

Expediente Núm.: 10/2005
Dictamen Núm.: 17/2006

V O C A L E S :

*Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de febrero de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 2 de diciembre de 2005, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por don, en su propio nombre y en representación de otros dieciséis afectados, como consecuencia de daños y perjuicios derivados de la anulación judicial de la Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 30 de abril de 2001, que reducía el número de unidades escolares concertadas en el Colegio “.....”, de Gijón.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de julio de 2005 (registro de entrada del mismo día), don, como Abogado, en nombre propio y en representación de otros dieciséis afectados -seis escolares menores de edad y sus respectivos padres, salvo en un caso, en el que actúa un padre solo-, dirige a la “Consejería de Educación y Cultura del Gobierno del Principado de Asturias” (*sic*), una reclamación en

concepto de responsabilidad patrimonial, como consecuencia de la reducción de plazas escolares en el Colegio, de Gijón, decidida por dicha Consejería por Resolución de 30 de abril de 2001 (BOPA de 25 de mayo), y que afectó al primer año de Educación Primaria a partir del curso 2001/2002, lo que condujo a la postre a que los seis menores representados tuviesen que abandonar el centro escolar al término de ese primer curso, siendo escolarizados por sus progenitores en el Colegio privado para cursar los estudios obligatorios de Segundo y Tercer Curso de Educación Primaria. Al haber sido impugnada la mencionada Resolución por el reclamante y sus representados y declarada nula por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de junio de 2004, solicita aquél una indemnización por daños económicos directos sufridos y por daños morales, tanto de los padres como de los menores, y que en su conjunto asciende a setecientos setenta y cuatro mil euros (774.000 €).

Manifiesta en su escrito el reclamante, después de documentar su apoderamiento notarial y que fundamenta la representación con la que actúa, que los seis menores representados “todos de 6 años de edad al término del año 2001, cursaban estudios en el Colegio, de Gijón, para el curso que correspondía a su edad en ese año, esto es, en el tercer y último curso de Educación Infantil”, y que durante ese curso 2000/2001, “75 alumnos tenían cursada matrícula, y seguían estudios, en el Colegio de Gijón, para el primer curso de Educación Primaria Obligatoria, que es el que correspondía seguir en el año escolar 2001/2002, por su edad, a los menores aquí representados. Esta educación la recibían dichos 75 alumnos en régimen de enseñanza concertada (...) distribuidos en tres clases o unidades, de 25 alumnos cada una”.

Prosigue su escrito relatando que “Con fecha de 8 de marzo de 2001 el Colegio de Gijón solicitó a la Consejería de Educación y Cultura (...) la renovación del concierto educativo a partir del curso 2001/2002 para, en lo que aquí y ahora concierne, impartir 18 unidades de Educación Primaria, lo que implicaba que con arreglo a tal solicitud, para el curso 2001/2002, en que pretendían matricularse los menores representados aquí, hubiera seguido contando con tres clases o unidades de 25 alumnos cada una”. Añade la

reclamación que la Consejería no resolvió la petición de renovación del concierto en el plazo establecido por ella misma en su Resolución de 15 de febrero de 2001 (BOPA de 17 de febrero) y que concluía el 15 de abril de 2001, por lo que “era legítimo entender estimada la solicitud (...) por silencio administrativo positivo”.

Señala a continuación que entre el 26 y el 30 de abril de 2001 “los progenitores ahora reclamantes solicitaron en el Colegio (...) la admisión para cursar en ese Centro los estudios del primer curso de Educación Primaria ” y que “El 30 de abril de 2001 el Consejero de Educación y Cultura (...) dictó Resolución sobre renovación del concierto (...) disponiendo, en lo que afecta a los reclamantes, que la oferta de Educación Primaria para dicho Centro se vería reducida de 18 a 17 unidades. La unidad que faltaba correspondía quitarla al primer curso, por ser el inicio del ciclo, que pasaba, por lo tanto, de 3 a 2 clases o unidades, es decir, de 75 a 50 alumnos. Esto significa que quienes habían ya demandado su admisión al primer curso de Educación Primaria en virtud de la solicitud de renovación de concierto formalizada por el Centro, no contestada, y por tanto estimada por silencio, veían ahora reducida en una tercera parte la oferta de plazas escolares. En aplicación de lo resuelto, el 2 de mayo el Viceconsejero dictó la Resolución sobre vacantes a ofertar por el Colegio, donde se detalla cómo, efectivamente, la unidad de menos correspondía perderla al primer curso de Educación Primaria, con lo que la oferta quedó reducida en 29 puestos escolares en lo que afecta (a aquel primer curso de Educación Primaria)”.

Más adelante señala que, como consecuencia de esa reducción y previo el correspondiente proceso de aplicación del baremo a las solicitudes, “A los seis menores, el 6 de junio de 2001 la Comisión de Escolarización de Gijón les negó plaza en el Colegio (...) a pesar de que todos ellos serían susceptibles de admisión para una oferta de 3 unidades, según baremación”. Añade que, no obstante, “Durante el curso 2001-2002 los seis menores pudieron permanecer en el Centro y concluir los estudios oficiales correspondientes al Primer Curso de Educación Primaria, pero a su término fueron obligados a abandonar el Centro, en ejecución de la citada Resolución de la Consejería de Educación y

Cultura de 30 de abril de 2001. En virtud de esa imposición de la Administración estos seis menores comenzaron el curso 2002-2003 en el Colegio privado, de Gijón, cursando (Segundo Curso de Educación Primaria)”.

Posteriormente, sigue relatando el reclamante apoderado “La Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 30 de abril de 2001 (...) resultó declarada nula en cuanto reduce el número de unidades concertadas, por Sentencia de la Sección 7ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2004, dictada en el Recurso de Casación, interpuesto y tramitado por los mismos ahora reclamantes, porque, siempre según la citada resolución judicial, la Resolución anulada ha impedido a los padres elegir la enseñanza que desean para sus hijos, lesionando el derecho fundamental a la educación y el derecho de los padres a elegir las enseñanzas que desean para sus hijos, consagrado en el art. 27 de la Constitución Española”. La sentencia “fue notificada a los padres ahora reclamantes el 29 de julio de 2004, de modo que pudieron todos recuperar sus derechos a la educación y a la libre elección de centro para el curso 2004-2005, siguiente inmediato”.

En relación con los daños que se habrían producido, indica el reclamante apoderado que “El Colegio de Gijón, en que los menores representados en esta reclamación cursaban sus estudios, está regentado por la Comunidad Religiosa, y ha sido elegido por los padres de aquéllos en virtud de una opción ejercitada con arreglo a sus convicciones religiosas y morales y en conformidad con el ideario y el carácter del centro educador. Esto significaría que cuando los menores representados en este procedimiento se vieron apartados del Colegio de Gijón como consecuencia de la restricción de la oferta acordada en la Resolución de 30 de abril de 2001, la Administración les impidió una concreta formación religiosa y moral”. Sobre la base de tal consideración, alega que se han producido una serie de “lesiones en sus bienes y derechos” que detalla de la forma siguiente:

En primer lugar, un “daño económico directo, consistente en el coste de la enseñanza en el Colegio, que ascendió para cada alumno a 2.800 euros para el curso 2002/2003 y a 2.950 euros para el curso 2003-2004”; en total, cinco mil setecientos cincuenta euros (5.750 €) frente a la gratuidad del Colegio

Además, según el reclamante, “los progenitores sufrieron (...) el daño moral derivado de verse privados del derecho a elegir para sus hijos (...) el centro educativo más acorde a sus convicciones morales y religiosas (...). Valoran estos daños morales en la cantidad de 30.000 euros por cada progenitor o progenitores de cada menor”. Sufrieron además, según la reclamación, “el daño moral derivado del fuerte impacto divulgativo y social que tuvo la Resolución anulada, que motivó el desprecio público y apasionado de cierto sector de opinión. Valoran ese daño moral en la cantidad de 18.250 euros por cada progenitor o progenitores del menor”. En total por cada uno, cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta euros (48.250 €).

