



Doña Beatriz DÍAZ MADRERA recibiendo el 2.º Premio «Estudios Financieros»

## BEATRIZ DÍAZ MADRERA

*Doctora. Abogada, Jefa de Área de Derecho Administrativo de Junceda&Medina. Abogados*

Este trabajo ha obtenido el 2.º Premio Estudios Financieros 2006 en la Modalidad de **DERECHO ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Mariano BACIGALUPO SAGESSE, doña Carmen CHINCHILLA MARÍN, don Germán FERNÁNDEZ FARRERES, don Luis MARTÍNEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, doña Olga MELLA PUIG y don José Ramón PARADA VÁZQUEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

**Extracto:**

La finalidad del presente trabajo es ofrecer una visión global acerca de la responsabilidad por lesiones padecidas por alumnos dentro del contexto del servicio público de la educación, cuando éste o determinadas actividades que forman parte del mismo, son objeto de contratación con sujetos privados. En rasgos generales, las cuestiones a examinar son: a) Cuál es la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones; b) Si el régimen sustantivo aplicable es el previsto de forma genérica para las lesiones derivadas del funcionamiento de los servicios públicos, esto es, el regulado en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) o, por el contrario, deben observarse en estos supuestos las normas específicas sobre responsabilidad de los contratistas recogidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Todo ello dependerá del título en que se pretenda fundar la responsabilidad, esto es, respectivamente, en el deficiente ejercicio de las competencias atribuidas a la Administración en materia educativa o en el carácter contractual de la institución; y c) Cuáles son los efectos que conlleva adoptar uno u otro posicionamiento.

---

## *Sumario:*

---

1. La responsabilidad de los concesionarios y contratistas de la Administración.
2. Servicios complementarios de comedor y transporte escolar.
3. Los conciertos escolares.
  - 3.1. Naturaleza jurídica del concierto.
  - 3.2. Las modalidades de intervención pública en los centros concertados.
  - 3.3. Conclusiones en torno a la responsabilidad.

### Bibliografía.

## 1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Son varios los interrogantes que se vienen formulando desde que la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) incorporó a su contenido la responsabilidad de los concesionarios de la Administración, materia hasta ese momento ajena a la esfera administrativa, regulada por normas civiles, y sometida a la jurisdicción de la misma índole. La ubicación de la cuestión en esta norma administrativa, en su artículo 121, que inaugura el régimen de responsabilidad objetiva y directa de la Administración, y la remisión a los procedimientos desarrollados en la misma, empiezan a suscitar dudas sobre la aplicación de aquel régimen (sustantivo y procesal) a los daños derivados del servicio concedido, dudas que distan de ser aclaradas por las normas posteriores que se ocupan del tema.

En lo relativo a la imputación del daño, no existe un criterio unánime acerca de si aquél ha de imputarse directamente al concesionario o es la Administración quien responde de los mismos, sin perjuicio de la ulterior exigencia de responsabilidad al concesionario o contratista gestor del servicio.

El artículo 121.2 de la LEF establece la responsabilidad del concesionario, salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración, de ineludible cumplimiento para éste, por lo que parece desprenderse del mismo que la lesión se imputa directamente al concesionario salvo en el caso excepcional previsto.

Esta conclusión se deduce, asimismo, del artículo 97 del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la LCAP, que viene a reiterar lo establecido en la LEF respecto a los contratistas de la Administración: «Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes». Y añade que «también será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación».

La imputación directa del daño al concesionario o contratista de la Administración fue la tesis mantenida por un sector doctrinal mayoritario. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que los daños pro-

ducidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente sino a ellos mismos, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste <sup>1</sup>. Y tal imputación no es posible porque, como han señalado BOCANEGRA SIERRA y MUÑOZ MACHADO <sup>2</sup>, los concesionarios y contratistas de la Administración no se integran en la organización propia de aquélla por lo que su régimen jurídico es específico y distinto al de los funcionarios de la Administración.

Sin embargo, para otra parte de la doctrina, encabezada por GONZÁLEZ NAVARRO <sup>3</sup>, la Administración es la que responde directamente del daño frente al particular, sin perjuicio de la posibilidad de repetir posteriormente contra el contratista. Así se ha interpretado al amparo de la LEF y ésta es la tesis dominante en la doctrina consultiva y la jurisprudencia.

El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 1459, de fecha 10 de marzo de 1994, bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado, cuyo artículo 72 era coincidente con el artículo 97 de la LCAP, decía:

«El Consejo tiene que destacar en este caso, como lo ha hecho en otras ocasiones paralelas, que la responsabilidad objetiva de la Administración (art. 106 Constitución) tiene por finalidad resarcir al particular lesionado en su derecho o intereses patrimoniales legítimos de un modo rápido y eficaz, concorde con el principio de eficacia antes citado. Ello naturalmente sin perjuicio de las llamadas acciones o reclamaciones de repetición, en las que se dilucidarán los auténticos responsables últimos del evento lesivo a los particulares. Éstos no tienen, en efecto el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño, pues deben haber sido ya resarcidos de la minoración patrimonial sufrida. Dicho en otros términos, al particular debe dejarle indiferente quién, dentro de la Administración en un sentido amplio (incluido el contratista o el concesionario) es el responsable o a qué partida presupuestaria (en respeto del principio de especialidad presupuestaria) debe imputarse la indemnización pertinente. A todos estos fines y a esta perspectiva atendió en su día, y atiende en la actualidad el principio de la responsabilidad objetiva de la Administración (art. 106.2 Constitución).»

También lo ha entendido así el Tribunal Supremo. En Sentencia de 11 de febrero de 1997 <sup>4</sup> sostiene el Alto Tribunal que «la Administración será responsable frente al actor con independencia de la responsabilidad que pudiera alcanzar a la empresa contratista, que no responde directamente frente al damnificado y contra la cual, en su caso, pudiera repetir la Administración».

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, ed. Civitas, 8.ª edic., Madrid, 2003, pág. 397, posición compartida por GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ed. Civitas, 2.ª edic., Madrid, 2000, págs. 211 y 212.

<sup>2</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», *REDA*, núm. 18, 1978, pág. 340; MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, ed. Civitas, 2.ª edic., Madrid, 1998, págs. 128 y ss.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976.

<sup>4</sup> Arz. 897.

Esta obligación de la Administración de responder directamente de los daños causados por el contratista, para sus defensores, encuentra su fundamento en la naturaleza objetiva de la responsabilidad, que hace que su finalidad sea el resarcimiento rápido de todo particular lesionado. «Cuestión distinta sería la distribución o asunción de riesgos en el seno de la relación bilateral existente entre la Administración y contratista, que puede dar paso a la posible repetición de la primera frente al segundo»<sup>5</sup>.

De esta forma queda zanjado el segundo tema en controversia; el relativo al fundamento de la responsabilidad de los concesionarios y contratistas, es decir, a si esta responsabilidad es la propia del Derecho civil, cuyo fundamento se halla en la culpa del sujeto causante del daño, o bien el régimen de responsabilidad objetiva establecido para la Administración. Si los daños son imputables a la Administración, la indemnización se exigirá de acuerdo con las normas específicas sobre responsabilidad patrimonial. Sin embargo, como venimos sosteniendo, no puede afirmarse la responsabilidad directa de la Administración, sin que ello sea óbice a la aplicación del régimen objetivo y es que la modalidad en que la Administración gestione el servicio (de forma directa o indirecta) no debe afectar a las garantías que el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición de los particulares<sup>6</sup>.

La tercera gran cuestión que se proyecta en este campo es la de la jurisdicción competente para conocer de este tipo de reclamaciones. El artículo 123 de la LEF precisa que «cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso». Por tanto, siempre que se produzca un daño en el desarrollo del servicio concedido es la vía administrativa la adecuada para conocer de las reclamaciones de responsabilidad que se efectúen por el dañado, contra cuya resolución se interpondrá recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta norma se mantiene vigente con la aprobación de la LRJPAC, que no regula la responsabilidad cuando el servicio público es concedido o contratado con sujetos privados. Por su parte, el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad dispuso que «se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios». Este artículo vuelve a oscurecer el tema.

<sup>5</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja núm. 59, de 18 de diciembre de 2000.

<sup>6</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», *DA*, núms. 237-238, 1994, pág. 217.

En él se regulan los procedimientos a seguir en los casos de daños causados por contratistas de la Administración e incorpora ciertas variaciones respecto a regulación de la LEF, ya que parece declarar la aplicación de los procedimientos administrativos únicamente en el supuesto excepcional de que los daños «sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma».

La LCAP vuelve a ocuparse de la materia y lo hace en términos no del todo coincidentes con los de la LEF por lo que algunos consideran que deroga implícitamente los preceptos de ésta. El artículo 98 de la ley no sólo no aclara las imprecisiones en la materia sino que añade nuevos inconvenientes.

- «3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.»

La doctrina ha formulado diversas objeciones respecto al artículo en cuestión. En primer lugar, el carácter facultativo con que se regula el requerimiento al órgano de contratación da un paso atrás respecto al contenido de las disposiciones de la LEF. En segundo lugar, la referencia al plazo de prescripción de la «acción civil» deja entrever que los particulares que reclamen frente al contratista lo harán en la vía civil, con aplicación de la normativa propia de la misma. Esto es lo mismo que sugiere el número 4 del artículo cuando dispone que el procedimiento a seguir será el establecido en la legislación aplicable, dando a entender, por tanto, la procedencia del cauce civil si se reclama frente al contratista (acción civil) y la administrativa si la responsable es la Administración <sup>7</sup>.

