

Dictamen nº: **473/20**
Consulta: **Consejero de Educación y Juventud**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.10.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de octubre de 2020, sobre la consulta formulada por el consejero de Educación y Juventud, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por D., en nombre y representación de su hijo menor de edad,, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, por los daños y perjuicios sufridos que atribuyen al presunto incumplimiento y negativa a valorar al alumno por parte del CEIP y del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP) de, durante los cursos 2013/2014, 2014/2015, y 2015/2016, habiendo solicitado dicha evaluación por el bajo rendimiento escolar del menor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de septiembre de 2020 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Educación y Juventud, en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 450/20, iniciándose el

cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal Don Francisco Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 20 de octubre de 2020.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por la persona citada en el encabezamiento, presentada en el registro de la Consejería de Educación y Juventud el 15 de enero de 2019 (folios 1 a 20 del expediente).

Según el escrito de reclamación, durante el curso 2013/2014 en el CEIP, después de mantener entrevista por el bajo rendimiento escolar del alumno se solicitó, a través de la tutora del curso, intervención por dificultades de aprendizaje a cargo de la orientadora del equipo EOEP de

Refiere el reclamante que en el curso 2014/2015 los progenitores se entrevistaron con la orientadora con el fin de transmitirle su preocupación por el bajo rendimiento escolar que presentaba su hijo. De igual modo señala que, en el curso 2015/2016, repitiendo 2º de Educación Primaria, al no recibir contestación, presentaron informe por un médico especialista en Neurología Pediátrica, que realiza pruebas médicas al menor y que solicita evaluación por el EOEP de

Afirma que les contestaron meses después con un informe de intervención en el que se recoge la transcripción de la entrevista mantenida en el 2014 tergiversando, según el reclamante, la verdad sobre su solicitud y denegando la valoración del alumno.

Según el escrito, volvieron a insistir con otro informe médico, recibiendo contestación negativa en el curso 2015/2016.

Continúa la reclamación manifestando que, ya en el curso 2016/2017, la tutora les confirma que el menor será finalmente evaluado. Sin embargo, reprocha el reclamante que, al pasar los meses y no recibir respuesta, presentó escrito al CEIP sin recibir contestación.

En consecuencia, afirma, debido a las negativas por parte del CEIP y el EOEP de a lo largo de los años, se vieron obligados a cambiar no sólo de centro escolar, sino de población, para que pudiera ser valorado por otro equipo.

Finalmente, señala que en el curso 2017/2018 y en otro centro escolar, el alumno es valorado y diagnosticado por EOEP de, comenzando con el protocolo de actuación para recuperar los años perdidos pues presenta *“un nivel de 3 cursos por debajo”*.

Solicita, según refiere, por la negligente actuación del CEIP junto con el EOEP de, indemnización por daños morales, valor económico por las sesiones por parte de Pedagogía Terapéutica y Audición y Lenguaje que le hubieran correspondido al menor si hubiera sido valorado como requirió en el 2015 con el informe médico, hasta el 2018, año en que fue valorado por otro equipo, así como las becas que tienen concedidas que le hubiera correspondido en el 2015, 2016 y 2017.

El escrito de reclamación se acompaña del Protocolo de Derivación entre Servicios de Atención Temprana, Infancia y Adolescencia, del EOEP de, fechado el 22 de septiembre de 2015, dirigido al Hospital Clínico San Carlos, en respuesta a la solicitud de informe psicopedagógico del centro en que se escolariza al menor, así como escrito de la madre del menor, dirigido al CEIP, en el que solicita el historial o informe que indique los refuerzos educativos que el centro ha dispuesto para su hijo

durante los cursos 2015/2016 y 2016/2017. Por último, se adjunta también informe psicopedagógico realizado al menor por el EOEP de, elaborado el 19 de enero de 2018.