Por lo que respecta a los menores, entiende el reclamante que “sufrieron el daño moral derivado de verse privados del tipo de educación elegido para ellos por sus progenitores (...) por cuanto se han visto impedidos de acceder al específico ideario y carácter de la enseñanza que se imparte en el Colegio Valoran ese daño en 60.000 euros por cada menor”, y que además, “sufrieron asimismo el daño moral derivado del fuerte impacto en su corta experiencia vital que supone el cambio de centro escolar, obligado, involuntario para ellos, injustificado e injustificable, drástico y tajante, y con emotiva resonancia pública y social, con la consiguiente ruptura de su círculo de amistades, y el abandono de las actividades extraescolares dependientes del centro abandonado, tanto educativas, como religiosas y deportivas, así como de los riesgos del deber de asumir las nuevas circunstancias personales derivadas del nuevo colegio y de su nuevo círculo de amistades y actividades. Valoran ese daño moral en 15.000 euros”, daños y lesiones que imputa de forma directa a la Resolución ya citada de 30 de abril de 2001, “sin que los reclamantes tuvieran el deber jurídico de soportarlos”, al haberse declarado dicha Resolución nula “por vulneración de derechos fundamentales de rango constitucional”. En total por cada alumno, setenta y cinco mil euros (75.000 €).

Concluye suplicando a “la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno del Principado de Asturias” (*sic*) que acuerde indemnizar a todos los afectados en función de las cantidades ya reflejadas por los diferentes conceptos, que ascenderían a las siguientes cuantías:

1.- A los cónyuges don y doña con cincuenta y cuatro mil euros (54.000 €), y al hijo común en la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.000 €).

2.- A los cónyuges don y doña con cincuenta y cuatro mil euros (54.000 €), y a la hija común en la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.000 €).

3.- A los cónyuges don y doña con cincuenta y cuatro mil euros (54.000 €), y al hijo común en la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.00 €).

4.- A los cónyuges don y doña con cincuenta y cuatro mil euros (54.000 €), y a la hija común en la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.000 €).

5.- A don con cincuenta y cuatro mil (54.000) euros, y a la hija en la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.000 €).

6.- A los cónyuges don y doña con cincuenta y cuatro mil euros (54.000 €), y al hijo común en la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.000 €).

(Cantidades, todas ellas que, según indica, habrán de actualizarse “a la fecha en que se ponga fin al procedimiento” e incrementarse con “los intereses de demora que procedan desde el fin del procedimiento hasta la fecha del efectivo pago”).

Finalmente, y a modo de otrosí, concluye suplicando a la Consejería que incorpore como prueba “copia del expediente administrativo relativo al Recurso Contencioso-Administrativo sobre Derechos Fundamentales número de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias”.

2. Junto con el escrito de reclamación se acompañan seis copias compulsadas de escrituras de apoderamiento; seis fotocopias de los respectivos registros civiles correspondientes al nacimiento de los menores de edad representados; una copia compulsada de la certificación del Colegio que recoge que los seis menores representados fueron alumnos de dicho Colegio durante los

cursos 2002-03 y 2003-04, y que “Los honorarios durante el curso 2002-03 fueron de 2.800 Euros anuales por alumno y los honorarios del curso 2003-04 ascendieron a 2.950 anuales por alumno”; y una copia compulsada de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 13 de julio de 2004, que anula la citada Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 30 de abril de 2001.

3. Figura incorporada al expediente, como documento núm. 2, una copia de la Resolución de la Consejería de Educación y Cultura acabada de mencionar (correspondiente a la publicada en el BOPA con fecha 25 de mayo de 2001); como documento núm. 3, una copia de la Resolución del Viceconsejero de Educación, de 2 de mayo de 2001, sobre vacantes del Colegio para el curso 2001-2002; como documento núm. 4, un “listado de puntuaciones de alumnos Admitidos”, de fecha 28 de mayo de 2001, en relación con la puntuación en el Colegio; y en el que constan los seis menores representados en este procedimiento con una puntuación total de 7, que, en principio, no daba acceso a las 46 plazas reglamentariamente disponibles; como documento núm. 5 una copia de la Resolución de la misma Consejería, de 19 de abril de 2002, por la que se resuelve el expediente administrativo sancionador instruido al Colegio, de Gijón, por incumplimiento de concierto educativo; y como documento núm. 6, una copia de la Resolución de la Consejería de Educación y Ciencia, de 25 de abril de 2005, por la que se ejecuta la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación núm.

4. Con fecha 4 de octubre de 2005 (documento núm. 7 del expediente) el Inspector Jefe del Distrito 3 informa a la Jefa del Servicio de Centros sobre los centros de destino asignados en el año 2001 a los seis niños reclamantes, al habérseles aplicado el correspondiente baremo y no ser admitidos en el Colegio, de Gijón. Los centros fueron dos de carácter público y tres sujetos a concierto educativo: “....., CP;, Colegio concertado;, C.P.;, C. concertado;, Colegio Público; y, C. concertadoI”.

5. El día 11 de octubre de 2005 el Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Educación y Ciencia elabora un informe sobre la reclamación presentada en el que expone el contenido de la misma y describe los antecedentes del caso, entre los que destaca cómo se produce la reducción de plazas en el Colegio de Gijón y cómo procede la Consejería a sancionar a dicho centro escolar por infracción de la normativa sobre admisión de alumnos al haber elaborado un listado de alumnos admitidos que superaba el de las 46 vacantes previstas para Primero de Educación Primaria, y a formalizar dicha sanción en su Resolución de 19 de abril de 2002. Da cuenta también de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2004 que declara la nulidad de la Resolución de 30 de abril de 2001 citada y concluye informando negativamente tal reclamación, por ausencia de nexo causal, en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

a) En primer lugar, destaca que, conforme establece el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJPAC), “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, por lo que “habrá que examinar en este caso, si concurren o no los requisitos que con carácter general se establecen en los artículos 139 y siguientes ” de la LRJPAC.

b) “El Colegio de Gijón tiene concertada la Educación Primaria y Secundaria, pero no la Educación Infantil, por tanto en esta etapa, el Centro escolar admite libremente a quien quiere y sin tener carácter gratuito, mientras que en las enseñanzas concertadas (...) rige un procedimiento de admisión legalmente establecido en aras de la igualdad, en aquellos Centros donde no hubiera plazas suficientes para atender las solicitudes”. Por ello, continúa señalando el informe, el hecho de haber cursado la “Educación Infantil (privada) en el centro resulta irrelevante, a efectos de exigir la responsabilidad patrimonial reclamada, pues no aseguraba en modo alguno el acceso a la Educación Primaria (concertada) en el mismo”. Los alumnos de Educación Infantil escolarizados en colegios no concertados, “para cursar la Educación

Primaria en régimen de concierto deberán someterse al proceso de admisión, en los casos que en la Educación Primaria hubiera más solicitudes que plazas vacantes. Sin embargo el alumnado que haya sido admitido con anterioridad en los centros sostenidos con fondos públicos, tendrá garantizado el derecho a permanecer en los sucesivos cursos (...) que se impartan en dicho centro escolar, sin que sea necesario que se sometan a un nuevo proceso de admisión. En consecuencia, cuando los padres de los alumnos optaron por la escolarización de sus hijos en la Educación Infantil privada del Colegio, asumieron el riesgo de la posibilidad de no acceder a la Educación Primaria (concertada) en el mismo, pues en el acceso a Primaria, la situación de estos niños es exactamente la misma que la de cualquier otro alumno que no hubiera cursado la Educación Infantil en el Centro”.