El artículo 97 de la LCAP, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, mantiene la redacción del precepto en términos muy similares a los empleados por su predecesora, con una salvedad; elimina la referencia a la acción civil al afirmar la interrupción del plazo de prescripción de la acción por el ejercicio de la facultad de requerir al órgano de contratación.

Caben dos interpretaciones a este precepto. La primera sería pensar que la conveniencia unificadora de la competencia jurisdiccional y el procedimiento manifestada en la LRJPAC, haya motivado al legislador para excluir la alusión expresa a la acción civil y abrir paso para que las reclamaciones se encaminen a la vía administrativa. En base a una segunda interpretación, el motivo de la nueva redacción sería admitir la interrupción del plazo de prescripción tanto de la acción civil, entablada contra el contratista, como de la administrativa, ejercitada contra la Administración cuando se den los supuestos contemplados en el número 2 del mismo artículo. La primera postura no nos parece

<sup>7</sup> Sobre estas cuestiones, SERRERA CONTRERAS, P.L.: «La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado», *RAAP*, núm. 23, 1995, pág. 16 y CUETO PÉREZ, M.: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 321 y ss.



sostenible pues parece evidente la pretensión de la norma de mantener la dualidad de regímenes al continuar remitiendo su apartado 4.º al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto. Además, aun poniéndonos en el caso de que se hubiera querido adoptar una postura permisiva en el sentido de acceder al ejercicio de la acción administrativa también frente al contratista, las consecuencias serían igualmente censurables ya que se estaría estableciendo una facultad de opción en favor del tercero lesionado. Si ya no se hace mención a la acción civil, tampoco se dice expresamente que la acción a ejercitar sea la administrativa, con lo cual la decisión sobre la acción a ejercitar corresponde al dañado lo que puede desembocar en el peregrinaje de jurisdicciones, con el eventual riesgo de sufrir la prescripción de sus derechos <sup>8</sup>.

Por tanto, al amparo de esta normativa subsisten los mismos problemas que se habían planteado bajo la vigencia de la Ley de Contratos de 1995. Se mantiene el carácter facultativo del requerimiento al órgano de contratación para que se pronuncie sobre la responsabilidad de forma que las reclamaciones se sustanciarán por la vía civil o administrativa dependiendo de la naturaleza de la acción ejercitada.

Las imprecisiones y falta de claridad de las normas en la materia no permiten extraer unas conclusiones rotundas sobre las soluciones que la ley pretende aportar a las distintas cuestiones que quedan planteadas. Lo que sí hemos de poner en evidencia es la necesidad de que la unidad jurisdiccional instaurada por la LEF, mantenida por el legislador en la LRJPAC, rota por la Ley de Contratos de 1995 y hacia la que avanza tímidamente LCAP de 2000, alcance su efectiva consolidación, así como la conveniencia de que las normas administrativas sean aplicadas, esto es, que la responsabilidad de los concesionarios y contratistas sea interpretada como una responsabilidad objetiva. Lo contrario significaría un menoscabo de los derechos de los particulares y una diversificación en las garantías que la ley les ofrece dependiendo de qué sujeto preste el servicio lo cual no es, en ningún modo, admisible, puesto que podría dar lugar a una vulneración del derecho constitucional a la igualdad. Además, esto último debe efectuarse sin necesidad de extremar las interpretaciones, a base de destruir las categorías propias de la responsabilidad de la Administración, operando en contra de un «título de imputación básico» <sup>9</sup> con la pretensión de trasladar a la Administración los daños causados por sujetos que actúan *desde fuera* de su organización <sup>10</sup>.

## 2. SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE COMEDOR Y TRANSPORTE ESCOLAR

El artículo 4.1 del Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, por el que se regulan las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios

<sup>8</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, núm. 103, de 2 de octubre de 2001.

<sup>9</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», *op. cit.*, pág. 403.

<sup>10</sup> Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, «no conviene que nuestro Derecho de ni un solo paso atrás en las garantías conseguidas para los patrimonios y los demás derechos de los ciudadanos. Pero tampoco valen las soluciones simplistas, que desmontan las técnicas con las que actúan los poderes públicos y los desbarolan inútilmente», *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, *op. cit.*, pág. 129.

de los centros concertados, enumera como servicios complementarios los de «comedor, transporte escolar, el gabinete médico o pedagógico o cualquier otro de naturaleza análoga».

Puesto que los servicios complementarios forman parte del servicio público educativo, las lesiones que se deriven de su prestación reciben el mismo tratamiento que las producidas en el desarrollo de actividades escolares, extraescolares y complementarias, rigiéndose por los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, es decir, por el sistema de responsabilidad objetiva y directa de la Administración.

No obstante, y centrándonos en los servicios de comedor y transporte que son los que, hasta el momento, han dado lugar a reclamaciones de responsabilidad de la Administración, las normas reguladoras de cada uno de ellos permiten que sean gestionados de forma indirecta.

Así, la Orden de 24 de noviembre de 1992, por la que se regulan los comedores escolares, en su artículo 4, admite las siguientes formas de gestión del servicio:

- «a) Mediante concesión del servicio a una empresa del sector.
- b) Contratando el suministro diario de comidas elaboradas y, en su caso, su distribución y servicio con una empresa del sector.
- c) Gestionando el centro, directamente, el servicio por medio de personal laboral contratado al efecto por el órgano competente, adquiriendo los correspondientes suministros y utilizando sus propios medios instrumentales.
- d) Concertando el servicio con los respectivos Ayuntamientos que estén interesados en ello, a cuyo efecto se formularán los oportunos convenios con el Ministerio de Educación y Ciencia que podrían tener cabida dentro de marcos de cooperación más amplios, si ello fuera así acordado.
- e) A través de conciertos con otros establecimientos abiertos al público, Entidades o Instituciones que ofrezcan garantía suficiente de la correcta prestación del servicio.»

El apartado 2 del mismo artículo establece la preferencia de las formas de gestión establecidas en las letras a) y b), la concesión o el contrato con empresas privadas y sólo cuando por falta de ofertas o de idoneidad de la empresa ello no sea posible, se acudirá a la gestión directa y, excepcionalmente, a la concertación del servicio con otros establecimientos públicos o entidades. Por tanto, en relación con este servicio no sólo se admite la posibilidad de gestión indirecta sino que esta modalidad de gestión se convierte en la norma general.

Pues bien, si la regla general es que el servicio de comedor sea prestado en régimen de gestión indirecta, lo mismo ocurre con el transporte escolar cuya prestación directa por parte de la Administración educativa es difícilmente imaginable. El Real Decreto de 11 de julio de 1986, sobre actividades escolares, extraescolares y complementarias y servicios complementarios de los centros



concertados, hoy derogado <sup>11</sup>, contemplaba las modalidades de gestión del servicio de transporte escolar en los siguientes términos:

«Artículo 13. Los Centros concertados podrán establecer el servicio de transporte escolar tanto en régimen de gestión directa como en régimen de concesión del servicio de carácter mercantil...»

Estas previsiones normativas tienen consecuencias en el régimen de responsabilidad, ya que la Administración educativa será responsable únicamente en el caso de que el daño se hubiera producido durante la realización de la actividad contratada o concedida cuando el contratista o concesionario actúe acatando órdenes o directrices marcadas por la propia Administración.

En la práctica, no se han establecido pautas claras de actuación en relación a los daños acaecidos en la realización de estas actividades contratadas. En estos casos, al igual que ocurre cuando el servicio es objeto de prestación directa por la Administración, domina el casuismo, en la voluntad de favorecer la reparación de ciertos daños y excluir otros de la indemnización, al margen de la normativa vigente.

Si el daño tiene lugar durante la prestación del servicio de comedor escolar por la empresa contratista o bajo la vigilancia de las personas contratadas por la misma al efecto, el Consejo de Estado considera que deben ser imputados a la Administración cuando los lesionados son terceros ajenos al servicio. Esta doctrina está contenida, por ejemplo, en el Dictamen núm. 3248, de 26 de octubre de 2000. El suceso se produjo durante el horario de comedor escolar, en presencia de las monitoras contratadas por la empresa de comedor cuando tres alumnos arrojaron una piedra a través de la verja, rompiendo la luna delantera de un coche que estaba aparcado en la calle. La Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Cultura propuso la desestimación de la reclamación al entender que «el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido queda roto por la presencia de las monitoras responsables de la vigilancia de los menores al tratarse de personas dependientes de la empresa contratada al amparo de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas». Sin embargo, el Consejo de Estado entiende que los hechos guardan la necesaria relación causal con el servicio público docente, «ya que con independencia de que existiera una empresa encargada del servicio de comedor, la Administración educativa es la última y superior responsable de la vigilancia y disciplina en los centros públicos, y, en consecuencia, debe responder de los eventuales daños causados por los alumnos» <sup>12</sup>.

Si los lesionados son alumnos del centro, las facultades administrativas superiores en orden a la vigilancia de los menores por parte de la Administración no justifican el traslado de la responsabilidad. Esta postura se desprende del Dictamen núm. 1204, de 16 de mayo de 2002. Un grupo de niños y niñas de la misma clase estaban jugando en el patio. Una de las niñas se enfada y lanza una piedra a un niño ocasionándole la rotura de un diente incisivo superior. Para el Consejo de Estado los hechos

<sup>11</sup> El Real Decreto 1694/1995, que sustituye a esta norma, no contempla los modos de gestión del servicio complementario de transporte. A falta de norma específica en el sector, sería aplicable la normativa administrativa genérica (art. 156 LCAP).