Consta que a requerimiento del instructor del expediente el reclamante aportó el 23 de mayo de 2019 la siguiente documentación:

a. Escrito firmado por los reclamantes, de fecha 22 de mayo de 2019, en el que realizan la valoración económica de la indemnización pretendida, por un importe total de 17.556,85 €.

b. Fotocopia del Libro de Familia.

c. Informe 1º Trimestre, diciembre de 2018, “Pedagogía Terapéutica & Audición y Lenguaje” del alumno realizado por el equipo de apoyo del Colegio San Miguel, fechado el 17 de diciembre de 2018.

d. Justificante de Academia Atenea (Parla), de 20 de mayo de 2019, en el que se indica el importe de las clases de apoyo escolar (6,25 €/hora) y de Logopedia (18,00 €/hora) a las que asiste el alumno.

e. Informes clínicos del Hospital Clínico San Carlos del menor, firmados por el médico responsable con fechas 23 de marzo de 2015 y 18 de junio 2015.

f. Certificados de 3 de mayo de 2019 de la Agencia Tributaria, Delegación especial de Madrid, en el que se indica que no hay constancia de que el menor haya presentado declaración de la renta en los ejercicios 2014 y 2015, ni consta información relativa rentas/rendimientos imputables por el IRPF del solicitante.

g. Certificado de fecha 3 de mayo de 2019 de la Agencia Tributaria de “Imputaciones del IRPF 2016” correspondientes al padre del menor.

h. Escrito de la Dirección General de Planificación y Gestión

Educativa del Ministerio de Educación y Formación Profesional de 17 de diciembre de 2018, dirigido al alumno, en el que se comunica que ha sido propuesto para la concesión de una beca de cuantía 105 € para material didáctico en los niveles obligatorios (Educación Primaria).

i. Informe de consulta externa del Hospital General de Collado Villalba, fechado el 25 de enero de 2018, firmado por el médico responsable del servicio de Pediatría.

TERCERO.- Presentada la reclamación de responsabilidad patrimonial consta en el expediente que se incorporó al procedimiento el informe de 30 de abril de 2019 de la directora del centro escolar contra el que se dirige la reclamación.

En el mencionado informe se señala que se trata de un alumno matriculado con 3 años el 29 de junio de 2010. Refiere la directora del centro docente que durante la escolarización en Educación Infantil se mostraba tímido, sin mucho interés por aprender y con cierto retraso en la adquisición de los lenguajes (según informe final de aprendizaje). Desde los 3 años presenta una escolarización irregular con muchas faltas de asistencia.

Según el informe, en el curso 2013-2014 comienza 1º de Educación Primaria, con refuerzo en el área de Lengua, y sus calificaciones en la primera evaluación reflejan un aprobado en todas las áreas menos Lengua Castellana y Literatura. En la segunda evaluación, también recibe refuerzo en Matemáticas por bajo rendimiento. Termina el curso de 1º de Educación Primaria sin superar los objetivos en Lengua, Inglés y Matemáticas. Señala el centro docente que, por normativa, no se valora promoción y pasa a segundo, y concluye el informe que *“el tutor atribuye el bajo rendimiento a la desmotivación, escolarización irregular y poca colaboración familiar y no por falta de capacidad del alumno, por lo que no considera realizarle un protocolo de derivación psicopedagógica”*.

Reitera la directora que, en cuanto a su asistencia, sigue siendo irregular (26 faltas y 21 retrasos) y que la familia responsabiliza al niño y a su mal comportamiento en casa.

El informe constata que “(...) ante esta situación, la dirección lo pone en conocimiento del EOEP y prioriza intervención de la orientadora para asesoramiento y pautas a la familia. La orientadora se reúne con la familia el 30 de octubre de 2013, el 6, 13, 20, 27 de noviembre de 2013 y 4 de diciembre de 2013 con intervención con el niño, el 11 de diciembre de 2013 realiza la devolución a los padres y el 15 de enero de 2014 lleva a cabo un seguimiento con el alumno”.

En relación a los cursos posteriores, señala la directora que en el curso 2014-2015 tiene lugar una reunión entre la orientadora y el tutor, el 24 de septiembre de 2014, para pautar un seguimiento del caso. Afirma que no se obtienen los resultados deseados, el alumno continúa desmotivado, no hay apoyo familiar al estudio, no aplican las medidas recomendadas e incluso aumentan los retrasos (17 faltas y 23 retrasos).

Continuando con el relato cronológico de la intervención educativa sobre el menor, el 26 de marzo de 2015 se reúne la jefatura de estudios con la familia para tratar el tema de las faltas de asistencia. Según el informe, la familia se muestra en total desacuerdo con la orientadora, no admitiendo la perspectiva planteada. El caso es desviado, según el centro, al profesor técnico de servicios a la comunidad, que se reúne con ellos el 15 de mayo de 2015 y ratifica el informe de la orientadora, informe que, de hecho, es firmado por ambas y entregado a las familias en reunión mantenida el 29 de mayo de 2015. El tutor desestima la valoración psicopedagógica y recomienda en acta de evaluación la derivación a Servicios Sociales. A nivel curricular, recibe refuerzo en las áreas de Lengua y Matemáticas, pero no consigue alcanzar los objetivos de 2º, por lo que permanece un curso más en este nivel con la aplicación de medidas de refuerzo más específicas.