c) “Del escrito de reclamación se desprende que los seis alumnos realizaron sus estudios de Primero de Educación Primaria en el Colegio, si bien omite el reclamante apoderado que fue debido a incumplimientos e irregularidades del Centro Escolar en materia de admisión de alumnos, al haber admitido a un número de alumnos en Primero de Educación Primaria superior al de vacantes ofertadas y autorizadas (...). Entre los alumnos (...) que el centro procedió ilegalmente a matricular, figuraban los seis alumnos que con arreglo a su puntuación no deberían haber sido admitidos y tendrían que haber realizado sus estudios en los centros escolares asignados por la Comisión de Escolarización”.

d) “No procede el reembolso de la cuantía reclamada por los gastos de matriculación en el Colegio Privado, debido a que los padres decidieron voluntariamente que sus hijos acudieran a dicho Centro, máxime teniendo en cuenta que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, y la Administración (...) garantizaba la educación gratuita de los seis alumnos tanto en Colegios Públicos como en otros Centros Concertados, no impidiéndoles formación religiosa y moral”, añadiendo también que “en todo caso la Administración actuó de acuerdo con la normativa prevista sobre admisión de alumnos, vigente en el momento de producirse los hechos, y que garantizó la educación gratuita de los seis alumnos reclamantes tanto en Colegios Públicos como Centros

Concertados de idearios similares al Colegio, siendo los padres los que voluntariamente deciden matricular a sus hijos en centros privados, con los gastos que conlleva”.

6. Con fecha 21 de octubre de 2005 se procede al trámite de audiencia (acuse de recibo de la notificación de fecha 24 de octubre), con vista del expediente por el reclamante apoderado el día 10 de noviembre de 2005. Éste, en su propio nombre y en el de sus representados, en escrito de alegaciones de fecha 11 de noviembre de 2005 (registrado de entrada ese mismo día), da por reproducido gran parte de su escrito inicial de interposición de la reclamación y reitera su petición. No obstante, pone de manifiesto que “El daño efectivo tiene en este caso concreto un componente moral para padres e hijos (...) que el Informe del Servicio no pone en entredicho. Los reclamantes entienden especialmente rotundo el daño moral a los hijos derivado del cambio de su entorno escolar causado de forma obligada y sin obligación legal de soportarlo, sin que en nada lo repara la circunstancia de que la Administración les asigne otro centro escolar, puesto que esta medida no evita la ruptura de su entorno vital, por lo que agradecen los padres que la Consejería no haya negado esta parte de daño moral que incumbe a los menores”.

Prosigue el escrito de alegaciones afirmando que “El otro componente del daño, que es el coste económico directo de la enseñanza suplida, no puede ser obviado como se expresa en el informe del Servicio. El litigio entre la Administración y los padres se refería entonces al derecho de elegir centro escolar, por lo que no es aceptable que interprete aquélla los idearios que pretenden los progenitores asignando centros que estima similares. El Centro que la Administración negó a los reclamantes resultó elegido por éstos por un ideario específico que lo distingue y caracteriza y, negado tal derecho, los padres no tenían obligación de aceptar las asignaciones impuestas, unas para centros concertados, cada uno con su propio ideario, y otras para centros públicos, lógicamente sin ideario religioso, sin que los costes económicos resultantes se hubieran producido si la Administración hubiera respetado la

libertad de elección constitucionalmente consagrada como derecho fundamental”.

Continúa su escrito señalando que “La relación de causalidad entre los daños (...) y el actuar de la Administración judicialmente declarado incorrecto resulta patente, pues los primeros no se hubieran producido sin el segundo”, y entiende que tal relación ya aparece mencionada *“obiter dicta”* en el Auto que denegó la suspensión cautelar, cuya copia compulsada aporta con este escrito (Auto de 1 de junio de 2001 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA), cuando señala que “aún apreciando que la ejecución del acto recurrido pudiera afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (...) pues pueden verse privados de la educación en el Centro por ellos interesada (...) con las consecuencias que de todo ello pudieran derivarse”. Razona el reclamante que el hecho de que “el Colegio impartiera gratuitamente el Primer Curso a los expulsados contra la voluntad de la Consejería (...) ha servido para minorar en alguna medida el daño causado”, tanto el moral como el económico.

Por todo ello, concluye suplicando que se dicte resolución en los términos del escrito de reclamación de 13 de julio de 2005. No obstante, mediante otrosí, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 11.2 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, afirma que “estarían dispuestos a suscribir con la Administración un acuerdo indemnizatorio” que se puede resumir de la siguiente forma: los progenitores, en su condición unitaria de padres de los respectivos seis hijos afectados, deberían recibir cada uno la cantidad de cinco mil setecientos cincuenta euros (5.750 €) por el “daño económico directo sufrido” y, cada uno de los menores, diez mil euros (10.000 €) por “los daños morales sufridos”; en total noventa y cuatro mil quinientos euros (94.500 €).

Acompaña al escrito, además de la copia del Auto ya mencionado, un certificado –en fotocopia- del Colegio, donde consta que los seis menores representados en esta reclamación, se encontraban matriculados el 10 de mayo

de 2001, y que el 30 de abril de 2001 todos ellos habían presentado en ese centro solicitud de admisión para cursar Educación Primaria.

7. Con fecha 18 de noviembre de 2005, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales elabora propuesta de resolución, reproduce los mismos fundamentos jurídicos expresados en el Informe de 11 de octubre de 2005 de ese mismo Servicio, si bien pone de manifiesto que “En cuanto al importe reclamado en concepto de daños morales, el interesado en su escrito de alegaciones modifica y minora de forma significativa el montante económico solicitado en su pretensión inicial”. La propuesta de resolución concluye igual que el Informe, pues considera que no existe “nexo causal entre la actuación de la Administración y los daños alegados”, y propone la “desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D.”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de diciembre de 2005, registrado de entrada el día 9 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias, objeto del expediente de la Consejería de Educación y Ciencia, adjuntando a tal fin el original del mismo.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo

establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para solicitar la reparación del daño causado, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que originaron la reclamación, y en cuanto que esos daños afectan a menores de edad, están legitimados los padres, según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos; padres que han acreditado tal condición con las copias respectivas de los correspondientes asientos del Registro Civil. Igualmente los interesados pueden actuar a través de un representante, a tenor de lo establecido en artículo 32 de la misma LRJPAC; apoderado que ha acreditado su poder de representación con las escrituras de poder incorporadas al expediente.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula la reclamación.

TERCERA.- La reclamación se presenta dentro del plazo establecido en el artículo 142.4 de la LRJPAC, que dispone que, en el supuesto de anulación por el orden jurisdiccional de resoluciones o disposiciones impugnadas “el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva”.

En este caso, la sentencia del Tribunal Supremo que anula la Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 30 de abril de 2001, causante a juicio del reclamante de los daños sufridos, es de 13 de julio de 2004 y la reclamación está fechada y registrada de entrada en la Consejería el día 13 de julio de 2005.

CUARTA.- El procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación se ajusta a lo establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones

públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial). Se cumple, pues, con los trámites fundamentales de incorporación de informes de los servicios afectados, trámite de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Sin embargo, no consta en el expediente aportada por la Administración, pero si adjuntada al escrito de reclamación, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 7ª, de 13 de julio de 2004, que anula la Resolución de la Consejería de Educación y Cultura, de 30 de abril de 2001, que minorra las unidades docentes en la renovación del concierto educativo del Colegio

En cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que en la fecha de entrada del expediente en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 13.3 del mencionado Reglamento, pero sí los plazos parciales para la adopción de los actos de trámite e instrucción que, junto al plazo de dos meses para la emisión de dictamen por este Consejo -artículo 12.2 *in fine* de la misma norma- constituyen el tiempo reglamentariamente establecido para la resolución del expediente. Presentada la reclamación que ahora examinamos con fecha 13 de julio de 2005 y recibida la solicitud de dictamen el día 9 de diciembre del mismo año, aún sin agotar el plazo para la emisión de nuestro dictamen, no podrá la Administración aprobar en tiempo la correspondiente resolución. No obstante, ello no impide que ésta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b) de la referida LRJPAC.

