia del deber jurídico de soportar el daño producido; riesgos del desarrollo), o que pueden inferirse del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal como ha sido aplicado por la jurisprudencia y la doctrina legal del Consejo de Estado (estándares del servicio; distinción entre daños producidos *a consecuencia* del funcionamiento de los servicios públicos y *con ocasión* de éste; el «riesgo general de la vida»; la «causalidad adecuada», etc.).

En el presente caso, es cierto que el accidente se produce en el patio escolar del C.P. *Vuelo Madrid-Manila*, pero concurre un criterio de imputación negativo de responsabilidad puesto que, examinado el relato de hecho concretos, el daño no es *consecuencia del* funcionamiento del servicio educativo, sino que se produce *con ocasión de* este, razón por la que no puede serle imputado a la Administración educativa. En efecto, aunque existe una discrepancia en relación con la hora de producción del accidente (17:15, según la Dirección del centro; y las 16:50, para el padre del alumno), el dato relevante es que el mismo se produce fuera del horario lectivo que concluye a las 4'30, como manifiesta el Director del Centro. Esa discordancia –irrelevante jurídicamente en el caso concreto, como se señala– debe decantarse por la versión del Director del Centro, pues su informe se produce inmediato a los hechos y se comunica el día siguiente, 5 de noviembre 2003, mientras que la versión del padre, se produce, sin más prueba que su afirmación, el 3 de febrero de 2004 y podía haberla aportado con datos de la llamada al teléfono 112 o de la llegada al Hospital.

Y si bien es cierto que la imputación por responsabilidad por daños no puede deslindarse aplicando un automatismo horario rígido (así tanto la Propuesta de Resolución como los Servicios Jurídicos admiten el criterio o modulación en los casos de corta edad de los escolares, pues la imputación se traslada cuando los menores pasan “de las manos de los profesores a las de sus padres o cuidadores”) es patente que en el presente caso se trataba de un menor de once años al que hemos de reconocer cierta autonomía y libertad individual cuando, fuera de ese horario escolar prolonga su permanencia en el recinto escolar, ahora ya sin el obligado control y vigilancia del profesorado.

Y aún debemos matizar la doctrina aplicable a casos como este. El daño no se produce por mal estado de las instalaciones o por permanencia o salida desordenada y tumultuaria de los escolares, sino lisa y llanamente porque el menor que, ignorando las advertencias de sus compañeros e incumpliendo las recomendaciones de organización y funcionamiento del centro de no subir al tejado del gimnasio, realiza una conducta imprudente y se sube a una valla con la pretensión de acceder al tejado del gimnasio para recoger posibles pelotas caídas en días anteriores, con la mala suerte de resbalar de la valla y caer al suelo.

Se trata, por lo tanto, de un evento ligado al acontecer ordinario y normal de la vida diaria en cuya producción no concurre más intervención del servicio público que el haberse producido en las instalaciones del citado centro docente, pero tal suceso dañoso no es “consecuencia” del funcionamiento de los servicios públicos, que cabe explicar como un desgraciado accidente, inherente al “riesgo general de la vida”, favorecido por el riesgo asumido por el menor –imprudente, por ignorar las advertencias y recomendaciones establecidas- que en modo alguno es imputable a la Administración, como correctamente recogen tanto la propuesta de Resolución como el informe de los Servicios Jurídicos, con cita de jurisprudencia y doctrina legal apropiada al caso. No concurren, pues, en el presente caso, elementos causales específicos que puedan vincularse al funcionamiento del servicio público educativo y, por tanto, no existe relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento de este servicio público.

B) Los requisitos para el reintegro de gastos por asistencia sanitaria en instituciones distintas del sistema sanitario público.

El procedimiento para el reintegro de gastos para asistencia sanitaria prestada en Instituciones distintas del Sistema Sanitario Público es un procedimiento administrativo especial regido fundamentalmente por el Decreto 63/95 a que luego aludiremos y, tramitado ante la Administración Sanitaria competente cuya resolución es susceptible de ser recurrida ante la Jurisdicción Social. Sin embargo, ahora no tratamos en rigor de dicho procedimiento sino de la petición de reintegro de gastos por asistencia sanitaria en Instituciones distintas del Sistema Sanitario Público solicitado por el reclamante como una de las partidas indemnizatorias que el mismo reclama de la Administración docente por responsabilidad patrimonial de la misma.

En los Antecedentes de Hecho recogidos consta que el reclamante, como padre del menor accidentado, fue informado –como el mismo admite en su escrito de alegaciones- por el Jefe del Servicio de C.O.T y por el Dr. F, de la gravedad de la fractura y de sus complicaciones (folio 34), diagnosticada correctamente desde el principio (rotura de astrágalo) por la sanidad pública y programada la operación para el 6 de noviembre, según relata el Jefe del Servicio de COT (folio 28).

El reclamante relata en sus alegaciones que la tarde del día 5 de noviembre solicita la presencia del Traumatólogo de guardia, y allí acude el Dr. R.D. al que pregunta, dado que *“había hablado con más Especialistas”*, que le explique *“qué experiencia tenían en este tipo de intervenciones y me contesto que mínima, ante lo cual pregunté que cuál era su concepto de mínimos. A esta pregunta, el Sr. R.D. me dijo que el tipo de rotura que sufrió mi hijo, se producía dos o tres veces al año en España, con lo que la experiencia en realizar el tipo de intervención que requería mi hijo era mínima”*.

Ante esta circunstancia solicita el traslado de su hijo a una Unidad especializada en Traumatología Infantil, a lo que le respondieron –afirma-, que *“no existía ese tipo de unidad, y que en ningún caso se procedería al traslado de nuestro hijo, al practicar este tipo de operación en el ámbito del Servicio Riojano de Salud”*. Ante la negativa, solicita el alta voluntaria el mismo día 5 de noviembre de 2003 y acude a la Clínica Universitaria de Navarra, donde es intervenido.

Con independencia de las afirmaciones tan paradójicas que atribuye al Dr. R.D. (Médico de guardia que firma el alta voluntaria, que no es el Traumatólogo responsable del servicio), sin prueba documental alguna que las confirme y que de ser ciertas, llevarían al absurdo de considerar que ninguno de los Servicios de Traumatología de España tendría experiencia mínima suficiente para realizar esa clase de operaciones (tampoco, en consecuencia, la CUN), dicha afirmación contrasta con la del Jefe de Servicio de C.O.T que afirma que con él nada se habló de traslado y que estaba incluido en el parte de quirófano del día siguiente (6 de noviembre de 2003), dado que la intervención podía realizarse en el SERIS.

Pues bien, son los gastos de la asistencia médica prestada en una Clínica privada los que ahora se reclaman, a lo que no puede accederse, pues no concurren los requisitos legales para ello. En efecto, el reintegro de gastos, como hemos señalado en otros dictámenes anteriores (cfr. DD. núms 28/03 y 63/04) sólo procede en los supuestos de urgencia vital, de conformidad con el régimen general establecido en el art. 5.3 del Decreto 63/1995 (expresamente declarado vigente por la Disposición Transitoria Única de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en tanto no se apruebe el Real Decreto por el que se desarrolle la carta de servicios), que reproduce acertadamente la Propuesta de Resolución y corrobora la jurisprudencia contencioso-administrativa oportunamente citada en la misma. Pero tal supuesto legal de urgencia vital no concurre en el presente caso.

Es cierto que hemos admitido en anteriores dictámenes, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial referida, que cabe admitir el derecho al reintegro de los gastos realizados en aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de error de diagnóstico o denegación injustificada de asistencia, que no concurren en el presente caso, pues la lesión fue diagnosticada correctamente y tampoco hubo

denegación de asistencia, pues la intervención se podía realizar en la sanidad pública, si bien al solicitar el alta voluntaria y trasladarse a la privada, el reclamante impidió, por decisión libre, que la operación se practicara dentro del SERIS.

Cuarto

Observaciones formales.

En la tramitación del procedimiento no consta justificación documental alguna que explique por qué no se ha practicado actuación instructora alguna entre la comunicación de inicio practicada el 5 de febrero de 2003 y la siguiente actuación que tiene lugar el 28 de junio, y Registro de Salida el 30 de julio de 2004). Esa inactividad administrativa carece de explicación suficiente y si, como parece presumible, se han realizado indagaciones telefónicas acerca de las actuaciones médicas conexas, debe dejarse nota suficiente en el expediente.

CONCLUSIONES

Única

No existe relación de causalidad entre la producción de los daños sufridos por el menor en cuya representación se reclama y el servicio público educativo de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Dichos daños no son objetivamente imputables a la Administración educativa, por lo que es ajustada a Derecho la desestimación de la reclamación, y no procede, en consecuencia, tampoco el reintegro de los gastos realizados en la clínica privada, al no concurrir riesgo vital para el accidentado, siendo enteramente libre la petición de alta voluntaria para abandonar la sanidad pública, pues no ha existido error de diagnóstico ni denegación injustificada de asistencia.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.