Manifiesta la directora que en el curso 2015-2016, continúa con las sesiones de apoyo ordinario en Lengua y Matemáticas y comienza con apoyos específicos de Pedagogía Terapéutica y Audición y Lenguaje (3 sesiones/semana), el alumno se encuentra más motivado, aprueba Matemáticas, pero continúa presentando dificultades en las áreas de lenguaje, por lo que se acuerda en sesión de evaluación final realizarle un protocolo de derivación.

Afirma el informe que *“a principio de curso la familia entrega un único informe del Hospital Clínico San Carlos, en el que no aparece ni diagnóstico ni tratamiento, sólo una petición de informe escolar, al que la orientadora responde el 22 de septiembre de 2015”*.

Con respecto a la asistencia, continúa una escolarización irregular (29 faltas y 9 retrasos) y sigue siendo muy necesario el asesoramiento familiar, aunque los padres no se muestran receptivos, sino más bien a la defensiva, rozando la mala educación e intimidación.

Refiere el centro docente que en el curso 2016-2017, la tutora realiza un protocolo de derivación el 27 de septiembre y en reunión mantenida con jefatura de estudios se decide mantener los apoyos ordinarios y específicos y se le incorpora el protocolo a la lista de espera de valoración (10 alumnos). No obstante, aclara la directora, si los resultados de la primera evaluación no fueran satisfactorios, se acuerda priorizarle en el 2º trimestre. El 10 de noviembre de 2016 la tutora se reúne con los padres para informarles de todas las actuaciones que se están llevando a cabo y las que se va a llevar, además de insistirles en la necesidad de su colaboración.

Según la directora, el 11 de noviembre de 2016 recibe un escrito de petición del historial del alumno e información de los apoyos impartidos al menor. Ante tal incongruencia, señala el informe, *«(“el día anterior tuvieron una tutoría, tal y como comentan en su escrito”) “el 21 de*

noviembre mantuvimos una reunión, tratando de dar respuesta a su escrito. Cual fue nuestra sorpresa, que no les interesaba la información que demandaban y todo su empeño se centraba en comunicarnos, por primera vez, que su hijo estaba acosado en base a un conflicto que ha tenido con unos compañeros, les informamos del protocolo a seguir y decidimos abrir una observación del alumno”».

A partir de este día, concluye la directora, “prácticamente dejó de venir al centro, computando un absentismo hasta esa fecha de 16 faltas y 2 retrasos. El 1 de diciembre solicitan el certificado de traslado que se les hace entrega el 2 de diciembre de 2016”.

El 1 de marzo de 2019 emite informe el Servicio de Inspección Educativa, señalando que el alumno realiza tanto el curso 2013-2014 como el curso 2014-2015 (1º y 2º de E. Primaria) de acuerdo a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, sin modificación por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), y por tanto son de aplicación en ese momento el Decreto 22/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Primaria, la Orden 1028/2008, de 29 de febrero, de la Consejería de Educación, por la que se regulan para la Comunidad de Madrid la evaluación en la Educación Primaria y los documentos de aplicación y la Orden 3319-01/2007, de 18 de junio, del Consejero de Educación, por la que se regulan para la Comunidad de Madrid la implantación y la organización de la Educación Primaria derivada de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Señala la Inspección Educativa que en el curso 2013-2014, al detectarse esas dificultades en el alumno, se decide establecer apoyos (el alumno recibe atención por parte de otro docente en pequeño grupo, fuera del grupo de referencia) en las áreas de Lengua y Matemáticas, tal como se recoge en las actas de evaluación del citado curso.

Según el informe, *“en el curso 2014-2015, el alumno cursa 2º E. Primaria, estando vigente la organización por ciclos de la etapa de E. Primaria, por lo que es al finalizar este curso, cuando el equipo docente debe tomar las decisiones en cuanto a promoción de ciclo según el artículo 4.1 de la Orden 1028/2008. En el caso del alumno referido, el equipo docente de forma colegiada decide la no promoción del mismo, tal como se recoge en el acta de evaluación final del curso 2014-2015 al no cumplir los criterios de promoción”*.