QUINTA.- Nuestro ordenamiento jurídico construye un sistema de responsabilidad objetiva sin culpa de las Administraciones Públicas, fundamentado en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, cuyo tenor literal dispone que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Esa ley es la LRJPAC, que extiende la responsabilidad de los servicios

públicos a las consecuencias de su funcionamiento tanto normal como anormal (artículo 139.1). Sin embargo, ese derecho no implica que todo daño padecido por los particulares deba ser necesariamente indemnizado, pues para ello se requiere la concurrencia de determinados requisitos.

A ellos se refiere el artículo 139.2 de la LRJPAC al disponer que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, así como el artículo 141.1 del mismo cuerpo legal, conforme al cual “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.”

En aplicación de la citada normativa legal, y atendida tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que el daño realizado sea efectivo, antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- La reclamación objeto de este dictamen parte de la consideración de que, declarada la nulidad de un determinado acto administrativo, surge la obligación de indemnizar al administrado por los perjuicios que le haya ocasionado dicho acto. Sin embargo, el artículo 142.4 de la LRJPAC no permite concluir tal automatismo, pues expresamente dispone que “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, es decir, tal anulación no genera de manera inmediata y mecánica un derecho a la indemnización, aunque evidentemente tampoco lo excluye; la anulación simplemente es condición inicial necesaria para que la responsabilidad pueda nacer, pero insuficiente si no concurren los demás requisitos.

Por ello, ante supuestos de anulación de actos será preciso examinar, como en cualquier otro caso de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, si se cumplen todos los requisitos legalmente exigibles para que proceda su declaración, porque, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª) de 2 de julio de 1998 “La mera anulación de los actos y disposiciones de la Administración, en los términos de la regulación vigente, no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la Administración produce un perjuicio, que el recurrente no está obligado a soportar y no es, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”.

Esta doctrina es de especial importancia en el presente caso, y no sólo porque permite confirmar que para atribuir responsabilidad patrimonial a la Administración los reclamantes deben probar que el acto administrativo anulado tuvo como consecuencia directa la producción de un daño efectivo, más allá de la simple constatación del hecho en sí de la declaración de nulidad. También, y con igual relevancia, porque permite descartar la tesis del denominado “margen de tolerancia” de la Administración, que está implícita en la argumentación de la propuesta de resolución del expediente que ahora examinamos. En efecto, en su Fundamento de Derecho VII y para abundar en la idea de ausencia de nexo causal y de derecho a una indemnización, se argumenta “y, considerando que en todo caso la Administración actuó de acuerdo con la normativa vigente en el momento de producirse los hechos”. Como recuerda el Consejo de Estado en su memoria de 1990 y en dictámenes posteriores (965/1999, entre otros) “en la más reciente jurisprudencia no se admite el denominado ‘margen de tolerancia’ de la Administración, de tal manera que la responsabilidad patrimonial procederá -siempre que concurren los requisitos exigidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992- aunque la cuestión resuelta por el acto fuera más o menos discutible u opinable (...). Esta postura tiende a evitar

la introducción de un elemento subjetivo en lo que constituye una institución, como es la responsabilidad patrimonial de la administración, configurada legalmente con un carácter objetivo, es decir, desprendido, en principio, de cualquier elemento culpabilístico”.

Por tanto, y con independencia de elementos subjetivos de imputación o de exculpación del actuar de la Administración, debemos analizar si se ha acreditado un daño efectivo, antijurídico y evaluable económicamente en la esfera de intereses legítimos de los particulares reclamantes y, de existir éste, si guarda además una nexos causal con el funcionamiento de la Administración escolar de nuestra Comunidad Autónoma.

SÉPTIMA.- De los antecedentes resulta probado lo siguiente:

1) Los seis menores reclamantes solicitaron, a través de sus padres, plaza en el Colegio, de Gijón, para estudiar el primer curso de Educación Primaria en el año 2001-2002; colegio, sujeto a renovación de concierto educativo, en el que los menores acababan de cursar la Educación Infantil en régimen de pago como enseñanza privada. Publicada por el centro, con fecha 28 de mayo de 2001, la puntuación de los solicitantes tras la aplicación del correspondiente baremo, los reclamantes entendieron que sus hijos habían sido admitidos, a pesar de que tres días antes, en el BOPA del día 25 de ese mismo mes, se publicó la Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 30 de abril de 2005, que redujo las unidades concertadas con dicho centro de dieciocho a diecisiete. Esta minoración, en lo que al primer curso de Educación Primaria se refiere, se tradujo en una rebaja de la oferta educativa de tres a dos unidades. La puntuación de los seis menores, suficiente en el caso de tres unidades, no lo fue tras la minoración a dos, y la Comisión de Escolarización de Gijón les ofreció destino docente en otros centros de la red de enseñanza pública y concertada.

2) Pese a no poder acceder oficialmente a las plazas concertadas que podía ofrecer para el curso 2001-2002 el Colegio, los padres, a la vez que recurrían judicialmente aquella Resolución, matricularon a sus hijos de forma

ilícita en dicho centro. En él, éstos realizaron y concluyeron el primer curso de Enseñanza Primaria.

3) Como consecuencia de la infracción, la Consejería de Educación y Cultura, por Resolución de 19 de abril de 2002, acordó la imposición de una sanción económica al mencionado colegio por la comisión de una falta grave.

4) No pudiendo continuar sus estudios en el Colegio, los seis menores fueron matriculados por sus progenitores en el Colegio privado, donde permanecieron los cursos 2002-2003 y 2003-2004, sin que conste en el expediente que hubiesen hecho gestión alguna para solicitar plaza en la red escolar pública o concertada en ninguno de esos dos años.

5) Impugnada aquella Resolución de 30 de abril de 2001 por los reclamantes, a través del procedimiento de Protección de los Derechos Fundamentales, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 7ª, la anuló en sentencia de 13 de julio de 2004, por reducir ilícitamente el número de unidades que estaban concertadas en el Colegio, de Gijón y, al hacerlo, afectar “directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir las enseñanzas que desean para sus hijos”.

6) Fundada en tal anulación, se presentó la reclamación ahora examinada, que entiende que hay un nexo causal entre la actuación ilícita de la Administración y los daños alegados, que desglosan del siguiente modo: daños económicos directos consistentes en coste de la enseñanza en el Colegio durante los cursos 2002-2003 y 2003-2004; daños morales a los padres, por “verse privados del derecho a elegir para sus hijos (...) el centro educativo más acorde a sus convicciones morales y religiosas”, y por “el fuerte impacto divulgativo y social que tuvo la Resolución anulada, que motivó el desprecio público y apasionado de cierto sector de opinión”; daños morales también a su hijos, por “verse privados del tipo de educación elegido para ellos por sus progenitores” y por “ el fuerte impacto en su corta experiencia vital que supone el cambio de centro escolar (...) con emotiva resonancia pública y social, con la consiguiente ruptura de su círculo de amistades”.

Por tanto, constatado el anormal funcionamiento del servicio público escolar del Principado de Asturias, que se concreta en la aplicación de la

Resolución judicialmente anulada, cumple dilucidar cuáles de los daños aducidos, sin tener que ser soportados por los reclamantes, muestran un nexo causal con ella.

Nuestro análisis debe comenzar por identificar el daño más inmediato que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2004, causó la mencionada Resolución: la lesión de un derecho fundamental de los interesados y que éstos reclaman como daño moral indemnizable. La determinación de qué derecho en concreto se ha lesionado es importante para resolver otros extremos de la reclamación. En todo caso, contrasta con este problema el planteamiento que el instructor hace en su propuesta de resolución, pues ignora el contenido de la citada sentencia anulatoria y su declaración de que se ha lesionado un derecho fundamental de los reclamantes.