<sup>12</sup> Análoga conclusión se alcanza por el Consejo en el Dictamen núm. 2706, de 18 de octubre de 2001.

relatados «no permiten apreciar el título de imputación que es adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, ya que los alumnos estaban en el recreo de comedor bajo la vigilancia de una empresa privada que había asumido las funciones de vigilancia, contratando al efecto un seguro de responsabilidad civil al efecto. Por tanto, la responsabilidad que, en su caso, pudiera derivarse de los hechos que sirven de base a la presente reclamación no puede imputarse a la Administración educativa autonómica sino, en todo caso, a aquella empresa, que era la encargada de la guardia y custodia de los alumnos»<sup>13</sup>.

Por otra parte, el Consejo de Estado se ha referido a los daños ocasionados por el transporte escolar rechazando la imputabilidad de los mismos a la Administración. En el Dictamen núm. 1955, de 25 de julio de 2002, el órgano consultivo afirma que «este transporte de escolares por cuenta de la Administración no permite llegar a la desproporcionada conclusión de que la empresa contratista pueda entenderse integrada en la organización administrativa ni tampoco pueden sus actos imputarse al servicio público educativo».

En suma, respecto de las actividades mencionadas, caben varias interpretaciones acerca del fundamento de la responsabilidad dimanante de los daños acaecidos en desarrollo de las mismas, sobre las cuales no se ha ofrecido hasta el momento una visión unitaria y clarificadora.

Una primera opción consiste en sostener, como se ha expuesto, una responsabilidad extracontractual, fundada en las competencias que la Administración ostenta en materia educativa y que derivarían en la directa aplicación de las reglas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, contenidas en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la LRJPAC.

Como segunda posibilidad, en nuestra opinión, más acorde con la normativa administrativa, la responsabilidad de la Administración no ha de ser considerada al margen del contrato. La empresa contratista, a los presentes efectos, de los servicios complementarios de comedor y transporte cuenta, generalmente, con un personal encargado de la vigilancia durante la prestación de los servicios aludidos. Dicho personal, dependiente exclusivamente de la empresa contratista, es decir, no integrante de la organización administrativa, tiene encomendada, reiteramos, en virtud de contrato, la vigilancia de los menores durante los períodos en que se desarrollan las actividades expresadas, de la que ha de responsabilizarse, imputación que sólo decae a favor de la Administración cuando la actuación haya sido desarrollada bajo el mando de ésta. De ello deriva el gran problema a que se enfrenta este segundo posicionamiento; la dificultad de responsabilizar a una empresa de carácter privado por daños derivados de accidentes, esto es, de aquellos que no sean consecuencia de un incorrecto ejercicio del deber de vigilancia adquirido. Si bien esta solución no está prevista para sujetos ajenos a la organización administrativa, es imprescindible su reconocimiento, extremo este sobre cuya necesidad, así como la de trasladar esta materia al ámbito de conocimiento de los órganos administrativos, en primer lugar, y de la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez agotada dicha vía, insistimos a lo largo de este estudio, a la vista de la injustificada merma patrimonial que la prestación indirecta de los servicios de comedor y transporte podría suponer para el dañado.

<sup>13</sup> Dictamen núm. 3036, de 4 de octubre de 2000 y Dictamen núm. 2169, de 27 de septiembre de 2001.

### 3. LOS CONCIERTOS ESCOLARES

El modelo educativo español diseñado por la Constitución de 1978 (art. 27.6) se caracteriza por la coexistencia de centros públicos y privados. Son centros públicos aquellos cuyo titular sea un poder público (Administración Central, Autonómica o Local) y privados los que el titular sea una persona física o jurídica de carácter privado (art. 64.2 LOCE). Las consecuencias prácticas de esta dualidad son importantes para el objeto de nuestro estudio puesto que los daños, según el ámbito en que se produzcan, estarán sometidos a una específica regulación.

Pues bien, al lado de los centros privados en sentido estricto existen otros, los centros concertados, que constituyen un híbrido de los anteriores al ser de titularidad privada pero sostenidos con fondos públicos (art. 64.3 LOCE) y cuyo régimen jurídico, cercano a los de los centros públicos, es necesario observar por las incidencias que podría tener sobre la responsabilidad.

#### 3.1. Naturaleza jurídica del concierto.

Para hacer una aproximación al régimen de responsabilidad aplicable a los centros concertados vamos a empezar por referirnos a la cuestión de su naturaleza jurídica. Los conciertos, en general, vienen siendo calificados como contratos públicos. Así lo hace la LCAP, que recoge entre las figuras contractuales de la Administración el «concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate» [art. 156 c)].

En particular, los conciertos educativos no constituyen una alteración de lo anterior y su naturaleza jurídica contractual se deja ver en nuestras normas. El Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, en su Exposición de Motivos, se refiere al concierto como «el instrumento jurídico preciso para aquellos centros privados que desean impartir la educación básica en régimen de gratuidad, satisfaciéndose así en los niveles obligatorios y gratuitos, el derecho a la educación, así como a escoger, sin discriminación alguna, centro docente distinto a los creados por los poderes públicos». Este instrumento jurídico utilizado por la Administración para el cumplimiento de su deber constitucional no es otro que un contrato, tal y como se desprendía del derogado artículo 48.1 de la LODE y se deduce del artículo 75.3 de la LOCE, al referirse ambos a «los derechos y obligaciones recíprocas» de las partes. También el Reglamento de Conciertos, en su artículo 34.3, hace una calificación expresa de los gastos como contraprestación de la Administración por los servicios educativos concertados con los centros privados.

La doctrina ha proclamado la naturaleza contractual del concierto educativo<sup>14</sup>, al que se ha definido como un «cauce contractual», al concurrir en él los tres elementos esenciales de toda

<sup>14</sup> ROMEA SEBASTIÁN, A.: *Régimen jurídico de los centros concertados*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 111.

relación jurídica<sup>15</sup>, o como un «acto de base negocial», concluido por la Administración y el titular del centro.<sup>16</sup>

La jurisprudencia ratifica esta interpretación en los siguientes términos:

«Los conciertos educativos tienen, en efecto, la naturaleza de convenio mediante el cual la Administración asume determinados compromisos (en esencia, asignar fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados) y estos últimos, por su parte, se comprometen a impartir gratuitamente las enseñanzas correspondientes, de acuerdo con las normas académicas, planes y programas educativos que sean de aplicación<sup>17</sup>.»

El concierto «genera, pues, obligaciones recíprocas, de modo que la asunción por parte de los poderes públicos de los costes que para el titular del centro supone la enseñanza no es sino la contraprestación que realiza la administración a cambio de la prestación del servicio educativo por parte de dicho titular»<sup>18</sup>.

Nos hallamos, pues, ante un contrato público<sup>19</sup> entre la Administración y el titular privado del centro, por el cual aquélla financia con fondos públicos la enseñanza durante los períodos obligatorios y el particular se compromete a la prestación del servicio público de la educación en condiciones de gratuidad, adquiriendo compromisos y obligaciones que lo colocan en un status jurídico similar al de los centros públicos de forma que, aun cuando estos centros gozan de ciertas características propias de los centros privados, conservando su titular el derecho a definir el carácter propio del centro, el interés público que se encuentra en la base en la educación y que justifica su construcción como servicio público no deja de estar latente<sup>20</sup>. Ésta es la idea que sugiere de la regulación de la LODE. Por su parte, la LOCE, que incluye ciertas modificaciones encaminadas a ampliar la autonomía de estos centros, mantiene el esquema básico de las facultades otorgadas por la LODE al Estado y las Comunidades Autónomas lo que es muestra de que mantiene el reconocimiento de la enseñanza concertada como servicio público.

<sup>15</sup> DE LOS MOZOS TOUYA, I.: *Educación en libertad y concierto escolar*, ed. Montecorvo, Madrid, 1995, págs. 310 y ss. Explica la autora que el contenido, formado por el nexo causal o mutua dependencia de las prestaciones, los sujetos intervinientes y fin del concierto (la gratuidad de la educación en centros privados), permiten caracterizarlo como contrato público a favor de terceros.

<sup>16</sup> «El acuerdo de voluntades, es decir, el sustrato negocial de los conciertos constituye el soporte jurídico del mismo, lo cual supone que una vez firmado por ambas partes, su contenido vincula a las mismas con el alcance jurídico que todo pacto que no sea contradictorio a la norma legal y reglamentaria implica», AGOÚES MENDIZÁBAL, C.: *El régimen jurídico de los centros docentes de enseñanza no universitaria*, ed. Comares, Granada, 2000, pág. 109.

<sup>17</sup> STS de 13 de julio de 2001, Arz. 6910.

<sup>18</sup> STS de 15 de noviembre del 2000, Arz. 8906.

<sup>19</sup> El carácter público del contrato es la razón por la que se atribuye a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las cuestiones derivadas de él (STS de 15 de noviembre del 2000).

<sup>20</sup> Ésta es la opinión de DÍAZ LEMA, J.M., para quien el concepto de servicio público daría cobertura a una serie de vinculaciones jurídico-públicas en los centros concertados prácticamente igual al vigente en los centros públicos, siendo la concepción objetiva del servicio público el soporte de dicha afirmación, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 101.