Matiza la Inspección Educativa que la escolarización del alumno en el curso 2015-2016 se realiza de acuerdo al Decreto 89/2014, de 24 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Primaria y por tanto según la Orden 3622/2014, de 3 de diciembre, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, por la que se regulan determinados aspectos de organización y funcionamiento, así como la evaluación y los documentos de aplicación en la Educación Primaria, de modo que se establecen apoyos ordinarios tal como recoge el artículo 7.1 de la Orden 3622/2014. Concluye que a lo largo de este curso se determinan apoyos específicos para el alumno con la profesora de Pedagogía Terapéutica, a pesar de no haber sido realizada la evaluación psicopedagógica del mismo, como una medida organizativa más y de aprovechamiento de recursos con los que cuenta el centro con el objetivo de favorecer el progreso y desarrollo del alumno.

Finalmente, refiere el informe, *“en la finalización del curso 2015-2016 y tras haber aplicado como medida excepcional la permanencia del alumno en segundo curso de Educación Primaria así como otras medidas ordinarias de refuerzo y apoyo, al no haberse superado las dificultades, se propone la evaluación psicopedagógica del alumno en el inicio del siguiente curso. Dicha solicitud se realiza en el inicio del curso 2016-2017, con fecha 27 de septiembre de 2016, en base a la gran desmotivación por el*

aprendizaje y observar dificultades en la escritura que pudieran ser la razón para el bajo rendimiento escolar, que no llega a realizarse al trasladarse el alumno de centro en el mes de diciembre de 2016”.

En relación a la intervención y actuación del EOEP de, afirma la Inspección que a lo largo de los cursos 2013-2014 y 2014-2015, el tutor del alumno, en ese momento, no realiza solicitud de evaluación psicopedagógica del alumno para determinar necesidades educativas especiales, tal como recoge el artículo 17.1 del Decreto 89/2014, ya que no considera que presente indicadores de necesidades educativas especiales, sino dificultades escolares propias al curso en que se escolariza.

Si se realiza intervención, según el informe, por parte del EOEP de tanto en el curso 2013-2014 como el 2014-2015. Dicha intervención se ajusta, afirma la Inspección, al trabajo y labor que los EOEP realizan según el artículo 1 de la Resolución de 28 de Julio de 2005 del director general de centros docentes, por la que se establece la estructura y funciones de la orientación educativa y psicopedagógica en Educación Infantil, Primaria y Especial en la Comunidad de Madrid.

Refiere la Inspección que con fecha 22 de septiembre de 2015 se emite respuesta a la solicitud de evaluación psicopedagógica del alumno (aunque no en esos términos) por el facultativo del Hospital Clínico San Carlos, que se recoge en el informe de fecha 18 de junio de 2015, aunque no hay constancia de la fecha en la que la familia realiza entrega del mismo. En dicha respuesta se motiva la no pertinencia de pasar pruebas al alumno, ni haber evaluado previamente al mismo, al no haber observado en los dos cursos precedentes indicadores de posible déficit de atención ni de hiperactividad por parte del tutor de los pasados cursos ni del de ese momento.

Concluye la Inspección afirmando que el requerimiento para la solicitud de evaluación psicopedagógica se ha de realizar cuando el

equipo docente identifica las necesidades educativas y como requisito para determinar las adaptaciones curriculares de acceso o significativa, de enriquecimiento, ampliación curricular o flexibilización del período de escolarización y para tomar las decisiones relativas a su escolarización y promoción. En este caso, lo que motiva la no evaluación del alumno en ese momento es el hecho de no haber sido detectadas las posibles necesidades educativas especiales.

Figura en el expediente que se dio traslado de la reclamación a la compañía aseguradora de la Consejería de Educación y Juventud (folios 130-132), constando contestación por parte de la citada entidad, el 18 de diciembre de 2019, declarando la falta de cobertura del siniestro al quedar excluido, según la póliza, cualquier daño inmaterial o perjuicio económico que no sea consecuencia directa de daños materiales y/o corporales, garantizados por el contrato (folio 210).