Según la propuesta, el daño no existe porque los seis niños no tenían derecho a matricularse en el curso 2001-2002 en el Colegio Se argumenta que la Resolución de 30 de abril de 2001 disminuyó las plazas concertadas del Colegio y que, una vez aplicado el baremo de selección, los seis alumnos reclamantes no alcanzaron la puntuación necesaria para ser admitidos, pero silencia el que esa calificación hubiera sido suficiente, de haberse renovado el concierto educativo sin la ilícita reducción establecida por la Resolución. También se hace especial hincapié en la sanción impuesta al citado colegio por incumplir la minoración de plazas, ya que en el curso 2001-2002, desobedeciendo aquella Resolución, mantuvo las mismas unidades docentes y permitió la matriculación de más alumnos, entre ellos los seis hijos de los reclamantes. Pero este hecho es irrelevante en relación con el daño alegado, salvo para afirmar –como sostienen los propios reclamantes- que el daño moral por la lesión de su derecho fundamental no fue mayor y quedó reducido temporalmente a dos cursos escolares en vez de a tres.

Este Consejo entiende, en línea de principio, que la vulneración de un derecho fundamental por la Administración implica *per se* un daño moral, por cuanto se resiente en mayor o menor medida el substrato de la dignidad humana (artículo 10.1 de la Constitución) en él presente, y ello con independencia de si se constata o no, además, un daño económico directo.

En el caso examinado estamos ante un daño que cumple los requisitos que demanda el artículo 139.1 de la LRJPAC, ya que es efectivo, evaluable económicamente -dentro de las dificultades que comporta la valoración de los daños morales- e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, los reclamantes. Ahora bien, es preciso determinar de qué derecho concreto se trata para delimitar con precisión el ámbito del daño jurídicamente causado y sus consecuencias, habida cuenta de las diferencias entre lo que sostienen los reclamantes y lo que declara la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2004.

Para los reclamantes el derecho vulnerado es “el derecho a elegir para sus hijos (...) el centro educativo más acorde a sus convicciones morales y religiosas, derecho constitucionalmente consagrado como fundamental en nuestro sistema legal”; apreciación que confirman en su escrito de alegaciones, al decir que “el litigio entre la Administración y los padres se refería entonces al derecho de elegir centro escolar”. Esta lesión iusfundamental así identificada se constituye, además, en pieza clave para argumentar los interesados el daño económico sufrido al tener que matricular a sus hijos en un colegio de pago.

Sin embargo, según declara textualmente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, la Resolución de 30 de abril de 2001 “ha impedido a los padres elegir la enseñanza que desean para sus hijos ignorando que el art. 27.9 de la Constitución impone a los poderes públicos el deber de financiar la educación obligatoria respetando la igualdad”. Una decisión que afecta “directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir las enseñanzas que desean para sus hijos” (Fundamento de Derecho séptimo). Quiere ello decir que el derecho de los padres realmente vulnerado es el reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución, “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, si bien la lesión tiene lugar porque la Administración escolar incumplió la obligación derivada del artículo 27.9 de la Constitución “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. El núcleo de la *ratio decidendi* de aquella sentencia es que la

Resolución es anulada al no acreditar debidamente por qué no se renueva en su plenitud el concierto educativo al Colegio Igualmente, en el fallo, se declara la invalidez de la Resolución “en cuanto reduce el número de unidades que estaban concertadas por el Colegio”. En pocas palabras, la Resolución minorra las plazas docentes de modo injustificado y, al hacerlo, la lesión que afecta directamente al derecho del Colegio, desprovisto de la subvención debida, alcanza también con igual inmediatez al derecho de los padres a “elegir la enseñanza” en ese centro -expresión literal usada en la sentencia del Tribunal Supremo- una vez cumplidos los requisitos establecidos en el régimen de admisión, pero no vulnera un abstracto derecho a “escoger el centro docente” que se estime pertinente, tal como parecen argumentar los reclamantes.

El Tribunal Constitucional, desde su temprana Sentencia 5/1981, viene sosteniendo que “El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral”.

“El derecho de todos a la educación” -afirma la Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional- “incorpora (...), sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho” y, al servicio de tal acción prestacional está, entre otros, el mandato del art. 27.9 de la Constitución. Este precepto -se dice en la misma Sentencia- “en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública”. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 195/1989, 19/1990 y 337/1994, entre otras), el derecho fundamental a la educación “no se extiend(e) necesariamente a la elección de los padres sin gasto alguno de un Centro concreto y determinado”.

Pudiera entenderse que la propuesta de resolución considera que no se ha vulnerado el derecho de los reclamantes a elegir la enseñanza moral y

religiosa querida para sus hijos, ya que tras la reducción de unidades escolares, la Comisión de Escolarización ofreció a los no admitidos otros centros “cuyas características e idearios son similares al Colegio”. Sin embargo, tal violación iusfundamental existió, porque así lo declara una sentencia firme. Además, cuando los padres solicitan la admisión de sus hijos en determinados centros escolares, están manifestando sus preferencias educativas, lo cual constituye el ejercicio, aunque sea en fase inicial, del derecho subjetivo reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución. Si, de acuerdo con las normas de admisión y plazas disponibles en la red escolar pública y concertada, esas preferencias pueden cumplirse, la Administración no puede alterarlas ilícitamente, ni siquiera ofreciendo centros “similares”, pues no está autorizada para interpretar y sustituir el deseo de los padres cuando éste se halla en condiciones legales de verse realizado. En este sentido y en este contexto de una actuación contraria a derecho puede compartirse la alegación de los reclamantes de que “no es aceptable que interprete aquélla (la Administración) los idearios que pretenden los progenitores asignando centros que estima similares”.

En suma, declarada nula la citada Resolución, la Administración escolar lesionó “el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (artículo 27.3 de la Constitución) y el derecho de sus hijos a recibirla (artículo 27.1 en relación con su apartado 3, de la Constitución); también, aunque sólo de modo implícito y en la medida en que esté vinculado a éste, el derecho a elegir el centro dónde esa enseñanza se imparte. Tal vulneración constituye en sí un daño moral que los reclamantes no tenían el deber jurídico de soportar, ya que, de no haberse dictado la Resolución posteriormente anulada, los seis niños hubieran accedido a la enseñanza de primer curso de Primaria querida por sus padres. Todo ello, al margen de si se reconoce o no un daño económico directo. La prueba está en que, de haber ido los niños a los centros públicos o concertados ofrecidos por la Administración en sustitución del Colegio, no se hubiera producido daño económico directo de los padres, lo cual no impediría afirmar que la Resolución sí había vulnerado el citado derecho

fundamental. Debe estimarse en este sentido la responsabilidad patrimonial de la Administración.