### 3.2. Las modalidades de intervención pública en los centros concertados.

A los poderes públicos se les dota de una serie de competencias sobre los centros concertados, unas ejercidas de forma directa y otras de forma indirecta mediante la integración de la Administración en la propia organización escolar, a través de las cuales ejerce un fuerte control sobre el funcionamiento de los centros por ella financiados. En este apartado, trataremos de exponer cuáles son las principales facultades de la Administración sobre los centros concertados, muestra de la aceptación de la integración de la enseñanza concertada en la noción de servicio público.

En primer lugar, y como característica sustancial a la titularidad privada, la apertura de estos centros está condicionada por la previa autorización administrativa. Ya hemos dicho que se trata de una actuación reglada, de manera que el centro será autorizado cuando se verifiquen los requisitos exigidos por la ley conservando la Administración la facultad de revocarla cuando esas condiciones dejen de cumplirse. Pueden acogerse al concierto tanto los centros privados en funcionamiento como aquellos otros que en el momento de su creación opten por esta vía. Estos últimos, solicitarán el concierto al inicio del procedimiento de autorización administrativa (art. 28 RD 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos).

Una vez formalizados los conciertos, para dar cumplimiento al principio de publicidad, deberán ser inscritos en el registro de centros de la Administración educativa competente (art. 27.1), haciendo constar la condición de concertados (art. 18.1). Además, este artículo en su número 2 establece otra exigencia de publicidad y es que en ella conste el carácter propio de los mismos poniéndolo en conocimiento de la comunidad escolar y, en su caso, de las autoridades competentes.

Por otra parte, los aspectos básicos de la enseñanza deberán ser uniformes para todo el territorio de actuación del Ministerio de Educación y Ciencia por lo que fijará las «enseñanzas comunes»<sup>21</sup> correspondientes a cada nivel así como las horas que deben emplearse para su impartición.<sup>22</sup> De acuerdo con esto último, hay que decir que aun cuando se reconoce la autonomía para establecer servicios y actividades complementarias y extraescolares, no podrá hacerse con menoscabo del horario lectivo establecido por el Ministerio de Educación y Ciencia para cada uno de las etapas o niveles educativos.<sup>23</sup> Es también atribución del Ministerio la elaboración anual del calendario escolar de los centros, que incluirá los períodos de vacaciones, la supervisión de los libros de texto y otros materiales curriculares,<sup>24</sup> así como las demás condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales válidos en todo el territorio español.

<sup>21</sup> Término empleado por la LOCE en sustitución de las «enseñanzas mínimas».

<sup>22</sup> A los contenidos de las enseñanzas comunes les corresponde en todo caso el 55 por 100 de los horarios escolares en las Comunidades Autónomas que tengan, junto con la castellana, otra lengua propia cooficial y el 65 por 100 en el caso de aquellas que no la tengan (art. 8.2 LOCE, párrafo segundo).

<sup>23</sup> Artículo 5.2 del Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre.

<sup>24</sup> Real Decreto 1744/1998, de 30 de julio, sobre uso y supervisión de libros de texto y demás material curricular correspondiente a las enseñanzas de régimen general.

Es facultad genérica de la Administración la inspección sobre todo tipo de centros, servicios y actividades que integran el sistema educativo, sean públicos o privados, con el fin de evitar incumplimientos y mejorar el sistema educativo y la calidad de la enseñanza (art. 102 LOCE), potestad que puede traducirse en la imposición de sanciones, cuestión que será examinada más adelante.

Al igual que los públicos estos centros están sujetos a las reglas dictadas por la Administración en el ejercicio de sus facultades de programación. El sector público (Estado y Comunidades Autónomas) tiene encomendada la función de programar la enseñanza en su doble vertiente: una programación general de tipo económico por la que definirá las necesidades prioritarias en materia educativa, fijará los objetivos de actuación del período que se considere y determinará los recursos necesarios de acuerdo con la planificación económica general del Estado (art. 27.1 LODE); y una programación específica (planificación) de puestos escolares de nueva creación en los niveles gratuitos, que deberá tener en cuenta en todo caso la oferta existente en centros públicos y concertados (art. 27.3 en la redacción dada por la LOCE, disp. final primera). Dicha programación comprende los "puestos escolares gratuitos" (art. 72 LOCE) lo que equivale a decir que es objeto de programación, tanto la enseñanza pública como la concertada<sup>25</sup>. Para ello, y en desarrollo del artículo 27.5 de la Constitución, se prevé la participación en la programación de los sectores afectados a través de los correspondientes órganos colegiados.

Además, los centros concertados, y es previsión común a todo tipo de centros, tendrán que respetar los requisitos mínimos sobre titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares, establecidos reglamentariamente por el gobierno con el fin de que las enseñanzas sean impartidas en garantía de calidad (art. 14 LODE), en los términos aludidos al estudiar la consideración de la enseñanza pública como servicio público. El artículo 16 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, recoge dos obligaciones específicas de los titulares de los centros concertados. En primer lugar, por medio del concierto, el titular del centro se obliga a tener en funcionamiento el número total de unidades escolares correspondiente al nivel o niveles de enseñanza objeto del concierto<sup>26</sup>. En segundo lugar, el titular deberá mantener una relación media alumnos/profesor por unidad escolar no inferior a la que la Administración señale, teniendo en cuenta la existente para los centros públicos de la comarca, municipio o, en su caso, distrito en que esté situado el centro. Esto significa que sólo cuando el centro tenga la ratio adecuada podrá suscribir el concierto y no podrá bajar de esa ratio a lo largo de la vida de aquél<sup>27</sup>, ya que de

<sup>25</sup> DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, op. cit., pág. 128.

<sup>26</sup> Esta exigencia ha sido precisada por el Tribunal Supremo entre otras, en la Sentencia de 15 de noviembre de 2000. En el asunto sometido al conocimiento del Tribunal, el titular del centro, a pesar de haber suscrito el concierto con la Administración para 5 unidades de EGB, únicamente tenía en funcionamiento 4. Argumenta la Sala, haciendo una interpretación literal del artículo 16 del citado Decreto, que el concierto obliga no a tener disponibles (en función de las expectativas de un aumento en las matrículas del centro) sino «a tener en funcionamiento» el número total de unidades escolares concertadas, por lo que el incumplimiento de este deber constituye un supuesto de los previstos en el artículo 47 c) del Real Decreto. Y añade que este comportamiento es indicativo del ánimo de lucro del titular, que percibe fondos públicos por un servicio pactado que de hecho no se presta, produciéndose el enriquecimiento injusto de aquél.

<sup>27</sup> SAN de 13 de marzo de 1989.



ser así estaríamos ante una de las causas de incumplimiento del mismo. A esta condición pone la Administración un especial interés. Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos presentados contra resoluciones administrativas que renuevan el concierto por un número de unidades inferior al solicitado por el titular del centro por el mantenimiento de una relación inferior a la fijada <sup>28</sup>.

Una vez creados los puestos escolares necesarios para cubrir las necesidades educativas, los artículos 53 y 20 de la LODE sometían a los centros acogidos al régimen de conciertos a las mismas condiciones que los públicos en cuanto a la admisión de alumnos. Para ello se establecían una serie de criterios objetivos (renta anual familiar, proximidad de domicilio, número de hermanos matriculados en el centro) con el fin de impedir discriminaciones por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento. La LOCE ha derogado los artículos reseñados de la LODE para establecer peculiaridades respecto a la admisión en centros sostenidos con fondos públicos. La disposición adicional quinta establece que en caso de no existir plazas suficientes, los criterios para la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos serán de aplicación de acuerdo con la regulación de la Administración educativa competente rigiéndose por los siguientes criterios prioritarios: «renta per cápita de la unidad familiar, proximidad del domicilio, existencia de hermanos matriculados en el centro, concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos y condición legal de familia numerosa. Asimismo, se considerará criterio prioritario la concurrencia en el alumno de enfermedad crónica que afecte al sistema digestivo, endocrino o metabólico y exija como tratamiento esencial el seguimiento de una dieta compleja y un estricto control alimenticio cuyo cumplimiento condicione de forma determinante el estado de salud física del alumno. Para las enseñanzas no obligatorias se podrá considerar además el expediente académico». Sin embargo, no dice si esos mismos criterios son de aplicación a los centros docentes públicos, respecto a los cuales únicamente señala que «en ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento» (art. 72.3) <sup>29</sup>. En todo caso, el establecimiento de nuevos criterios de carácter objetivo impide, al igual que hacía la LODE, todo tipo de discriminación así como cualquier derecho del titular del centro a la elección del alumnado <sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Entre otras, se ocupan de la relación numérica profesor/alumnos las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero (Arz. 3060), 8 de marzo (Arz. 1972) y de 13 de julio, de 2001. Estos pronunciamientos ponen de manifiesto la voluntad del Tribunal de eliminar toda posible discrecionalidad en la determinación de la ratio por la Administración, de forma que prevalece el criterio comparativo con los otros centros de la zona. En la primera de las sentencias el recurso es desestimado debido a que «la determinación de la relación media alumnos/profesor por unidad escolar a realizar por la Administración, en virtud del artículo 16 del Reglamento, no ha de hacerse de una manera discrecional, sino teniendo en cuenta la existente para los Centros Públicos de la comarca, Municipio, o, en su caso distrito en el que esté situado el centro, siendo discriminatorio que la Administración imponga cargas más gravosas a los centros privados que las impuestas a sus propios centros». La misma tesis sirve de fundamento en la Sentencia de 8 de marzo de 2001, donde a la vista de las circunstancias de hecho que concurrían en otros colegios públicos de la misma zona, cuya ratio era inferior a la del centro recurrente, se anula la resolución impugnada y ordena el incremento en una unidad sobre las siete aprobadas por la Administración.