Una vez instruido el procedimiento, se confirió trámite de audiencia al reclamante, quien presentó alegaciones mediante escrito de 10 de diciembre de 2019, manifestando que las supuestas faltas de asistencia atribuidas al menor estaban plenamente justificadas por motivos médicos y que, en todo caso, si el centro entendía que no era así, debió instar el correspondiente protocolo contra el absentismo escolar. De igual modo, señala que el supuesto desinterés del menor y la falta de colaboración de la familia quedan desvirtuados por el propio contenido de los boletines escolares, donde constan las dificultades de aprendizaje del alumno, y refiere determinadas peticiones de cita con la orientadora no atendidas, desmiente alguna de las reuniones alegadas por la directora del centro e invoca un informe de valoración emocional del menor, realizado el 2 de febrero de 2019 y que adjunta, en el que se pone de relieve la existencia de rasgos en el alumno de trastorno de déficit de atención e hiperactividad y de *“dificultades en la primera etapa educativa y posteriores hasta que ha comenzado a recibir apoyo”*. Por último, el

reclamante alega una supuesta animadversión del centro hacia la familia y concluye que la dejación de funciones del centro docente y del equipo de orientación educativa de Parla ha impedido la aplicación de la normativa en vigor.

El día 16 de julio de 2020 el instructor formuló propuesta de resolución por la que desestima la reclamación al no concurrir los presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 5.3 f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros, a solicitud del consejero de Educación y Juventud, órgano legitimado para ello, según lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, de acuerdo con el artículo 1.1 de dicha ley.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en virtud de la representación legal de su hijo menor de edad que ostenta, de

conformidad con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil. Ha quedado debidamente acreditada la relación de parentesco entre el reclamante y el menor, mediante la presentación de copia del Libro de Familia.

Asimismo, no cabe duda de la legitimación pasiva de la Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid, habida cuenta que el centro escolar presuntamente causante de los daños forma parte de la red de centros escolares de la Comunidad de Madrid, y los equipos de orientación educativa y psicopedagógica se integran en la organización educativa autonómica, correspondiendo a la Consejería de Educación y Juventud las funciones relativas a la creación, puesta en funcionamiento, modificación, transformación, clasificación, traslado, clausura, supresión, régimen jurídico, económico y administrativo, entre otros servicios y centros, de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP).

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En este caso las actuaciones por las que se reclama se centran en la actuación del centro escolar y el EOEP de durante los cursos 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017, y en la supuesta negativa a valorar al menor con el fin de proporcionarle el adecuado apoyo educativo. No obstante, conviene señalar que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la *«actio nata»*, recogida en el artículo 1969 del Código Civil (*«actioni nondum natae, non prescribitur»*). En este sentido, habría que considerar que tal conocimiento se adquiere por los reclamantes el 19 de enero de 2018, pues ese mismo día se hace constar en el informe de valoración del EOEP de que la modalidad educativa

recomendada para el menor es la ordinaria con apoyo de Pedagogía Terapéutica y Audición y Lenguaje. En consecuencia, la reclamación presentada el 15 de enero de 2019 habría sido formulada en plazo. En todo caso, dado que los padres alegan que la falta de valoración del menor le ha ocasionado un retraso de tres cursos en su evolución educativa, cabría considerar a efectos del inicio del cómputo que estamos en presencia de un daño continuado, que todavía persiste.

En relación a la tramitación del procedimiento se ha incorporado al expediente, al amparo de los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, el informe del centro escolar, en cuanto servicio al que se imputa la causación del daño, y de la Inspección Educativa, bajo cuya supervisión se realiza la labor de los equipos de orientación educativa y psicopedagógica. Se ha incorporado la documentación relativa a la escolarización del menor y los diferentes informes elaborados por el EOEP de en relación con la evolución educativa y psicopedagógica del alumno. De igual modo se ha conferido trámite de audiencia al reclamante y se ha redactado la propuesta de resolución, remitida junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la*

Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

CUARTA.- En este caso, como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, el reclamante dirige sus reproches contra la Administración educativa madrileña, a la que imputa un supuesto incumplimiento de sus obligaciones, con una dejación de funciones tanto por parte del centro docente como por el equipo de orientación educativa y psicopedagógica de Parla, que no llevó cabo una valoración psicopedagógica del menor cuando le fue reclamada, en 2015, y ello ha originado unos daños materiales y morales que no tienen obligación de soportar.