OCTAVA.- La otra consecuencia inmediatamente ligada a la aplicación de la Resolución de 30 de abril de 2001, fue que los seis menores tuvieron que dejar el colegio, sin poder continuar en él. No se trata ahora del cambio obligado en la “enseñanza” que esperaban recibir en el Colegio, sino del cambio “de colegio”, de “entorno escolar”, que sufrieron los niños. Esta consecuencia parece evidente desde el punto de vista fáctico, una vez constatado que los seis menores cursaron la Educación Infantil en aquel Colegio -e incluso, aunque de manera ilegal, el primer curso de Primaria- y que se vieron obligados a abandonar ese centro escolar al ejecutarse de modo efectivo la mencionada Resolución. Sin embargo, no lo es tanto desde el punto de vista jurídico, que es como ha de analizarse el nexo causal exigido por el artículo 139 de la LRJPAC para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La propuesta de resolución considera que no hubo propiamente un cambio de centro, sino una “no admisión” en el citado colegio, en aplicación de la Resolución de 30 de abril de 2001. En síntesis, señala que el hecho de que los seis niños cursaran en el año 2000-2001 la Educación Infantil en el Colegio carece de relevancia, porque lo hacían en régimen de pago, en calidad de centro estrictamente privado. Para el ingreso en la Educación Primaria al curso siguiente 2001-2002, al actuar ese colegio como centro concertado, cualquier alumno, con independencia de su procedencia escolar y para garantizar el principio de igualdad, tenía que someterse al proceso de admisión establecido. Añade que, al reducir la Resolución de 30 de abril de 2001 las plazas concertadas del Colegio, los seis alumnos reclamantes no alcanzaron la puntuación necesaria para ser admitidos. Concluye que los seis menores no fueron “expulsados” del centro, como sostienen los reclamantes, sino simplemente no admitidos y destinados a otros centros públicos y concertados. Apostilla que esta consideración en nada se ve alterada por el hecho de que los seis menores hubieran cursado el primer año de Educación Primaria en el Colegio, pues lo hicieron contraviniendo la Resolución de 30 de abril de

2001. Por tanto, para el autor de la propuesta de resolución, el cambio de colegio y los problemas que hubiera podido conllevar para los niños no son imputables a la Administración.

Este Consejo entiende que el argumento utilizado en la propuesta sería correcto de ser legal la Resolución de 30 de abril de 2001; sin embargo, una vez declarada ésta judicialmente nula, el cambio de colegio se convierte en relevante. Ciertamente que los menores no fueron “expulsados” del Colegio; no es que ellos tuviesen derecho a seguir en el colegio por haber cursado en él la Enseñanza Infantil, argumento que utilizan los reclamantes. Pero, siendo nula la minoración de plazas decidida por la Consejería, los seis niños tenían derecho a matricularse en aquel centro en el curso 2001-2002, con independencia de donde hubiesen cursado la Educación Infantil. La sentencia del Tribunal Supremo que anula la Resolución, y que una vez más ignora el órgano instructor en su propuesta, declara que no se pronuncia sobre “la cuestión de que los seis menores afectados sean escolarizados o matriculados en el Colegio de reiterada mención (.....), según resulte de la baremación que se les practique, puesto que ello o será consecuencia de la nulidad que declaramos o, en su caso, será el resultado de tal baremación que se les practique” (Fundamento de Derecho octavo). Por tanto, siendo conocido que la puntuación obtenida por los seis niños alcanzaba para matricularse en las plazas del colegio ilícitamente reducidas por la Consejería, la decisión de ésta supuso la no admisión de los niños en ese centro para iniciar los estudios de Primaria, pero también, de hecho, la no continuidad en un colegio en el que estaban estudiando y en el que lógicamente habían creado un entorno de relaciones y amistades. Un entorno que no se alteró en el curso 2001-2002 por el comportamiento ilegal del Colegio incumpliendo aquella Resolución y matriculando a los seis niños, pero que indudablemente se vio trastocado al tener que abandonar éstos el colegio en el curso 2002-2003, al ejecutarse aquella Resolución. A estos efectos es irrelevante el destino escolar que tuvieran los menores, pues fuese ya el Colegio, ya los centros públicos o concertados decididos por la Comisión de Escolarización, aquel entorno escolar creado en la Educación Infantil se vio transformado de forma antijurídica.

En suma, este Consejo considera que un cambio no previsto de centro escolar, en el que se ha convivido durante cursos pasados, es lógico e inevitable que produzca en alumnos de tan corta edad algún trastorno o quebranto, por leve que éste sea. Un daño moral que los seis niños tendrían la obligación de soportar si la Resolución que reducía las plazas escolares a las que optaban fuese legal, pero no cuando es declarada nula. Dado este daño antijurídico y su nexo causal con el anormal funcionamiento del servicio público escolar, materializado en la ejecución de una Resolución ilícita, procede también estimar a este respecto la responsabilidad patrimonial de la Administración.

NOVENA.- Los reclamantes alegan, además, la existencia de un “daño económico directo, consistente en el coste de la enseñanza en el Colegio, que ascendió para cada alumno a 2.800 euros para el curso 2002/2003 y a 2.950 euros para el curso 2003-2004”; colegio privado al que llevaron a sus hijos tras la ejecución de la Resolución de 30 de abril de 2001, declarada judicialmente nula, y que les privó ilícitamente de la enseñanza gratuita en el centro de su preferencia.

El pago de dichas cantidades no queda acreditado de modo fehaciente, pues no se aportan al expediente los correspondientes recibos del gasto realizado, sino un escrito en papel timbrado del Colegio, en el que su Directora certifica que los seis niños reclamantes “han sido alumnos de este centro los Cursos 2002-03 y 2003-04. Los honorarios durante 2002-03 fueron de 2.800 Euros anuales por alumno y los honorarios de 2003-04 ascendieron a 2.950 anuales por alumno”. No obstante, procedemos a examinar este aspecto de la reclamación.

Aducen los interesados en su escrito de alegaciones que “El Centro que la Administración negó a los reclamantes resultó elegido por éstos por un ideario específico que lo distingue y caracteriza, y negado tal derecho, lo padres no tenían obligación de aceptar las asignaciones impuestas, unas para centros concertados, cada uno con su propio ideario, y otras para centros públicos, lógicamente sin ideario religioso, sin que los costes económicos resultantes se hubieran producido si la Administración hubiera respetado la libertad de

elección constitucionalmente consagrada como derecho fundamental. La relación de causalidad entre los daños (...) y el actuar de la Administración judicialmente declarado incorrecto resulta patente, pues los primeros no se hubieran producido sin el segundo”.

Identificado el daño, el análisis ha de centrarse en la existencia de un nexo causal con la Resolución de 30 de abril de 2001. Para los reclamantes la relación causal “resulta patente”, pero es obligado averiguar si se da esa conexión de “consecuencia” en el sentido del artículo 139.1 de la LRJPAC, y que repetida jurisprudencia ha interpretado como existencia de una relación directa, necesaria e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento normal o anormal del servicio público.

Es posible que la evidencia de ese nexo causal surja para los interesados de la creencia en un automatismo entre nulidad de actos administrativos y responsabilidad patrimonial de la Administración por todo tipo de daños que tengan relación con el mal actuar del poder público, pero, como dijimos en la consideración jurídica sexta, tanto la LRJPAC como la jurisprudencia niegan tal automatismo. Puede también que la evidencia se deba a que para los reclamantes el derecho fundamental que aquella Resolución vulnera es -según dicen en su escrito inicial- su “derecho a elegir para sus hijos (...) el centro educativo más acorde a sus convicciones morales y religiosas”. Sin embargo, en la consideración jurídica séptima de este dictamen queda dicho que, según doctrina del Tribunal Constitucional, ni este derecho ni la “libertad de elección de centro” están consagrados en la Constitución como derechos fundamentales, y que el derecho de los reclamantes que la Resolución vulnera es el derecho a escoger “la enseñanza” moral y religiosa reconocido en el artículo 27.3 de nuestra norma fundamental.

La reclamación presentada sobre el daño económico directo estaría fundada si el Principado de Asturias hubiera configurado la dimensión prestacional del derecho a la educación como un derecho de los padres a una subvención económica directa para, luego, poder ellos escoger el centro escolar de su preferencia (el llamado sistema del “cheque escolar”, que cubriría en todo

o en parte la matrícula del centro elegido); pero no es así. El derecho a la subvención se atribuye directamente a los centros docentes, no a los padres, y, además, “no nace de la Constitución, sino de la Ley” (STC 86/1985). Por tanto, el que el Colegio se viera privado ilegalmente de parte de la subvención a la que tenía derecho según la regulación de los conciertos educativos, no entraña sin más y de manera inmediata una lesión patrimonial a aquellos padres que se hubieran beneficiado de no haberse cometido tal ilegalidad por la Administración.