<sup>29</sup> El artículo 4 del Real Decreto 366/1997 añade otro supuesto a las causas de discriminación previstas en la LODE. Este precepto prohíbe condicionar la admisión al resultado de pruebas o exámenes.

<sup>30</sup> AGOUÉS MENDIZÁBAL, C.: *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, op. cit., pág. 115.

Asimismo, los alumnos tienen derecho a que su rendimiento sea valorado con plena objetividad (art. 13.1 RD 732/1995). Que se reconozca a los profesores libertad de cátedra no quiere decir que puedan valorar los resultados de los exámenes con absoluta discrecionalidad pues esto vulneraría el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Por ello, los poderes públicos, haciendo uso de su potestad de inspección sobre el sistema educativo (centros públicos y privados), entre cuyos fines se encuentra el de garantizar los derechos de los educandos, podrán revisar las calificaciones obtenidas por los alumnos cuando se considere que no responden a criterios objetivos.<sup>31</sup> Con esto no se niega que cada centro tenga autonomía para establecer los programas de evaluación, sin embargo, deberá hacer públicos los criterios generales que se van a aplicar para la evaluación y si al final del curso o ciclo los alumnos o sus padres consideran que las calificaciones no se adaptan a aquellos criterios, podrán formular y tramitar reclamación administrativa mediante el procedimiento que fije la Administración educativa correspondiente (art. 13, núms. 2 y 4).

La Administración, en su misión de garantizar el ejercicio del derecho a la educación obligatoria, debe velar por que se cumpla efectivamente el objeto del contrato. Por medio del concierto, los centros están obligados a «impartir gratuitamente las enseñanzas del concierto, de acuerdo con los correspondientes programas y planes de estudio y con sujeción a las normas académicas en vigor» (art. 14). La gratuidad de la enseñanza es la prestación principal del contrato de concierto de modo que las enseñanzas comunes que forman parte de la programación de la Administración deberán ofrecerse gratuitamente habiendo de costear el usuario únicamente los gastos de funcionamiento del servicio<sup>32</sup>. El incumplimiento de este deber puede dar lugar a la extinción del concierto. Además, aunque pueden ofrecer actividades y servicios complementarios y desarrollar actividades extraescolares, éstos no pueden tener carácter lucrativo, en virtud del artículo 51.2 de la LODE, artículo 15.1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos y artículo 5.2 del Real Decreto 1694/1995, previsión que fortalece la garantía de la gratuidad. Por eso, el cobro a los alumnos en concepto de actividades escolares complementarias deberá ser autorizado por la Administración educativa correspondiente y las cuotas a percibir por las actividades extraescolares serán aprobadas por el Consejo Escolar del Centro y comunicadas a la Administración educativa, quien también establecerá el procedimiento de aprobación de las cuotas correspondientes a los servicios complementarios que presten estos centros. Por otra parte, el hecho de que el ejercicio de estas actividades implique la posibilidad de exigir al alumno el abono de las cantidades que hayan sido autorizadas hace que aquéllas se configuren con carácter voluntario para evitar discriminaciones (arts. 51.4 LODE y 15.1 reglamento).

Es inherente a la propia naturaleza contractual del concierto la posibilidad de que cualquiera de las partes ponga fin a la relación jurídica. Sin embargo, son notables las diferencias de regulación según cual sea la parte que haga uso de ella. Si es la Administración la que resuelve el contrato, basará la declaración unilateral de ésta, mientras que si, por el contrario, es el particular quien pretende

<sup>31</sup> En la STS de 31 de octubre de 1988 (Arz. 8349), se sostiene la admisibilidad de que la valoración o calificación dada por los centros privados sea susceptible de impugnación administrativa, derecho que se encuadra en la fiscalización administrativa de la protección jurídica del derecho del alumno a obtener una valoración objetiva del rendimiento escolar.

<sup>32</sup> CRUZ MIÑAMBRES, J.E.: *El derecho fundamental a la educación. (Estudio interdisciplinar). (Estudios alrededor de un núcleo de derecho constitucional)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, pág. 234. El artículo 51.4 de la LODE dispone que el cobro de ambos tipos de actividades (extraescolares y servicios complementarios) «podrá contribuir al mantenimiento y mejora de las instalaciones».

extinguir el vínculo, deberá solicitarlo a la Administración, que aceptará o denegará la resolución mediante acto administrativo. Bajo esta regulación subyace la idea de enseñanza como interés público puesto que cabe suponer que la denegación de la resolución del contrato en ningún modo será una facultad discrecional de la Administración sino que atenderá a las necesidades de escolarización que existan en un momento dado.

Junto a estas facultades derivadas de la naturaleza convencional y sinalagmática del contrato existen otras, representativas de verdaderas potestades públicas, de la posición de supremacía que la Administración ostenta en las relaciones jurídicas con los particulares y cuyo fundamento es el interés público que la Administración ha de tutelar, en este caso el derecho a la educación con todas sus garantías. Nos estamos refiriendo a la potestad de establecer sanciones cuando existan incumplimientos graves por parte del titular del centro objeto de concierto y que deriva del poder de inspección otorgado con carácter general a la Administración. La regulación de esta potestad se encuentra en el artículo 62 de la LODE. El artículo 62.1 hace una enumeración abierta de las causas de incumplimiento del concierto<sup>33</sup> y, a continuación, el número 2 del mismo precepto establece las sanciones a que da lugar el incumplimiento grave y que consisten en multas cuyo importe fijará la Administración educativa dentro de los límites fijados e incluso en la rescisión del contrato en caso de reiteración o reincidencia de dichos incumplimientos.

El poder sancionador no sólo está dirigido a poner fin a los incumplimientos por parte del titular sino a todo tipo de actuaciones contrarias a las leyes que alteren el normal funcionamiento del servicio y que, en ocasiones, proceden de los propios usuarios (los alumnos)<sup>34</sup>. El Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de aplicación a los alumnos de los centros sostenidos con fondos públicos, es decir, centros públicos y concertados que impartan las enseñanzas reguladas en la LOGSE, recoge los derechos de los alumnos y reconoce la autonomía de cada centro para establecer sus propias normas de convivencia, cuya inobservancia justifica la adopción de las medidas que se disponen en la norma reglamentaria aunque no con carácter obligatorio<sup>35</sup>. También regula la graduación de las infracciones, las sanciones susceptibles de aplicación, la competencia para imponerlas y el plazo de prescripción y el procedimiento para la tramitación de los expedientes disciplinarios en caso de conductas que perjudiquen gravemente

<sup>33</sup> De conformidad con el artículo 62.1 de la LODE, son causas de incumplimiento del concierto impartir las enseñanzas objeto del concierto contraviniendo el principio de gratuidad, así como percibir cantidades por actividades escolares complementarias o extraescolares o por servicios escolares que no hayan sido autorizados por la Administración educativa o por el Consejo Escolar del Centro, infringir las normas sobre participación y sobre admisión de alumnos, separarse del procedimiento de selección y despido del profesorado, proceder a despidos cuando aquéllos hayan sido declarados improcedentes por sentencia judicial, lesionar los derechos de libertad religiosa, ideológica y de culto y a la libertad de cátedra, cuando la lesión haya sido declarada por sentencia de la jurisdicción competente y otras que desconozcan las obligaciones impuestas al titular del centro por la ley o por el concierto.

<sup>34</sup> Esta potestad, en materia educativa tiene una función dual, como señala AGOUÉZ MENDIZÁBAL, C., ya que «además de la finalidad ordinaria de toda potestad sancionadora, que pretende garantizar el cumplimiento de las leyes y normas administrativas para el buen funcionamiento del servicio público, en este sector se ha de buscar también la reinserción social del alumno, la integridad de su educación sin discriminación alguna; siempre habrá de primar el interés superior del alumno sobre cualquier otro interés legítimo», *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, op. cit., pág. 177.

<sup>35</sup> Los artículos 48 y 53 del Real Decreto dicen que esas conductas contrarias a las normas de convivencia del centro o gravemente perjudiciales para la convivencia del centro, «podrán ser corregidas» con las medidas que a continuación se detallan, lo que demuestra el carácter facultativo de dichas sanciones.

la convivencia del centro. Es de destacar que el Real Decreto otorga amplias atribuciones al Consejo Escolar del Centro como supervisor del cumplimiento efectivo de las correcciones en los términos que hayan sido impuestas y como órgano sancionador en los supuestos de conductas no graves cuya corrección sea la suspensión del derecho de asistencia a determinadas clases o al centro durante un plazo máximo de tres días, pudiendo encomendar la decisión correspondiente a tales correcciones al Director del centro (art. 48).

Por lo que se refiere a las sanciones graves, el Real Decreto, en desarrollo del artículo 57 d) de la LODE, regula el procedimiento por el cual el Consejo Escolar impondrá las sanciones graves (arts. 54 y ss.), previendo la posibilidad de que este órgano, al que se le dará comunicación de las medidas provisionales que haya podido adoptar el Director, revoque en cualquier momento dichas medidas, con lo que se pone de manifiesto que su voluntad prevalece sobre la dirección cuando las infracciones tengan lugar en centros concertados<sup>36</sup>. El propio Tribunal Constitucional en la Sentencia de 27 de junio de 1985, mantuvo que la intervención del Consejo Escolar en materia de disciplina de los alumnos deja a salvo la capacidad de iniciativa del titular y está justificada por su finalidad de introducir mayores garantías en estos temas que pueden llegar a afectar al buen funcionamiento del centro y por no significar un obstáculo irreversible al ejercicio de las facultades de dirección ni una merma a su contenido esencial (FJ 23). Sin embargo, parece que el legislador de la LOCE no lo ha visto así, ya que introduce modificaciones sustanciales en materia disciplinaria con el objeto de ampliar las facultades de la dirección en estos centros. En primer lugar, se añade una nueva letra al artículo 54.2 de la LODE, donde se regulan las facultades del Director incluyendo la de «resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de los alumnos». En coherencia con ello, la ley deroga el artículo 57.d) de la LODE, donde se atribuía dicha competencia al Consejo Escolar del Centro.

Quizás uno de los aspectos donde se presentan las semejanzas más significativas entre centros públicos y centros financiados con fondos públicos y el más intenso control por parte de la Administración es en el ámbito organizativo. Cuando la LODE regula la organización interna de los centros concertados, en ella integra órganos unipersonales y colegiados cuya estructura y funciones no distan de las reguladas para los centros públicos. El artículo 54 de la ley establece que los centros concertados tendrán al menos los siguientes órganos de gobierno: Director, Consejo Escolar del Centro, Claustro de Profesores (art. 54 LODE). Tanto el Claustro (art. 45) como el Consejo Escolar (arts. 42 y 57) desarrollan funciones análogas a las que les corresponde en los centros públicos. La obligatoriedad de la constitución de estos órganos colectivos en los centros concertados obedece a una razón trascendente, la participación de la comunidad escolar en el control y gestión de estos centros por exigencias del artículo 27 de la Constitución<sup>37</sup>. De esta forma, se encubre una fuerte

<sup>36</sup> Como mantiene el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 27 de junio de 1985, la intervención del Consejo Escolar en materia de disciplina de los alumnos, deja a salvo la capacidad de iniciativa del titular y está justificada por su finalidad de introducir mayores garantías en estos temas que pueden llegar a afectar al buen funcionamiento del centro, así como por no significar un obstáculo irreversible al ejercicio de las facultades de dirección ni una merma a su contenido esencial (FJ 23).

<sup>37</sup> La asimilación organizativa tiene su justificación en el artículo 27 de la Constitución que prevé la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, op. cit., pág. 108.

intervención de la Administración en determinados aspectos, debilitándose los poderes decisorios del titular del centro. Los órganos utilizados por la LODE y mantenidos básicamente por la LOCE para la publicación de las decisiones adoptadas en estos centros son el Consejo Escolar del Centro y las Comisiones de conciliación.

El Consejo Escolar del Centro, compuesto por representantes de la comunidad escolar y en el que se integra un representante del personal de la Administración (art. 56.1 LODE), interviene en el nombramiento<sup>38</sup> y cese del Director<sup>39</sup>.

La intervención de este órgano se hace más intensa en la selección y despido del profesorado (arts. 60 y 61 LODE). Corresponde al Consejo Escolar, de acuerdo con el titular, establecer los criterios de selección, que atenderán básicamente a los principios de mérito y capacidad, criterios empleados para el acceso a la función pública (art. 103 CE). El titular del centro comunicará al Consejo Escolar la provisión de profesores que efectúa. Si no hay acuerdo entre ambos, se constituirá una Comisión de conciliación, de la que forma parte un representante de la Administración educativa, que por unanimidad adoptará las medidas necesarias. Si en el seno de la Comisión tampoco se alcanza el acuerdo, la Administración educativa adoptará las medidas provisionales que aconseje el normal desarrollo de la vida del centro.

En cuanto al despido, requerirá que se pronuncie previamente el Consejo Escolar del Centro mediante acuerdo motivado adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. Si el acuerdo es desfavorable, se reunirá la Comisión de conciliación para solucionar el conflicto<sup>40</sup>. Si el despido fuese declarado improcedente y no concurren las causas del artículo 62.2, dará lugar al apercibimiento por parte de la Administración educativa con el objeto de que el titular proceda a la subsanación. La única forma de subsanar será la readmisión del profesor, eliminando así la facultad de opción del empleador entre la readmisión al trabajo y la indemnización contemplada con carácter general en las normas laborales<sup>41</sup>.

Por último, son también destacables las competencias del Consejo Escolar en lo atinente a la aprobación, a propuesta del titular, del presupuesto del centro [art. 57 e)] y del reglamento de régimen interior [art. 57 l)].

<sup>38</sup> El artículo 59 de la LODE, establece que el Director de los centros concertados será designado, previo acuerdo entre el titular y el Consejo Escolar, que será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. En caso de desacuerdo, el Director será designado por el Consejo Escolar del Centro de entre una terna de profesores propuesta por el titular, requiriéndose mayoría absoluta de sus miembros. Esta regulación, en el supuesto de no alcanzarse la mayoría requerida indica que la función del director es únicamente participativa y su única competencia es la de proponer al Director, correspondiendo la decisión última al Consejo Escolar, situación que ha sido mantenida por la LOCE, cuyas modificaciones a este precepto se limitaron a eliminar las condiciones que el artículo exigía, en su redacción original, a los profesores para acceder al cargo.

<sup>39</sup> Artículo 59.4: «El cese del Director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del Centro».

<sup>40</sup> La constitución de estas Comisiones está prevista también en todos los casos en que surja un conflicto entre el titular del centro y el Consejo Escolar, así como en los de incumplimiento de las obligaciones derivadas del concierto y adoptará sus decisiones por unanimidad (art. 61.1 LODE).

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: Los derechos educativos en la Constitución Española*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 165.

En fin, la autonomía que en principio se reconoce a estos centros en base a su titularidad privada se halla fuertemente condicionada por la amplia gama de funciones que se atribuyen al sector público, tanto por las potestades genéricas que se atribuyen a los poderes públicos en materia de enseñanza (establecimiento de requisitos mínimos y demás condiciones para la homologación de títulos, poder de inspección y control...) como por las específicas que desarrollan en estos centros frente a los privados en sentido estricto<sup>42</sup>. Y ello no es más que la muestra de que nos encontramos

<sup>42</sup> Puesto que la LODE, las normas que la desarrollan y, actualmente, la LOCE, utilizan una serie de mecanismos con el objeto de canalizar la presencia de la Administración en la organización y funcionamiento de los centros por ella subvencionados, se ha planteado si estas injerencias pueden atentar contra las libertades públicas protegidas por nuestro texto constitucional. En el derecho a la creación de centros docentes por los particulares, manifestación del reconocimiento constitucional de la libertad de enseñanza, se inserta el derecho del titular a la dirección (STC de 27 de junio de 1985: «Es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de Centros docentes que no se agota en el propio acto de creación o fundación del Centro, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en una potestad de dirección»). Hemos observado como la articulación de la participación de los diferentes grupos sociales en la organización, control y gestión de estos centros a través del Consejo Escolar, se traduce en una minoración de las poderes decisorios del titular privado, de su poder de dirección, quedando relegado a un segundo plano y correspondiendo a aquel órgano, en última instancia, las decisiones más relevantes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha manifestado en la Sentencia de 27 de junio de 1985, en la que se impugnaban determinados preceptos de la LODE por considerarlos contrarios a la Constitución, que las facultades del Consejo Escolar en cuanto al nombramiento y cese del Director, así como las que ostenta la selección y despido del profesorado, su intervención en materia disciplinaria, etc., respetan el núcleo esencial del referido derecho del titular. De la fundamentación jurídica de esta sentencia se deduce que se considera que el núcleo esencial del derecho del titular se halla suficientemente salvaguardado mientras no se anule su voluntad, es decir, si ésta no es sustituida totalmente por la del Consejo Escolar. Con el sistema regulado, en virtud del cual las decisiones se adoptan a iniciativa del titular, bien previo acuerdo con el mismo, no se anula dicha voluntad sino que únicamente se condiciona o se restringe, posibilidad que se encuentra implícita en la Constitución Española, al prever la participación de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos (FJ 18).

Pero el problema no acaba aquí puesto que reconocido que esta publicación no atenta directamente contra el poder de dirección sí podría hacerlo, sin embargo, de forma indirecta, contra una de sus manifestaciones, el derecho del titular a establecer el carácter propio del centro. El artículo 52 de la LODE, inciso primero, recogía este derecho de la siguiente forma: «Los Centros concertados tendrán derecho a definir su carácter propio de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de esta ley». Este precepto hacía una remisión al artículo 22 donde se establecían una serie de limitaciones constituidas por el respeto a los principios constitucionales y por los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos, entre los que se encuentra su participación en los órganos de gobierno del centro. La LOCE ha derogado estos dos preceptos, pero mantiene la misma situación. El artículo 73 recoge el derecho de los titulares de los «centros privados» (los de titularidad privada), a establecer el carácter propio de los mismos, respetando los principios constitucionales y los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos. Pues bien, cabe la posibilidad de que el Consejo Escolar, compuesto en su mayor parte por representantes de alumnos cuya admisión no depende de los posicionamientos subjetivos del titular, y profesores, en cuya selección juega un papel decisivo, a través de sus actuaciones intente apartarse de las directrices del ideario del centro promoviendo orientaciones contrarias al mismo. En estos casos, entendemos que son plenamente aplicables los principios que rigen cuando el conflicto surge entre el profesor y el ideario, es decir, entre el derecho a establecer el carácter propio y la libertad de cátedra. La solución en caso de colisión de estos derechos, tanto para centros privados como concertados, ha sido establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 13 de febrero de 1981: «El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro, y ha de ser compatible, por tanto con el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio sano y objetivo, no resulten contrarios a aquél» (FJ 10). Es decir, que el profesor que no comparta las tendencias ideológicas, religiosas, etc., del centro deberá respetar el ideario en tanto manifestación de la libertad del titular, sin que ello suponga una anulación de su libertad de cátedra, cuyo contenido esencial debe ser protegido. Por tanto, podrá ejercer su función docente en libertad siempre y cuando ésta no atente contra el carácter propio del centro. Consideramos que esta misma tesis debe ser mantenida en relación a los centros concertados cuando es el Consejo Escolar el que, haciendo uso de las facultades que la ley le confiere, pretende modificar el carácter propio del centro. La cuestión debe plantearse

.../...



ante un servicio público gestionado por sujetos privados, cuyas actuaciones estarán controladas y programadas del mismo modo que en los centros públicos.

.../...

en términos de recíproca limitación de derechos a la que alude la STC de 27 de junio de 1985, al disponer que «el derecho del titular no tiene carácter absoluto. En algunos aspectos puede que el respeto a los derechos de los padres, profesores y alumnos suponga una restricción del derecho del titular a fijar el carácter propio; en otros, sin embargo, el ejercicio por el titular de este derecho actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar, pues, de otro modo, no sólo quedaría privado de todo contenido real, sino que se vería también defraudado el derecho de los padres a escoger para sus hijos la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones» (FJ 6). De esta forma, la actuación del Consejo Escolar está limitada por el respeto al carácter propio, conocido por los miembros de la comunidad escolar y libremente aceptado por los padres, pero no subordinada al mismo con lo que será legítima cuando, aun desarrollándose al margen del ideario, no sea contraria a aquél. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 1981 (sobre la Ley Orgánica 5/1980, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares) donde se dice que los padres «al haber elegido libremente para sus hijos un centro con ideario, están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo prácticas contradictorias con dicho ideario, aunque sí pueden pretender legítimamente que se adopten decisiones que (...) no puedan juzgarse, con arreglo a un criterio sano y objetivo, contrarias al ideario» (FJ 12). La doctrina respalda esta interpretación. Indica LOZANO, B., que el Consejo Escolar tiene un deber de respeto del carácter propio del centro, por lo que nunca podrá adoptar decisiones contrarias al mismo, que lo menoscaben o pongan en peligro, aunque tampoco estará obligado a subordinar al mismo su actuación, *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 311. En la misma línea, dice FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., que «el respeto al ideario limita tanto las posibilidades de gestión de los profesores como de los padres por cuanto éstos han optado por integrarse en un centro con ideario y debe respetarse la coherencia y la estabilidad de la oferta educativa que es precisamente la base que hace posible el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos. Queda, pues, descartada la tesis de la posibilidad de elaboración y modificación del ideario por los miembros de la comunidad escolar», «Comentarios a las leyes políticas», *Revista de Derecho Público*, núm. III, 1983, pág. 196.

Aún resta hacer alusión a otra cuestión de importancia como es la de la incidencia de tal publicación sobre otro aspecto del poder de dirección, la posibilidad del titular de establecer el carácter propio del centro y sus limitaciones derivadas de la libertad de conciencia de los alumnos. En los centros concertados, el poder de dirección está sometido también a las restricciones derivadas de la obligación de respetar la libertad de conciencia de los alumnos, como se desprende del artículo 52.2 de la LODE que indica que «en todo caso, la enseñanza será impartida con pleno respeto a la libertad de conciencia», constituyendo causa de incumplimiento del concierto la lesión de este derecho, cuando así se determine por sentencia de la jurisdicción competente [art. 62 g)]. La inclusión de esta limitación parece razonable en un sistema como el español donde la financiación a centros privados responde, sobre todo, a las necesidades de escolarización que existan en un momento dado, es decir, que la enseñanza concertada es subsidiaria de la pública (la STSJ de Canarias, de 13 de marzo de 1997, afirma que el derecho a recibir una enseñanza básica gratuita no comprende el que se preste en centros determinados) y existiendo centros públicos con oferta suficiente, el aumento de unidades concertadas supondría un coste añadido a cargo de los fondos públicos, pues se estarían asignando cantidades para garantizar la enseñanza gratuita que se está en condiciones de prestar en los propios centros públicos de la zona, interpretación que según DÍAZ LEMA, J.M., «posterga la libertad de enseñanza (la libre elección de centro) y reduce los centros concertados a un papel precario y transitorio», *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, op. cit., pág. 163, de modo que sólo cuando la oferta de plazas en escuelas públicas sea insuficiente para escolarizar a la población se suscriben conciertos con los particulares. Esto determina, en muchos casos, que los padres tengan que optar por matricular a sus hijos en estos centros sin, que haya posibilidad de una elección real. En consecuencia, la libertad de conciencia de estos alumnos, que no tienen por qué compartir la ideología del centro, debe ser respetada, tanto en el momento de su admisión, como en el desarrollo de la práctica docente. En la selección de los alumnos la libertad de conciencia queda garantizada por nuestras normas a través de la imposición de una serie de criterios para su admisión, de carácter objetivo, que en ningún caso dependen de la voluntad del titular, sin que aquélla pueda ser discriminatoria por motivos ideológicos, religiosos, etc. Las anteriores circunstancias justifican que en un mismo centro confluyan diferentes posiciones ideológicas debiendo extenderse la libertad al desarrollo de la práctica docente una vez que el alumno está integrado en la vida del centro. No queremos decir con ello que deba cumplirse en estos centros el principio de neutralidad ideológica en el mismo grado que en los centros públicos, lo que vaciaría de contenido al derecho a establecer el carácter propio del centro, carácter propio que además es libre y voluntariamente aceptado por los padres. Sin embargo creemos que debemos extender aquí lo dicho tanto para el profesor como para el Consejo Escolar, es decir, que debe darse una modulación de los derechos en juego, que en este caso en particular consistiría en que las personales convicciones sean respetadas mientras no constituyan ataques contra el ideario, que en estos centros si bien no se exige neutralidad sí debe exigirse un ambiente de tolerancia respecto de las diversas opciones. En consonancia con esto, la LODE, en su artículo 52.3 establece la voluntariedad de la clase de religión.

### 3.3. Conclusiones en torno a la responsabilidad.

La clasificación de los centros docentes del artículo 64.2 de la LOCE toma como punto de referencia la titularidad privada de los mismos pero el conjunto del articulado representa la intención del legislador en orden a asimilar el régimen jurídico de los centros concertados al de los centros públicos, lo que evidencia el reconocimiento de que la enseñanza impartida en aquéllos es un servicio público<sup>43</sup>. Es ésta la perspectiva desde la cual la doctrina ha pretendido explicar si el régimen de responsabilidad aplicable a los daños que sufran los alumnos durante el desarrollo de la actividad educativa en este tipo de centros es propio de aquéllos (los servicios públicos) o bien el que rige para los centros privados de enseñanza, esto es, si la asimilación del régimen jurídico de estos centros al de los centros públicos conlleva la equiparación de su régimen de responsabilidad.

En particular, la intensidad de los controles estatales desarrollados sobre la labor educativa ha sido el argumento empleado por la doctrina española para delimitar el régimen de responsabilidad aplicable a los daños derivados de la educación prestada en centros docentes concertados<sup>44</sup>.

A nuestro entender, es la naturaleza contractual de esta figura la que determina el régimen de responsabilidad operante. El artículo 97 de la LCAP regula la responsabilidad de los contratistas de la Administración, de plena aplicación a los conciertos educativos, y el artículo 161, párrafo b) de la LCAP contempla la responsabilidad derivada del contrato de gestión. En consecuencia, el daño es imputable al centro concertado excepto cuando sea ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o producido por causas imputables a la misma.

<sup>43</sup> En este sentido sostiene DÍAZ LEMA, J.M. que la aproximación del régimen y funcionamiento de los centros concertados al de los centros públicos y su alejamiento de los centros privados no concertados tiene como fundamento jurídico el concepto de servicio público, o «más exactamente como dice el artículo 47.1 de la LODE, la consideración de que los centros concertados contribuyen junto a los públicos a la prestación del servicio público a la educación», *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, op. cit., pág. 44.

<sup>44</sup> La doctrina mayoritaria viene interpretando que no puede sostenerse la analogía entre las responsabilidades dimanantes de los diversos centros, en base a su titularidad, que es la que determinaría, bien la aplicación de las normas administrativas (art. 139 y ss. LRJPAC), o bien, del artículo 1.903.5 del CC. MORENO MARTÍNEZ, J.A., considera que las referidas semejanzas en el régimen jurídico de los centros concertados y públicos no llegan a ser de tal intensidad como para justificar suficientemente una equiparación de tratamiento jurídico en relación a la responsabilidad a estudio y, en definitiva, como para aplicar las normas administrativas sobre responsabilidad y cree por ello acertado que, en relación a la responsabilidad del titular del centro por hechos de sus alumnos, el legislador no estableciera especialidades distintas de las que resultan aplicables a los centros privados sin régimen de concierto, *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 200, tesis que es compartida por ATIENZA NAVARRO, M.L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, ed. Comares, Granada, 2001, pág. 34. GALICIA MANGAS, F.J., comparte la opinión de aquel autor y niega que el control ejercitado sobre los centros privados y privados concertados convierta a la Administración en responsable de los daños o lesiones producidas en los mismos o vinculadas a la prestación del servicio público educativo desarrollado en ellos, *Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, ed. Atelier, Barcelona, 2003, págs. 114 y ss. MERINO MOLINS, V., si bien es partidario de mantener que la responsabilidad del centro es exigible directamente ante la jurisdicción civil en los términos previstos en el artículo 1.903.5 del CC, plantea la cuestión desde el punto de vista de la concurrencia de responsabilidades con la finalidad de trasladar la responsabilidad a la Administración. Aquellas facultades administrativas de control e inspección permiten «la imputación en vía administrativa (...) en supuesto de daños producidos en el curso de cualquier actividad docente», integrándose en las previsiones del artículo 9.4 de la LOPJ, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de enseñanza», *Actualidad Administrativa*, núm. 43, 2003, págs. 1.026 y 1.027.

Aunque la jurisprudencia apenas se ha pronunciado sobre la responsabilidad cuando el servicio público educativo es concertado con particulares, sí lo ha hecho en el ámbito sanitario, marcando la pauta a seguir cuando los daños se manifiesten en este tipo de centros. Durante mucho tiempo era la jurisdicción civil la que venía conociendo de este tipo de pretensiones de acuerdo con las normas civiles, es decir, aplicando el sistema de responsabilidad basado en la culpa <sup>45</sup>.

Sin embargo, en lo que se refiere a esta figura contractual y al sector sanitario, hoy la competencia civil es insostenible dado que el legislador ha dejado clara su voluntad de que las reclamaciones que se entablen contra centros sanitarios privados acogidos al régimen de concierto se dirijan a la propia Administración, debiendo ser recurridas ante los Tribunales contenciosos (disp. adic. 12.<sup>a</sup> Ley 4/1999) <sup>46</sup>. Las últimas resoluciones jurisdiccionales aceptan también esta nueva idea. La Audiencia Provincial de Gerona, en Sentencia de 20 de diciembre de 2001 <sup>47</sup>, declara la incompetencia del orden jurisdiccional civil para conocer del litigio entablado contra el centro concertado y el Instituto Catalán de Salud con apoyo en la citada disposición adicional de la LRJPAC y los nuevos preceptos que unifican la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 2 LRJCA y art. 144 Ley 4/1999) <sup>48</sup>.

Una vez aclarada la cuestión procesal es necesario advertir de la existencia de una nueva práctica jurisdiccional que da un giro a las nociones construidas por los Tribunales civiles en torno a la responsabilidad. En efecto, existe una nueva tendencia jurisprudencial que mantiene el patrón interpretativo marcado en los pronunciamientos referentes a la responsabilidad de los concesionarios y contratistas, estableciendo como norma la responsabilidad directa de la Administración. Así, la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de febrero de 2003, ha declarado que el orden contencioso-administrativo es el competente para estudiar los daños derivados de un centro sanitario concertado con la Administración pública. Según el fallo, «el centro actúa por cuenta y riesgo de la sanidad pública, en otras palabras, como si fuera un agente suyo. Por tanto, a los efectos de la reclamación por responsabilidad debe entenderse que es la propia Administración».

Esta doctrina sobre la imputación directa de daños a la Administración por daños acaecidos en el ámbito del concierto había sido aplicada con anterioridad por la Sala de lo Social del Tribunal

<sup>45</sup> Para un estudio pormenorizado de la doctrina jurisprudencial civil en la materia, CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, op. cit., págs. 324 y ss.

<sup>46</sup> Disposición adicional 12.<sup>a</sup>: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros concertados por ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden Contencioso-Administrativo en todo caso».

<sup>47</sup> Arz. 275.

<sup>48</sup> La jurisdicción civil era reacia a admitir la incompetencia de dicho orden jurisdiccional en los supuestos en que la atención sanitaria se prestaba en centros concertados, invocando la *vis atractiva* de dicha sede con argumentaciones como la enervación del peregrinaje jurisdiccional, el carácter residual de la misma o la actuación de la Administración en relaciones de Derecho privado.

Superior de Justicia de Castilla y León, en Sentencia de 29 de junio de 1995<sup>49</sup>, que declaraba, a su vez, el carácter objetivo de la misma en los siguientes términos:

«La responsabilidad que es dable exigir al Instituto Nacional de la Salud, en la medida en que se trata de un supuesto de actuación de los servicios sanitarios de que es responsable dicha Entidad Gestora al margen de que su efectividad los hubiera concertado con una Clínica privada de radiología y medicina nuclear –respecto de un beneficiario en ejercicio del derecho de protección de la salud que garantiza el art. 43 CE–, no es contractual ni extracontractual fundada en la culpa, sino de naturaleza objetiva derivada del funcionamiento de la acción protectora de dicho servicio...»

El Consejo de Estado, cuya visión compartimos, no avala la tesis de la imputación directa a la Administración. En un asunto referente a daños manifestados en un centro concertado de educación desestima la reclamación puesto que «tuvo lugar en un Colegio concertado, centro de titularidad privada, que no depende orgánicamente de la Administración educativa autonómica, por lo que no puede imputarse a ésta responsabilidad alguna por los hechos que han servido de base a la presente reclamación»<sup>50</sup>.

Debemos trasladar aquí lo señalado para los concesionarios y contratistas de la Administración respecto a cada una de las cuestiones que hemos ido enumerando. El centro concertado no forma parte del entramado organizativo de la Administración por lo que los daños acaecidos en el contexto del mismo no deben ser imputados a aquélla como pretenden los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, la aplicación de la responsabilidad objetiva a los daños provenientes de estos sujetos se presenta como una necesidad acuciante e ineludible, pues lo contrario supondría una merma en las garantías patrimoniales de los usuarios de los servicios públicos sometidos al régimen de gestión indirecta frente a los beneficiarios de la enseñanza pública. Si bien la titularidad privada del centro es decisiva a efectos de imputación, al faltar el requisito de la integración en la organización administrativa, la titularidad pública del servicio legitima la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva a la que surja en el ámbito del concierto. La enseñanza concertada es un servicio público al igual que la pública y las consecuencias dañosas deben ser reparables en la misma medida. Entenderlo de otro modo supondría un menoscabo del principio de igualdad (art. 14 CE). Por último, y en lo que se refiere a la competencia jurisdiccional, no hay razón para hacer distinciones dependiendo del sector administrativo en que se formalice el concierto. Ante la similitud de supuestos entendemos que, en espera de la regulación de la cuestión, es perfectamente lícito el recurso a la analogía del artículo 4.1 del CC, de modo que sea la vía administrativa la competente para conocer de las reclamaciones planteadas contra centros docentes concertados con la Administración. Ése fue el propósito del legislador de la LEF al regular la responsabilidad de los concesionarios, normativa que, incomprensiblemente, se ha ido transformando por las sucesivas leyes dando lugar a la situación de absoluta inseguridad jurídica ante la que ahora nos encontramos. Hay que señalar, por último, que la competencia administrativa se revela especialmente necesaria en materia de conciertos educativos pues, en la actualidad, se está

<sup>49</sup> Arz. 2355.

<sup>50</sup> Dictamen núm. 1103, de 23 de mayo de 2002.

llevando a cabo un fenómeno privatizador en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, que vienen autorizando la apertura de un número cada vez mayor de centros concertados en detrimento de la enseñanza pública, lo cual tendría graves consecuencias en materia de responsabilidad al reconducirse las reclamaciones de daños hacia la jurisdicción civil.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGOUÉS MENDIZÁBAL, C.: *El régimen jurídico de los centros docentes de enseñanza no universitaria*, ed. Comares, Granada, 2000.
- ATIENZA NAVARRO, M.L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, ed. Comares, Granada, 2001.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», *REDA*, núm. 18, 1978.
- «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», *DA*, núms. 237-238, 1994.
- CUETO PÉREZ, M.: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CRUZ MIÑAMBRES, J.E.: *El derecho fundamental a la educación. (Estudio interdisciplinar). (Estudios alrededor de un núcleo de derecho constitucional)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988.
- DE LOS MOZOS TOUYA, I.: *Educación en libertad y concierto escolar*, ed. Montecorvo, Madrid, 1995.
- DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: «Comentarios a las leyes políticas», *Revista de Derecho Público*, núm. III, 1983.
- *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: Los derechos educativos en la Constitución Española*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- GALICIA MANGAS, F.J.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, ed. Civitas, 8.ª edic., Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976.

- GONZÁLEZ PÉREZ J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ed. Civitas, 2.ª edic., Madrid, 2000.
- LOZANO, B.: *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- MERINO MOLINS, V.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de enseñanza», *Actualidad Administrativa*, núm. 43, 2003.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, ed. Civitas, 2.ª edic., Madrid, 1998.
- ROMEA SEBASTIÁN, A.: *Régimen jurídico de los centros concertados*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003.
- SERRERA CONTRERAS, P.L.: «La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado», *RAAP*, núm. 23, 1995.