Como hemos dicho en la consideración anterior el primer presupuesto de la responsabilidad patrimonial es la existencia de un daño efectivo. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

En este caso, el reclamante no ha aportado prueba alguna de los daños que reclama ni con su escrito de reclamación ni posteriormente en el trámite de audiencia en el que formuló alegaciones. Así, por lo que al importe de las sesiones de Pedagogía Terapéutica y de Audición y Lenguaje que el reclamante alega haber perdido el menor, resultan meras

hipótesis del supuesto resultado de la pretendida evaluación psicopedagógica del alumno que debió según él producirse en 2015, como también resulta hipotético el número de sesiones que el propio reclamante determina como necesarias, sin ningún apoyo técnico más allá de su propia opinión para sustentar tal reclamación. De igual modo, resulta hipotética la eventual concesión de las becas a las que, según reclamante, hubiera tenido acceso el menor con arreglo a una evaluación psicopedagógica cuyo resultado el reclamante parece ya conocer o al menos aventurar.

Por lo que se refiere a los supuestos daños morales que se reclaman causados al menor, cabe recordar que como recoge la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así Sentencia de 6 de abril de 2006) *“los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales”* y *“la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia”*, constituyendo *“estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)”*. En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que *“a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”*.

Ahora bien, al igual que el daño patrimonial, el daño moral debe ser probado. En este caso el reclamante no ha aportado prueba alguna del daño que aduce y en qué medida las actuaciones llevadas a cabo por el colegio han repercutido en la esfera psicofísica del menor en los términos que recogen las sentencias anteriormente citadas.

Continuando con el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, y partiendo de lo que constituye la regla

general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación, cabe considerar que el reclamante tampoco ha conseguido acreditar las deficiencias o dejación de funciones que imputa a la actuación del centro escolar y del EOEP de

En este sentido, los informes de la directora del centro escolar y de la Inspección educativa subrayan el cumplimiento por parte del centro educativo de lo establecido en las órdenes 1028/2008, de 29 de febrero, de la Consejería de Educación, por la que se regulan para la Comunidad de Madrid la evaluación en la Educación Primaria y los documentos de aplicación, 3622/2014, de 3 de diciembre, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, por la que se regulan determinados aspectos de organización y funcionamiento, así como la evaluación y los documentos de aplicación en la Educación Primaria y 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid.

El artículo 2.4 de la Orden 1028/2008, determina que *“cuando el progreso del alumno no es el adecuado se establecerán, medidas de refuerzo educativo. Estas medidas se adoptarán en cualquier momento del ciclo, tan pronto como se detecten las dificultades y están dirigidas a garantizar la adquisición de los aprendizajes imprescindibles para continuar el proceso educativo.”* Y el artículo 7.1 de la Orden 3622/2014 determina que *“las medidas de apoyo ordinario, que tendrán carácter organizativo y metodológico, irán dirigidas a los alumnos que presenten dificultades de aprendizaje en los aspectos básicos e instrumentales del currículo. Dichas medidas deberán permitir el desarrollo de los hábitos de trabajo y estudio y la recuperación de los aprendizajes no adquiridos. Entre*

estas medidas podrán considerarse el refuerzo individual en el grupo ordinario y los agrupamientos flexibles que permitan el refuerzo colectivo a un grupo de alumnos” El apartado tercero del mismo artículo determina que “la decisión sobre la aplicación de estas medidas a un alumno se tomará conjuntamente entre el maestro tutor y el jefe de estudios”.

Por último, el artículo 3 de la Orden 1493/2015, relativo a la detección temprana y atención educativa, establece que “1. La identificación inicial de las necesidades específicas de apoyo educativo del alumno será realizada por el maestro tutor y por el equipo docente del mismo”.

El reclamante vincula los daños sufridos a una supuesta dejación de funciones tanto por parte del centro docente como por el equipo de orientación educativa de Parla, que desatendieron al menor en su progresión académica. A propósito de esta cuestión, se desprende de los documentos obrantes en el expediente que sí se adoptaron de modo constante medidas de atención a la dificultad educativa del alumno. En este sentido, el informe de la Inspección educativa constata al menos las siguientes actuaciones, derivadas del expediente académico del alumno:

“- Incorporación al centro en septiembre de 2010 en E. Infantil 3 años, finaliza la etapa en el curso 2012-2013, con algunos elementos valorados en Proceso, tal como se recoge en su informe final de Etapa).