Descartado que la gratuidad de la enseñanza obligatoria constituya un cheque escolar que puedan hacer efectivo los padres cuando la Administración no satisface por sí misma las preferencias educativas de éstos, la única vía para poder calificar como daño antijurídico el gasto de matrícula efectuado por los reclamantes es demostrar que la matriculación en el Colegio fue el medio necesario, inevitable y económicamente no desproporcionado para dar satisfacción a su derecho constitucional reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución y que se vio frustrado por una Resolución que a la postre resultó nula. Sólo así podrá entenderse cumplido el requisito legal de que exista una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la Resolución anulada y el daño económico aducido.

No hay prueba alguna que aporten los reclamantes para demostrar que la elección del Colegio fue la única alternativa posible a la enseñanza que confiaban tener en el Colegio Deseando para sus hijos una enseñanza moral y religiosa católica, los reclamantes no hacen, ni en su escrito inicial ni en el de alegaciones, el más leve intento de argumentar por qué no satisfacen sus pretensiones los colegios sustitutivos propuestos por la Administración, entre ellos dos de carácter religioso católico. Tampoco consta que los reclamantes hubieran recurrido la asignación que la Comisión de Escolarización de Gijón hizo de esos colegios a los seis niños, dos a centros públicos y cuatro a centros concertados de ideario religioso católico (tres de estos últimos niños, en el mismo colegio).

Cierto que la dimensión prestacional del derecho a la educación no convierte a los padres y a sus niños en meros sujetos pasivos de la decisión

pública (STC 337/1994), y que la Administración no puede ignorar las preferencias educativas manifestadas por los padres y, menos aún, entender -como sostiene la propuesta de resolución examinada- que cumple con el mandato constitucional garantizando la escolarización gratuita a los niños “no impidiéndoseles formación religiosa y moral”. Justamente la dimensión prestacional del derecho no exige de la Administración una actitud abstencionista y de no injerencia, sino positiva y de intervención para facilitar el pleno ejercicio de los derechos. Ahora bien, el que la oferta pública escolar no se ajuste a las expectativas de los progenitores no significa sin más lesión de su derecho fundamental reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución. De lo contrario, todos los padres que llevan a sus hijos a centros exclusivamente privados, por entender que los colegios públicos o los concertados no satisfacen el ejercicio de su derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución, podrían reclamar una subvención administrativa o, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero, insistimos, esto sólo podría acontecer en el ámbito de un sistema de “cheque escolar” elegido por los poderes públicos como un modo de concretar el mandato del artículo 27.9 de la Constitución, opción que, ni antes ni ahora, se ha tenido en cuenta en el Principado de Asturias.

Dicen los reclamantes en su escrito de alegaciones que no es aceptable que la Administración interprete los idearios que pretenden los progenitores asignando centros que estima similares, pero es no sólo inevitable, sino también necesario que lo haga cuando los padres quieren beneficiarse de la dimensión prestacional del derecho a la educación y las plazas en los colegios son limitadas. Cosa distinta es, según acabamos de afirmar, que la Administración ignore las pretensiones de los padres o las valore de manera inadecuada; para reaccionar frente a ello están las vías de reclamación establecidas y, por eso, es pertinente en este procedimiento exigir a los reclamantes pruebas de que la elección del colegio privado fue la única forma de remediar las consecuencias que para ellos tuvo la Resolución judicialmente anulada o, cuando menos, una solución dentro de las que era

razonable adoptar acorde con el tipo de enseñanza pretendida con la preinscripción de sus hijos en el Colegio

Pudiera entenderse que, en el caso de los dos niños destinados por la Comisión de Escolarización de Gijón a centros públicos, la Administración ignoró la opción manifestada por los padres de una educación en un centro de ideario religioso, pero no hay datos ni indicios de que se hubiera interpuesto recurso alguno contra esa decisión. Además, no consta que el colegio privado finalmente escogido por los padres tenga carácter religioso. Además, aun admitiendo que ningún colegio público ni concertado ofreciese la calidad educativa, moral y religiosa equiparable a la ofrecida por el Colegio, los reclamantes deberían haber demostrado que los precios de matrícula del Colegio en los dos cursos mencionados se correspondían con “las valoraciones predominantes en el mercado” docente, tal como demanda el artículo 141.2 de la LRJPAC. Sin embargo, ni en el escrito inicial de reclamación ni en el de alegaciones se señala, y menos aún se demuestra, que el gasto fue razonable.

Este razonamiento, que sirve para analizar la reclamación tal cual es planteada por los interesados, conduciría por sí mismo a la desestimación, cuando menos parcial, de la indemnización por el daño económico directo alegado. Sin embargo, debemos tener en cuenta también una circunstancia - que la reclamación ensombrece, pero que la propuesta de resolución subraya- y que ha de ser examinada, porque puede cambiar el sentido de la consideración jurídica sobre la valoración del daño económico y su causa. Se trata del hecho de que los seis menores, a pesar de la Resolución de 30 de abril de 2001, fueron ilícitamente admitidos por el Colegio, centro en el que cursaron durante el año 2001-2002 primero de Educación Primaria. La sanción impuesta por este hecho al colegio carece de relevancia; no, en cambio, la permanencia de los menores, y no por el hecho de su ilicitud, sino porque explica aquella ausencia de pruebas justificativas de la razonabilidad y proporcionalidad del gasto escolar aducido por los padres.

En efecto, junto a ese comportamiento activo de hacer lo legalmente no debido, hubo una pasividad de los reclamantes en no hacer lo legalmente

debido. Según se desprende del expediente, al conseguir de esa manera irregular plazas en el Colegio, los padres se abstuvieron de recurrir la decisión de la Comisión de Escolarización que asignó a los seis niños otros centros docentes gratuitos. Tras hacerse efectiva la sanción a dicho colegio y no poder continuar en él los seis menores, los padres no solicitaron su admisión en algún centro de la red pública o concertada, ni en el curso 2002-2003 ni en el 2003-2004. Decidieron abandonar directamente el Colegio para inscribirlos en el colegio privado que voluntariamente quisieron, sin realizar gestión alguna ante la Administración escolar del Principado de Asturias, sin dar la oportunidad de que ésta ofreciese una alternativa en su red docente pública o concertada, aunque sólo fuese para poder rechazarla con argumentos que pudiesen ser luego atendibles por los cauces establecidos en nuestro Estado de Derecho, entre ellos, este Consejo Consultivo.

En suma, al matricular a sus hijos en el Colegio los padres ejercieron el derecho a escoger la enseñanza que consideraron mejor para sus hijos; pero lo ejercieron sólo en su dimensión subjetiva, no en la prestacional por cuenta diferida de la Administración. Asumieron un gasto, que sin duda no hubieran hecho si sus niños hubieran podido estudiar en el Colegio, pero no realizan en su reclamación el más mínimo intento de probar que ese gasto no lo hicieron libremente, sino de manera necesaria, inevitable y económicamente proporcionada al mercado, como única vía para remediar la imposibilidad, ocasionada por la Resolución judicialmente anulada, de cursar estudios sus hijos en el colegio concertado preseleccionado. Tampoco consta que asumieran tras la Resolución las cargas que impone la Administración prestacional educativa para asegurar un acceso de todos a la educación en condiciones de igualdad y para garantizar los derechos fundamentales del derecho a la educación reconocidos en el artículo 27 de la Constitución. No se puede pretender el reconocimiento de un daño por falta de prestación, cuando se prescinde de los cauces y procedimiento legales que permiten acceder al sistema prestacional y a sus garantías. No queda, pues, demostrado el nexo causal, en los términos requeridos por el artículo 139 de la LPJPAC, entre el

actuar de la Administración y el daño económico aducido. En consecuencia, debe desestimarse la reclamación en este punto.

DÉCIMA.- Resta analizar el otro daño moral aducido por los interesados, “derivado del fuerte impacto divulgativo y social que tuvo la Resolución anulada, que motivó el desprecio público y apasionado de cierto sector de opinión.”

Este Consejo entiende que tal daño, de existir, no es antijurídico. En primer lugar, la Resolución no posee un contenido ni propósito ofensivo o despreciativo para los que por ella se han visto perjudicados y su anulación judicial nada tiene que ver con este argumento. En segundo lugar, cuando los reclamantes se refieren al impacto divulgativo y social, a la emotiva resonancia pública de la Resolución administrativa posteriormente anulada, o al desprecio público y apasionado de algún sector de la opinión pública, ninguna prueba aportan al expediente sobre tales afirmaciones, cuando realmente su demostración, que sólo a ellos corresponde, hubiera resultado ciertamente sencilla acudiendo a las hemerotecas, pues, sin duda, la polémica habría encontrado eco en los medios de comunicación social. Pero, en tercer lugar, aun admitiendo que la Resolución se hubiese convertido en noticia y en centro de polémica y una vez descartado su contenido ofensivo o provocador, los reclamantes no pueden desconocer que, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen “No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley”. Por lo demás, ha de tenerse presente que, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, “la libertad de expresión que nuestra Constitución consagra «tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor» (STC 4/1996, de 16 de enero, fundamento jurídico 3). Abarcando también la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de

enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe ‘sociedad democrática’» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, [Fuentes Bobo c. España], § 43)”. (STC 20/2002, de 28 de enero). Por tanto, entendemos que debe desestimarse también la reclamación en este punto.

UNDÉCIMA.- De las consideraciones jurídicas precedentes se concluye que dos son los daños indemnizables por su nexo causal con la anulada Resolución de 30 de abril de 2001, y ambos son de naturaleza moral. Uno, el relativo a la lesión sufrida por los reclamantes en su derecho fundamental reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución, tanto el que “asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, como el que asiste a los hijos de acceder a ella. El otro, el trastorno que supuso para los seis menores alterar su círculo vital en el ámbito escolar, al tener que cambiar de colegio en el que hasta ese momento habían estudiado, por una decisión administrativa ilícita.

Los reclamantes cifran la valoración de aquel primer daño moral “en la cantidad de 30.000 euros por cada progenitor o progenitores de cada menor”, y “en 60.000 euros por cada menor de edad”. Contrasta la cifra total reclamada sólo por este daño moral, 90.000 €, con los 5.750 € que demandan por el daño económico; máxime cuando en el escrito de alegaciones se propone una terminación convencional en la que los reclamantes mantienen sólo la solicitud de indemnización por este último daño, el gasto escolar, y suprimen toda su petición de indemnización por daños morales, excepto la referente al cambio del entorno escolar de los niños. Al carácter aleatorio de la petición inicial se une aquí la falta total de firmeza de los reclamantes en su convicción de la gravedad del daño moral que dicen haber sufrido, y que consiste precisamente en no poder dar a sus hijos una enseñanza moral -y religiosa- acorde con sus convicciones. La propuesta no fue aceptada por el órgano instructor.

No obstante estas contradicciones, entendemos que el daño moral existe, es relevante y es indemnizable. Para concretarlo en términos

patrimoniales es preciso una prueba, aunque sea mínima, de la razonabilidad de su valoración económica, sobre todo cuando se trata de una cifra tan elevada. Es cierto que la jurisprudencia, al sopesar la necesidad de la prueba de los daños morales, ha atemperado la exigencia de su demostración, pero no hasta el punto de que resulte suficiente su mera afirmación para tenerlos por ciertos en la cuantía reclamada.

Esta indigencia probatoria se extiende también a la valoración del otro daño moral sujeto a indemnización, el cambio del entorno escolar sufrido por los menores, y que los reclamantes fijan en 15.000 € por niño. Una cosa es que podamos presumir que ese daño existe aunque sea mínimo, en atención a la tierna edad de los seis menores, y otra aceptar sin más la cantidad solicitada por este concepto sin atenerse a criterio de ningún tipo.

La falta de pruebas que justifiquen la cantidad económica solicitada en concepto de daños morales, lleva con frecuencia al Consejo de Estado a aplicar el criterio de que “no existe mayor resarcimiento moral para el reclamante que la propia anulación del acto administrativo recurrido” (Dictámenes 973/2002 y 3435/2002). Sin embargo, entendemos nosotros que en una sociedad democrática, el daño moral por la lesión de un derecho fundamental causada por un poder público, máxime si hay sujetos pasivos menores de edad, tiene una especial gravedad y relevancia y ha de tener un reproche y una compensación que vayan más allá de la mera satisfacción de ver invalidada la acción u omisión ilícitas por la reacción eficaz del propio Estado de Derecho. Consideramos que un criterio razonable para cuantificar estos dos daños morales es la cantidad que los propios representantes de esa sociedad democrática fijan en los Presupuestos Generales del Estado como valoración de la garantía que la Constitución, en su artículo 27.3, demanda de los poderes públicos con el fin de hacer efectivo “el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Esa valoración en lo que a una plaza escolar de Educación Primaria se refiere se concretó para los ejercicios de 2002 y 2003 en dos mil quinientos noventa y cuatro euros (2.594 €), que es lo que debe recibir por los daños morales aquí reconocidos cada una de las seis unidades familiares

reclamantes; cantidad distribuida del siguiente modo: un cuarenta y cinco por ciento para el padre o padres del menor (1.167,30 €) y un cincuenta y cinco por ciento para éste (1.426,70 €).

DUODÉCIMA.- Este Consejo, no puede concluir sin hacer tres observaciones sobre la propuesta de resolución, por más que sean corolario de las ya expuestas en las consideraciones jurídicas precedentes. La primera es que el órgano instructor no debería ignorar en su argumentación el hecho de que la Resolución de 30 de abril de 2001 fue anulada y, menos aún, silenciar el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo que declara tal nulidad, hasta el extremo de que su texto no aparece incorporado por la Administración al expediente.

Igualmente, entendemos desacertado que la propuesta de resolución se escude en el correcto actuar de la Administración pues, al margen de la valoración que merezca para la Administración su propia conducta, la Resolución en cuestión fue valorada negativamente por el Tribunal Supremo y declarada contraria a derecho. No cabe, por tanto, que la propuesta de resolución aplique la doctrina del “margen de tolerancia” que, según dijimos, está desterrada por la jurisprudencia.

Por último, ante una reclamación tan detallada en los daños alegados, máxime cuando en ella se suscitan lesiones de derechos fundamentales, no es lo más procedente proponer una resolución desestimatoria con contenido tan lapidario en lo que al fondo del asunto se refiere, dejando sin respuesta la compleja reclamación por daños morales a padres e hijos, pues no ha de tenerse por tal la escueta mención que se hace a la solicitud de terminación convencional “En cuanto al importe reclamado en concepto de daños morales, el interesado en su escrito de alegaciones modifica y minora de forma significativa el montante económico solicitado en su pretensión inicial”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la

Administración del Principado de Asturias, Consejería de Educación y Ciencia, y estimar, aunque sólo parcialmente, la reclamación presentada por don, en nombre propio y en el de sus representados, por el daño moral infligido a todos ellos en el derecho fundamental que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución; que procede, también, la estimación por el daño moral infligido a los seis menores reclamantes a causa del cambio de entorno escolar al que se vieron obligados; daños, en ambos casos, debidos a la reducción del número de unidades escolares concertadas en el Colegio, de Gijón, decidida por Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 30 de abril de 2001 y que fue declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7ª de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2004. Que, en razón de ello, procede abonar a cada padre o padres reclamantes la cantidad de mil ciento sesenta y siete euros con treinta céntimos (1.167,30 €) y a cada uno de los seis niños el importe de mil cuatrocientos veintiséis euros con setenta céntimos (1.426,70 €), desestimando la reclamación en todo lo demás.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.