- Curso 2013-2014 matriculado en 1º de E. Primaria (LOE) ... Ya en las actas de la segunda evaluación se recoge:

Refuerzo educativo en Lengua Española y Literatura

Refuerzo educativo en Matemáticas

Finaliza el curso con las áreas de Lengua, Matemáticas e Inglés pendientes, indicando en el informe final de aprendizaje continuar con el refuerzo educativo.

Curso 2014-2015 matriculado en 2º E. Primaria (LOE):

. Refuerzo educativo en Lengua y Matemáticas (aunque en su boletín informativo de resultados de la evaluación final solo se recoge como Medida de atención refuerzo en Matemáticas).(Anexo 4)

- Derivación a Servicios Sociales para seguimiento, acumulación de retrasos. (así consta en el acta de reunión de la segunda evaluación de fecha 12 de marzo de 2015).

- Informe de intervención EOEP en relación a conductas inadecuadas en el ámbito familiar con orientaciones y pautas para la familia, emitido en mayo de 2015.

- Decisión de permanencia en segundo, según se recoge en el informe final de aprendizaje y en las actas de reunión de la segunda evaluación y final

Curso 2015-2016 matriculado en 2º E. Primaria (LOMCE):

-En el inicio del curso (22 de septiembre de 2015), se da respuesta a la solicitud de informe del centro escolar con Test de inteligencia, atención funciones ejecutivas y lectoescritura por parte del facultativo del Hospital clínico San Carlos por parte del EOEP de

- Refuerzo educativo en Lengua y Matemáticas a lo largo de los tres trimestres, según actas de evaluación del curso existiendo informes trimestrales de las sesiones de apoyo. En el informe cualitativo entregado a la familia del primer y segundo trimestre se hace referencia a los apoyos y evolución del alumno.

-Intervención de apoyo al alumno mediante atención de la PT en lengua castellana. Se recoge evolución en las actas de las sesiones de reunión de evaluación de los tres trimestres del curso.

-Promoción con áreas pendientes, propuesta de evaluación psicopedagógica al EOEP en la finalización del curso, según se recoge en acta sesión de la tercera evaluación.

Curso 2016-2017 matriculado en 3º E. Primaria (LOMCE)

Asistencia en el primer trimestre o refuerzo educativo en Lengua, solicitud de evaluación psicopedagógica de la tutora al EOEP de el 27 de septiembre de 2016”.

En definitiva, se constata un seguimiento constante del alumno en sus diferentes cursos, con el consiguiente refuerzo y apoyo educativo cuando se juzga necesario, a pesar de las reiteradas faltas de asistencia y de la nula colaboración de la familia, ajena a lo dispuesto en el artículo 21 de la misma Orden 3622/2014, cuando establece que “1. Los padres o tutores legales deberán participar y colaborar en la educación de sus hijos o tutelados, así como conocer las decisiones relativas a la evaluación y a la promoción”, norma que es un mero reflejo de la obligación de procurar a los hijos una formación integral que establece el artículo 154 del Código Civil. En este punto conviene recordar que consta en el expediente administrativo que ya el 12 de marzo de 2015 el tutor desestima la valoración psicopedagógica y recomienda en acta de evaluación la derivación a Servicios Sociales.

De igual modo, como señala la Inspección y se deriva igualmente del expediente académico del alumno, se realiza intervención por parte del EOEP de tanto en el curso 2013- 2014 como el 2014-2015. En el informe emitido con fecha 29 de mayo de 2015 se recoge:

- En el curso 2012-2013, la tutora de Educación Infantil 5 años solicita intervención del equipo a instancia de la familia, ya que el alumno presenta gestos y conductas inadecuadas a su edad y dificultades en los aprendizajes, en el ámbito familiar.

- Se prioriza la intervención en el curso 2013-2014, con observaciones del alumno, aplicación de pruebas de base emocional, intervención con la familia aportando pautas y estrategias de intervención en el ámbito familia, coordinación y seguimiento en el centro escolar.

- La conclusión de dicha intervención es: atender las necesidades del alumno con medidas de apoyo ordinario, permanencia en el nivel para afianzar los aprendizajes y pautas de actuación en el ámbito familiar, aunque refiere la Inspección educativa que las faltas de asistencia y el enfrentamiento de la familia dificultaron su aplicación.

Como constata la Inspección Educativa *“en la finalización del curso 2015-2016 y tras haber aplicado como medida excepcional la permanencia del alumno en segundo curso de Educación Primaria así como otras medidas ordinarias de refuerzo y apoyo, al no haberse superado las dificultades, se propone la evaluación psicopedagógica del alumno en el inicio del siguiente curso. Dicha solicitud se realiza en el inicio del curso 2016-2017, con fecha 27 de septiembre de 2016, en base a la gran desmotivación por el aprendizaje y observar dificultades en la escritura que pudieran ser la razón para el bajo rendimiento escolar, que no llega a realizarse al trasladarse el alumno de centro en el mes de diciembre de 2016”*.

En definitiva, se propone la realización de una evaluación psicopedagógica cuando los criterios técnicos así lo reclaman, como competencia del tutor del menor, no en el momento que los padres estiman oportuno, aunque no se pudo llevar a efecto en el presente caso ante el abandono del centro por parte del alumno.

En este sentido, esta especialización técnica que avala la actuación de los elementos y equipos que colaboran en la orientación educativa fundamenta el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 171/2018, de 26 de julio, cuando afirma que *«por lo que se refiere a la denegación de la declaración del alumno como de altas capacidades, no consta que la misma pueda atribuirse a un funcionamiento anormal del servicio público. En efecto, tal y como resulta del informe suscrito por la Jefa del Servicio de Orientación Educativa y Formación del Profesorado el 13 de julio de 2016, la evaluación psicopedagógica del alumno se realizó por los servicios especializados de orientación a los que corresponde esta función, de conformidad con lo señalado en el Decreto 147/2014, de 23 de diciembre, por el que se regula la Orientación Educativa y Profesional en el Principado de Asturias. El ejercicio de la actividad de valoración por parte de la orientación educativa, de acuerdo con el principio de discrecionalidad técnica, siguió el procedimiento establecido en la Orden EDU/849/2010, de 18 de marzo (de aplicación supletoria en el Principado de Asturias), en el que corresponde a la Administración educativa la decisión última sobre las medidas a adoptar, sin perjuicio del derecho de información y audiencia de los padres, quienes “tienen el derecho de ser oídos e informados, dándoles la opción de aportar pruebas y documentación que consideren necesaria”, pudiendo aportar “los informes y evaluaciones realizados por profesionales privados que consideren oportunos”, que, sin embargo, no pueden suplir ni condicionar la decisión de la Administración educativa al respecto, según han señalado en ocasiones los Tribunales de Justicia. En definitiva, nada puede reprocharse a la denegación de la pretensión familiar del reconocimiento del niño como de altas capacidades, adoptada en el ejercicio de la discrecionalidad técnica que corresponde a la orientación educativa y siguiendo el procedimiento establecido, sin que la discrepancia con el parecer de los gabinetes psicológicos privados aportados por la familia pueda tenerse por signo de funcionamiento anormal de la Administración».*

En definitiva, si bien el reclamante aporta determinados informes psicológicos que pretenden acreditar que el menor parece tener rasgos propios de un trastorno por déficit de atención e hiperactividad (si bien no cabe considerar a tal efecto el informe del Hospital Clínico San Carlos de 3 de marzo de 2015, donde el facultativo se limita a constatar que el menor presenta *“dificultades de aprendizaje”*), cabe recordar lo establecido por la Sentencia de 26 de octubre de 2012 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, confirmada en amparo por Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2014, según la cual *“el derecho a la educación integrativa no es un derecho absoluto no sólo porque no se reconoce tal principio en nuestro ordenamiento, sino porque las propias normas que lo regulan lo vienen a reconocer expresamente (Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Orgánica de Educación...)*. La Sala comparte con el juzgador a quo la preferencia por el criterio de los técnicos de la Administración, pues en el mismo se parte de la evaluación personal directa del menor D, tras su observación inmediata y personalizada, mientras que los informes de la parte actora, plenos, muy probablemente, de acertados criterios según las últimas tendencias, no hay un análisis específico del caso del menor y de sus muy concretas circunstancias y especificidades” (FJ IV).

En definitiva, no existe constancia en el expediente de la supuesta dejación de funciones por parte del centro escolar o del equipo de orientación educativa de Parla, sino que nos encontramos ante el simple ejercicio de sus competencias cuando, como consecuencia del seguimiento constante y diario del alumno, deciden no someterlo a la valoración psicopedagógica reclamada, ya que no la juzgan necesaria en atención a la situación personal y familiar del alumno.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación al no haberse acreditado los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 20 de octubre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 473/20

Excmo. Sr. Consejero de Educación y Juventud

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid