

Dictamen nº: **48/23**  
Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Educación y  
Universidades**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **02.02.23**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de febrero de 2023, emitido ante la consulta formulada por el vicepresidente, consejero de Educación y Universidades, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por Dña. .... (en adelante, “*la reclamante*”), en su propio nombre y en el de su hijo menor, D. ...., por los daños y perjuicios derivados de la declaración judicial de nulidad de la Resolución de 26 de julio de 2019, de la Dirección del Área Territorial ....., por la que se acordaba la escolarización del menor en el Colegio ....., de .....

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2021, la reclamante presentó en el registro electrónico del Ayuntamiento de ..... un escrito solicitando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos tras la declaración de nulidad de la Resolución de 26 de julio de 2019, del Director del Área Territorial ..... (DAT .....), en la que se acordaba la escolarización de su hijo en un centro de Educación Especial (..... de .....), desestimando su solicitud para que fuera escolarizado en un centro ordinario con apoyos y/o centro ordinario con aula de Educación

Especial. La madre del menor refiere que la citada resolución ha sido declarada nula “*por entender vulnerados los derechos fundamentales recogidos en el art. 14 de la CE, derecho a la igualdad, en relación con el derecho a la educación recogido en el art. 27 de nuestra carta magna, según se recoge en la Sentencia 112/2020, de 12 de mayo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27, de Madrid, Auto de Derechos Fundamentales 430/2019, ratificada por la Sentencia 629/2020, de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección octava, firme el 7 de diciembre de 2020*”.

La reclamante expone que, como consecuencia directa de aquella resolución, la administración educativa se negó a autorizar y permitir la escolarización de su hijo en el centro elegido por sus padres, centro ordinario con Educación Especial “.....”, a pesar de que, en la fecha de su solicitud, había plazas disponibles en dicho centro, de modo que, según afirma, la Administración se negó a ello, sin motivación ni explicación suficiente, y el juzgado “*erróneamente*” desestimó las medidas cautelares en este sentido. Manifiesta que su hijo estuvo sin escolarizar desde que tuvo que salir precipitadamente del centro en el que cursaba estudios en febrero de 2019, y durante todo el curso académico 2019/2020.

Como antecedentes, el escrito de reclamación señala que el menor, nacido el 3 de agosto de 2008, tiene diagnosticado trastorno del espectro autista (TEA) y cursó toda la etapa de Educación Infantil en un centro ordinario con apoyos. Según la reclamación, en abril de 2014 se emite informe por el Equipo de Alteraciones Graves en el Desarrollo, en el que propone, como modalidad educativa para la siguiente etapa, un centro de Educación Especial, y en el que refleja la evolución satisfactoria en el régimen de educación inclusiva y que a su hijo le gusta relacionarse con sus compañeros.

La reclamante continúa relatando que escolarizó a su hijo en un centro privado con modalidad de Educación Ordinaria y Especial, el colegio “.....” y que, en junio de 2017, *«tras observar cambios de actitud y regresiones en mi hijo, que me hacían “sospechar” que algo no iba bien en su centro escolar, solicité cambio al colegio público “.....”, centro con modalidad combinada de Educación Especial y Ordinaria, si bien, según afirma, “la Administración no llegó a tramitar en ese momento mi solicitud”.*

El escrito recoge que el 26 de febrero de 2019 la reclamante presenció *«un trato degradante y vejatorio de la tutora de mi hijo en el “Colegio .....”, también conocido como “Colegio .....”, en el que cursaba estudios, cuando dicha persona, en el convencimiento de que nadie le observaba, procedió a sacar a rastras de la clase a mi hijo, que presentaba lesiones en la cara y sangrando de la nariz, atentando contra su integridad y su dignidad».* La reclamante refiere que estos hechos fueron denunciados en la Comandancia de la Guardia Civil el 29 de marzo de 2019, y ante la Inspección Educativa el 2 de abril de 2019, de modo que, según manifiesta *“ante estas gravísimas circunstancias, me veo obligada a sacar a mi hijo del colegio, resultando que ese momento... se encontraba notablemente afectado, haciendo imposible su vuelta a ese centro escolar”.*

La madre del menor afirma que, en su denuncia a la Inspección Educativa, solicitó de forma expresa ser informada sobre la investigación de los hechos y sus conclusiones, así como la asignación por vía extraordinaria de un nuevo centro escolar ordinario con aula TEA. Respecto a las peticiones realizadas, la reclamante señala que sólo recibió dos comunicaciones del director del Área Territorial ..... de 27 de mayo y 10 de octubre de 2019 y que, en vista de que no tramitaron su solicitud de escolarización por vía extraordinaria, en fecha 10 de mayo de 2019 presentó solicitud de escolarización de su hijo en el “Colegio .....”, en una de sus cuatro unidades de Educación Especial.

La reclamante expone que el 16 de mayo de 2019 presentó escrito, al que acompañaba informe elaborado por el Equipo específico de Alteraciones Graves del Desarrollo, tras lo cual, le indicaron de forma verbal que iba a ser necesario un dictamen de escolaridad actualizado, solicitud que considera *“contraria a la Orden 1493/2015 de 22 de mayo, en la que no se establece esta necesidad, salvo para el cambio de etapa correspondiente, que no era el caso”*. De igual modo, refiere que, con fecha 17 de mayo de 2019, comprobó sorprendida que su hijo no figuraba en la lista de admitidos provisionales y que su solicitud no había sido tramitada, ni tan siquiera figuraba en el registro electrónico, lo que considera otra irregularidad.

La reclamación recoge que, tras varios escritos, y a falta de respuesta, la reclamante solicitó de nuevo los días 12 y 20 de junio de 2019 que se le informara sobre los puntos que le corresponderían a su hijo y las plazas solicitadas y disponibles, sin recibir contestación.

La interesada afirma que el 12 de julio de 2019, por la vía extraordinaria, volvió a presentar solicitud de escolarización, con objeto de ofrecer flexibilidad y más alternativas, en otros tres posibles centros: CEIP *“.....”*, sito en la localidad de ....., donde residían ambos, y que está catalogado como centro preferente TEA, en el que además, estaba teniendo una satisfactoria experiencia por la realización de los cursos de verano; CEIP ..... también con aula TEA, y, por último, el centro *“.....”*. Reitera en su escrito que no recibió respuesta.

Continúa señalando que es el 3 de septiembre de 2019 cuando recibe la primera respuesta de la Administración a su solicitud de escolarización, a través de la Resolución de 24 de julio 2019, en la que se acuerda por el director del Área Territorial ... escolarizar al alumno en el Centro Concertado de Educación Especial (CCEE) ....., centro no inclusivo y, por tanto, contrario a sus solicitudes y a las características de su hijo, pues los informes daban cuenta de la importancia de

interactuar socialmente con otros alumnos sin discapacidad o, al menos, en centros combinados. Refiere que, además, el CCEE ..... es un colegio concertado, que no público (esto es, no es totalmente gratuito), y a más de 30 km. de su domicilio, con lo que ello supone a nivel tanto de conciliación de la vida familiar y laboral como de desplazamiento.

La reclamante reprocha que la citada resolución se le comunicó más de un mes más tarde de su emisión, y a pocos días del inicio del curso escolar, *“vulnerando los plazos en los que tenía que haber resuelto e intentado notificarme, y provocando con ello que no contara con margen suficiente para poder escolarizar a mi hijo en un centro de mi elección, en una suerte de actuación reprochable donde los derechos que nos corresponden son vulnerados de forma recurrente y con desvío de poder”*

La interesada señala que, con fecha 5 de septiembre de 2019, solicitó formalización de matrícula en el CEIP “.....”, y que el 12 de septiembre de 2019, *“sin respuesta de la Administración, solicité, a través de varios escritos, certificados de silencios administrativos, así como puse en conocimiento de la Administración mi voluntad de recurrir”*.

Según el relato de la reclamación, el 10 de octubre de 2019 se dicta resolución del director de la DAT ..... en la que, en definitiva, deniegan la tramitación de urgencia, desestiman la petición de la certificación de silencio administrativo, *“y me deniegan como interesada información alguna respecto a la inspección realizada por los hechos de los que fue víctima mi hijo (y que dieron lugar a que mi hijo dejase de estar escolarizado), alegando que son “documentos internos”, afirmando la reclamante que en ese momento ya estaba en trámite el recurso contencioso administrativo que se interpuso ante el juzgado en fecha 27 de septiembre de 2019 .*

La reclamante refiere que *“el 12 de mayo de 2020 se dictó Sentencia 112/2020, en cuyo fallo se acuerda estimar el recurso contencioso-*

*administrativo, anulando la resolución por considerarla no ajustada a derecho, acto administrativo que se declara nulo por vulneración del derecho reconocido en el art. 14 de la Constitución Española, en relación con el derecho a la educación recogido en el art. 27 de la misma, sentencia que fue ratificada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, en Sentencia 629/2020”. Señala que, tras la sentencia de primera instancia, procedió a solicitar de nuevo escolarización de su hijo, resolviendo la admisión del menor en el centro “.....” (“el tercero que solicité en fecha 12 de junio de 2019, casi un año antes”).*

La madre del alumno concluye afirmando que el hecho de que los alumnos con discapacidad requieran informes de evaluación no les priva del derecho a la escolarización en las mismas condiciones que el resto. *“Máxime, en nuestro caso, era un factor determinante el valorar la especial fragilidad y vulnerabilidad de ..., con trastorno del espectro autista, para hacer cambios inútiles de centro escolar ... hasta el punto, que de haberle escolarizado en el ....., habría supuesto apartarle definitivamente de la posibilidad de incluirse en un centro ordinario, porque el camino de los alumnos que se escolarizan en centros de educación especial es de no retorno”.*

Por ello, entiende que procede la responsabilidad patrimonial de la Administración y reclama una indemnización por los siguientes conceptos:

- Daños morales: se estima la indemnización en 55.000 euros por daño moral, 27.500 € correspondientes a la reclamante, y otros 27.500 € para el menor.

Daños materiales: se estima pendiente de valoración el lucro cesante de la actividad de la reclamante para poder atender adecuadamente a su hijo, así como la contratación de personal para atenderle, si bien se fija provisionalmente en 7.000 euros.

En consecuencia, se reclama un total de 62.000 euros.

Junto con la reclamación se aportan, entre otros, los siguientes documentos:

- Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 27 de Madrid, en el procedimiento sobre Derechos Fundamentales 430/2019, de fecha 12 de mayo de 2020.

- Sentencia 629/2020, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, en el recurso de apelación 638/2020, de fecha 2 de octubre de 2020.

- Propuesta de escolarización de 20 de junio de 2017.

- Solicitud de admisión en centros educativos sostenidos con fondos públicos, de fecha 10 de mayo de 2019.

- Alegaciones al listado provisional de alumnos con NEE (necesidades educativas especiales) de fecha 10 de mayo de 2019, presentado en el Registro auxiliar de la DAT ..... el 17 de mayo de 2019.

- Consulta del estado de solicitudes del proceso de admisión, a través de la Secretaría Virtual.

- Escrito de fecha 16 de mayo de 2019, dirigido a la Unidad de Programas Educativos.

- Escrito dirigido a la Unidad de Programas Educativos e Inspección Educativa, DAT ....., de fecha 16 de mayo de 2019, solicitando plaza en el Colegio “.....”.

- Solicitud de fecha 16 de mayo de 2019 para añadir documentación para escolarizar al menor, aportando informe de colaboración para

determinar la intensidad del apoyo educativo requerido por al alumno al finalizar la Educación Infantil, de fecha 8 de abril de 2014, así como informe psicopedagógico de 24 de febrero de 2014.

- Escrito del director del Área Territorial ....., de 27 de mayo de 2019, instando al director de la Escuela “.....” a tomar medidas oportunas para corregir la actuación denunciada, recibo de presentación ante el Servicio de Inspección educativa de “.....”, de fecha 2 de abril de 2019, de la denuncia por agresión al alumno y copia de la denuncia presentada ante la Guardia Civil el 29 de marzo de 2019.

- Escrito de la reclamante comunicando la formalización de matrícula en el colegio “.....”, de fecha 5 de septiembre de 2019.

- Modelo de solicitud de admisión en proceso extraordinario, de fecha 12 de julio de 2019.

- Reclamación dirigida a la UPE (Unidad de Programas Educativos) de fecha 17 de mayo de 2019, por la que se denuncia a la funcionaria responsable por no tramitar la solicitud de plaza del menor para el curso 2019/2020 en el Colegio “....”

- Resolución del presidente del Servicio de Apoyo a la Escolarización Específica para ACNEE, de fecha 26 de julio de 2019.

**SEGUNDO.-** A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, destacando los siguientes trámites:

Por oficio de la jefa del Área de Tribunales y Responsabilidad Patrimonial de 27 de enero de 2022 se requirió a la reclamante la aportación de la siguiente documentación:



1.- Nueva solicitud de reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se incluya su firma, que no aparece en la solicitud inicial.

2.- Copia del libro de familia de la reclamante, como documento acreditativo del poder de representación del alumno en el presente procedimiento.

3.- Puesto que se reclama una indemnización por el concepto de daños morales (55.000 €), debe motivarse el alcance de esos daños morales.

4.- Puesto que se reclama una indemnización por el concepto de daños materiales (7.000 €), por el *“lucro cesante de mi actividad para poder atender adecuadamente a mi hijo; así como contratación de personal para atender educativamente a ... durante este tiempo”*, debe aportar la documentación justificativa de estos daños materiales

Con fecha 23 de febrero de 2022, la reclamante cumplimenta el requerimiento, aportando escrito de alegaciones de contenido similar al ya presentado, así como una copia de los siguientes documentos: del libro de familia (ilegible), de la sentencia de divorcio (ilegible), de la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, de fecha 6 de noviembre de 2020, sobre reconocimiento de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la reclamante, y de su informe de vida laboral.

Mediante oficio de 7 de marzo de 2022, se requirió a la reclamante para que aportase el libro de familia y sentencia de divorcio, ya que los aportados en su escrito de subsanación de 23 de febrero de 2022, resultaban ilegibles. La reclamante aportó, mediante correo electrónico de fecha 2 de junio de 2022, copia de los citados documentos, quedando acreditada la representación.

Por Orden 1647/2022, de 13 de junio, de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, se dispone la admisión a trámite de la reclamación, se determina la duración máxima del procedimiento y el sentido del silencio, y se designa como instructor al titular de la jefatura del Área de Tribunales y Responsabilidad Patrimonial, adscrita a la Subdirección General de Régimen Jurídico de la Secretaría General Técnica de dicha consejería.

Consta en el expediente el informe del director del Área Territorial Madrid Oeste de 18 de enero de 2022 que, en relación con la pretensión de la reclamante manifiesta, en primer lugar, que los Servicios de Apoyo a la Escolarización (SAE) tienen entre sus funciones la de supervisar el proceso de admisión de alumnos y cumplir las normas que lo regulan que, para la Comunidad de Madrid, son las resoluciones por las que se dictan instrucciones sobre la participación en el proceso de admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Especial, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad de Madrid para cada curso escolar, citando al respecto, la normativa de aplicación.

En respuesta a los reproches contenidos en el escrito de reclamación, el informe expone, en primer lugar, que el 22 de junio de 2017 el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP) de ....., advertido con anterioridad de la intención de cambio, elaboró un dictamen de escolarización por cambio de centro, basándose en la información facilitada por la familia, pero indicando la necesidad de actualizar la valoración, realizando una nueva evaluación psicopedagógica. Se hace constar que, para ello, el 13 de septiembre de 2017 la reclamante acompañó a su hijo a la sede del EOEP, donde se inició la evaluación psicopedagógica. Sin embargo, según el informe, el 14 de septiembre de 2017 la madre del menor, mediante correo electrónico, detuvo el curso de la evaluación iniciada, de modo que el 21

de septiembre de 2017 el EOEP contactó telefónicamente con ambos padres. Recoge el escrito de la Dirección de Área Territorial que *“el padre se muestra favorable a la escolarización en centro de Educación Especial, pero la madre comenta que su hijo ha comenzado las clases en el colegio privado “.....”.*

En relación con la petición realizada por la madre el 2 de abril de 2019, para que se le asignara a su hijo por vía extraordinaria un centro ordinario con aula TEA, el informe expone que la escolarización preferente de alumnado con trastornos generalizados del desarrollo (TGD) en aulas específicas TEA está regulada de forma complementaria al proceso establecido de admisión, y requiere informe favorable expreso emitido por el Equipo Específico de Alteraciones Graves del Desarrollo, o propuesta de escolarización de la Comisión Técnica Interterritorial, siempre tras la pertinente evaluación. En consecuencia, continúa el informe, *«para iniciar el proceso, el EOEP de ..... se pone en contacto con la familia el 5 de abril de 2019 y se les cita para el día 9 del mismo mes. No hay respuesta a la notificación ni la familia acude a la cita. Al día siguiente, el 10 de abril de 2019, la reclamante presenta solicitud de admisión en proceso ordinario para su hijo en las aulas de Educación Especial del CEIP “.....” de .....».*

Frente a la afirmación de la reclamante, según la cual, la exigencia de un dictamen de escolarización actualizado *“es contrario a la Orden 1493/2015...”*, el informe refiere que, en atención a las instrucciones del proceso de admisión, el dictamen de escolarización es requerido para cualquier alumno con necesidades educativas especiales, y debe ser actualizado siempre que haya cambio de centro, de modo que la Orden 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, en su artículo 4, establece la obligatoriedad de solicitar evaluación psicopedagógica en casos determinados, pero no indica que no pueda solicitarse cuando sea necesaria la actualización de la información que esta aporta. El informe recuerda que, además, el artículo 5.4 indica que el informe *“será imprescindible..., para la toma de decisiones relativas a su escolarización y como base para la elaboración de adaptaciones curriculares significativas”*.

Respecto a la alegación relativa a que el menor no figuraba en la lista de admitidos provisionales, la DAT ..... indica que las solicitudes de alumnos de necesidades educativas especiales no se publican junto con los listados del resto del alumnado y añade que *“desconocemos si pudo haber un error puntual en la aplicación o cómo se accedió a la secretaría virtual para obtener la información personal de su hijo, pero el SAEE tiene copia de la pantalla del sistema de gestión Raíces en el que figura correctamente recogida la solicitud”*.

El informe relata a continuación que el 18 de junio de 2019 el EOEP de ..... elaboró un dictamen de escolarización por cambio de centro, en el que se indicaba que no se había podido hacer una nueva valoración por la negativa de la madre, si bien los días 11 y 12 de julio de 2019 se mantuvieron, por separado, reuniones del SAEE con ambos progenitores para informar sobre el estado de la solicitud, presentar la propuesta del SAEE o plantear otras alternativas, de modo que el padre del menor *“firma la aceptación de la propuesta del SAEE para la escolarización de su hijo en un centro de Educación Especial especializado en alumnado con Trastornos del Espectro Autista (TEA)”*, mientras que la madre *«no acepta la propuesta del SAEE pero tampoco firma “en desacuerdo” ni se ratifica en la solicitud del CEIP ..... Anuncia que solicitará otros centros»*.

En cuanto a la solicitud posterior de tres posibles centros que realiza la reclamante, la DAT ..... informa que tal solicitud es para escolarizar al menor en aula TEA, que todos esos centros tienen autorizada, y recuerda que la escolarización preferente de alumnado con TGD en aulas específicas TEA requiere informe favorable expreso emitido por el Equipo Específico de Alteraciones Graves del Desarrollo, o propuesta de escolarización de la Comisión Técnica Interterritorial, siempre tras la pertinente evaluación. En el presente supuesto la reclamante *“no ha autorizado en ningún caso que su hijo fuera evaluado, por lo que la propuesta de escolarización en un aula para alumnado TGD no puede ni siquiera iniciarse...esta opción de escolarización no puede ser tramitada por no reunir las condiciones establecidas para aplicar a ... esa medida de apoyo educativo”*.

En relación con la resolución de escolarización en el Centro de Educación Especial ..... ahora declarada nula, el informe expone que, dado que la reclamante no autorizó la realización de una evaluación psicopedagógica que permitiera actualizar la situación educativa, y ajustar la necesidad de apoyo educativo del menor en ese momento, tanto el EOEP de ..... como, posteriormente, el SAEE, tomaron como referencia los documentos existentes hasta ese momento, es decir, el informe de colaboración para determinar la intensidad del apoyo educativo al finalizar Educación Infantil, elaborado por el Equipo Específico de Alteraciones Graves del Desarrollo con fecha 8 de abril de 2014 y el informe psicopedagógico, elaborado por el EOEP ..... de fecha 22 de abril de 2014.

Ambos informes recomendaban como modalidad de escolarización un *“centro educativo específico de Educación Especial”* y la DAT ..... señala que, con tales informes, el EOEP de ..... elaboró el dictamen de escolarización preceptivo por cambio de centro *“sin nueva evaluación psicopedagógica, pero indicando que se identifican con claridad los*

*criterios diagnósticos de un TEA y propone los recursos materiales y los apoyos personales propios de un centro de Educación Especial” que, en este caso, “era el único centro con que cuenta la DAT ..... que sea de Educación Especial y especializado en alumnado con TEA”.*

Cabe destacar, según el informe, que la propuesta del SAEE es admitida y firmada “de acuerdo” por el padre del menor, pero no por la madre que, en reunión celebrada el día 11 de julio de 2019, no desea formalizar ni el acuerdo ni el desacuerdo ni tampoco ratifica como válida su solicitud en el CEIP ..... que figuraba en su petición, presentando solicitud extraordinaria en tres centros para los que el alumno no reúne requisitos.

Continuando con la tramitación del procedimiento, por oficio de 22 de julio de 2022, que es notificado el 1 de agosto de 2022, se concede audiencia a la reclamante, sin que conste la presentación de alegaciones por su parte.

Con fecha 28 de diciembre de 2022, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación interpuesta, al considerar que no concurre la realidad efectiva del daño ni la antijuridicidad del mismo.

**TERCERO.-** El vicepresidente, consejero de Educación y Universidades formula preceptiva consulta por trámite ordinario, que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 9 de enero de 2023, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 2 de febrero de 2023.

A la vista de todo lo expuesto, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud del vicepresidente, consejero de Educación y Universidades, un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El dictamen ha sido emitido en el plazo ordinario establecido en el artículo 23 del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** El menor 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), actuando en su nombre su madre, en virtud de la representación legal de su hijo menor de edad que le corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil. Ha quedado debidamente acreditada la relación de parentesco entre la reclamante y el menor, mediante la presentación de copia del Libro de Familia. Asimismo la reclamante, en el cumplimiento de su obligación legal de escolarizar a su hijo, está legitimada para reclamar en su propio nombre el supuesto daño moral que ha sufrido como consecuencia de los hechos que denuncia, sin perjuicio de la necesaria acreditación de tal daño, en los términos que señalaremos posteriormente.

Por otra parte, la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en cuanto el supuesto daño se imputa a un acto dictado por la misma en el ejercicio de sus competencias en materia de Educación, conforme el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC que establece que *“en los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”*.

El criterio de esta Comisión, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de enero de 2000, consiste en fijar el día inicial del plazo en la notificación de la sentencia al reclamante o cuando este conoce su contenido si no ha sido parte en el proceso.

En este caso la sentencia definitiva es la dictada en recurso de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 2 de octubre de 2020, de la cual no consta la fecha de su notificación sino que tan solo consta la comunicación de su declaración de firmeza [artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)] por Decreto de 16 de diciembre de 2020 del letrado de la Administración de Justicia.

En este sentido ha de recordarse que el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2011 (rec. 2373/2006) estableció, con arreglo a la normativa anterior, que había de estarse a la firmeza de la sentencia y no a la declaración de esta.



La nueva regulación de la LPAC, al utilizar el término “*sentencia definitiva*”, en lugar de sentencia firme, ha originado dudas sobre el momento en que ha de fijarse en estos casos el *dies a quo*. De todas formas, en el caso que nos ocupa ha de tenerse en cuenta que la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, pudiendo haberlo hecho, no ha solicitado a la reclamante la acreditación de la fecha de notificación de la citada sentencia por lo que, no constando este dato en el expediente, cabe considerar que la reclamación está interpuesta en plazo, al presentarse el 3 de diciembre de 2021, es decir, antes del año posterior a la declaración de firmeza, criterio este que acogimos en nuestros dictámenes 282/19, de 4 de julio y 7/22, de 11 de enero.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en la LPAC, se ha incorporado, conforme el artículo 81 de dicha Ley, el informe del servicio al que se atribuye la producción del daño y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en su artículo 82. No obstante, sorprende que el informe del servicio se solicitase antes de la Orden del consejero acordando la admisión a trámite de la reclamación, si bien no se le ha causado indefensión a la reclamante, al haber sido incorporado dicho informe al expediente.

**TERCERA.-** El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española y su desarrollo en las citadas LRJSP y LPAC, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que es necesario que concurra:

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.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

**CUARTA.-** En este caso, como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, la reclamante dirige sus reproches contra la Administración educativa madrileña, a la que imputa una falta de medios y mínima diligencia para garantizar la inclusión de su hijo y su derecho a la educación, afirmando que el hecho de que los alumnos con discapacidad requieran informes de evaluación no les priva del derecho a la escolarización en las mismas condiciones que el resto.

La reclamante pretende hacer recaer en la Administración educativa la responsabilidad por los daños que reclama, y que se concretan en daños morales, tanto al niño, por la privación de su derecho a la educación, como a la propia madre. De igual modo, y como daños materiales, alude en su escrito al lucro cesante de su actividad que exige la dedicación a su hijo, así como la contratación de personal para atenderle, estimando tales daños en 7.000 euros.

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 la reclamante no ha aportado prueba alguna de los daños que reclama ni con su escrito de reclamación, ni requerida al efecto por el órgano instructor, ni tampoco posteriormente en el trámite de audiencia, en el que no formuló alegaciones. Por lo que se refiere a los supuestos daños morales que se reclaman, causados tanto al menor como a la madre del niño, 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 la reclamante no ha aportado prueba alguna del daño que aduce y en qué medida las actuaciones llevadas a cabo por la Administración educativa han repercutido en la esfera psicofísica de los interesados en los términos que recogen las sentencias anteriormente citadas. En cuanto a la supuesta privación del derecho a la educación, cabe recordar que la propia reclamante reconoce en su escrito *que “su hijo estuvo sin escolarizar desde que tuvo que salir precipitadamente del centro en el que cursaba estudios en febrero de 2019, y durante todo el curso académico 2019/2020”*; es decir, como consecuencia de una decisión voluntaria de su progenitora, es el propio menor el que abandonó el centro educativo y se mantuvo sin escolarizar en el curso siguiente, al no considerar aquella de su agrado el centro asignado por la DAT .....

En cuanto a los daños materiales, cabe referirse en primer lugar al supuesto lucro cesante que la reclamante alega. A este respecto, y a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso, siendo el fundamento de la indemnización de lucro cesante la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que permite que se indemnice también la ganancia dejada de obtener.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, rec. 606/2016 *“el deber de reparación integral del daño, como recuerda la STS de 24 de noviembre de 2015 rec. 956/2014, debe comprender “el llamado daño emergente”, integrado por el valor de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del perjudicado; así como el llamado lucro cesante, integrado por las ganancias dejadas de percibir. Ahora bien, esas dos modalidades del daño patrimonial en sentido estricto, comportan, de una parte, que han de quedar acreditados de tal*

*forma que tanto unos como otros sean reales o manifiestamente potenciales conforme a las condiciones que generarían esa pretendidas ganancias que no responden, como se viene puntualizando por la jurisprudencia, a un “sueño de ganancias”, carente de toda conexión lógica de las condiciones del perjudicado sino a meras expectativa o de eventual dudosas o contingentes que no encuentran fundamento en esas condiciones fácilmente constatables”.*

En este caso, es evidente que la copia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la reclamante, o su informe de vida laboral, no son medios adecuados y suficientes para acreditar la alegada merma en sus ingresos económicos consecuencia del difícil proceso de escolarización del menor. De igual modo, en cuanto la necesidad de contratación de personal para atender a su hijo, tampoco ha incorporado al expediente las copias o documentos acreditativos de los correspondientes contratos realizados al efecto.

**QUINTA.-** Además, y continuando con el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, esta Comisión viene recordando en diversos dictámenes, como el Dictamen 429/19, de 23 de octubre, que la responsabilidad de la Administración por sus actos ilegales ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales. Una opta por un sistema de estricta responsabilidad objetiva que considera que los daños causados por actos ilegales son inexorablemente antijurídicos y, por tanto, indemnizables sin que las víctimas tengan obligación de soportarlos, así las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (Recurso 7099/1995) y 27 de marzo de 2003 (Recurso 339/2000).

Otra corriente considera que ha de exigirse una ilegalidad cualificada para considerar antijurídicos y, por tanto, indemnizables los daños producidos por actos administrativos ilegales. Es la llamada “doctrina del margen de tolerancia” que fue acogida por el Consejo

Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 450/09, 237/10, 122/11, entre otros, y por esta Comisión en numerosas ocasiones, así los dictámenes 232/16, de 23 de junio, 292/17, de 13 de julio, 329/17, de 3 de agosto y 361/17, de 14 de septiembre, entre otros.

En todos ellos se recogía que el Tribunal Supremo consideraba que no cabía aplicar en estos casos tesis maximalistas sino que el criterio determinante para entender que la lesión ha de ser calificada como antijurídica estribaría en que la Administración hubiese actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico.

En palabras del Tribunal Supremo [sentencias de 27 de mayo de 2004 (recurso 556/2000), 24 de enero de 2006 (6/536/2002), 14 de febrero de 2006 (recurso 256/2002) y 31 enero 2008 (recurso 4065/2003)], *“siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”*.

O como señala la Sentencia de 14 julio de 2008 (recurso 289/07) *“si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica enderezada a satisfacer los fines para los que le ha atribuido la potestad que ejercita no hay lugar a indemnización”*.

Esta doctrina no puede entenderse como desfasada, antes al contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (recurso 1777/2016) destaca que:

*“No es cierto que este Tribunal haya abandonado la mencionada doctrina vinculada a la actuación razonable de la Administración cuando ejercita potestades que le confiere la norma habilitante de manera discrecional. Basta para ello con citar la más reciente*

*jurisprudencia de este Tribunal Supremo para concluir en la plena vigencia de dicha doctrina, como ponen de manifiesto las sentencias de 16 de septiembre de 2009 (recurso de casación 9329/2004) y la más reciente sentencia 3791/2015. RES: 2425/2016'>2425/2016, de 14 de noviembre (recurso de casación 3791/2015), que precisamente la examina y delimita, para concluir que no comportaba, en aquellos supuestos, reconocer la exclusión de la antijuridicidad, pero aceptando que es admisible dicha doctrina”.*

La misma sentencia cita la del Alto Tribunal de 17 de febrero de 2015 (recurso 2335/2012) que afirma que, en los casos de anulación de actos, la jurisprudencia viene aceptando, como circunstancia que excluye la antijuridicidad de la lesión, el hecho de que el acto anulado generador de los perjuicios comporte el ejercicio de potestades discrecionales, ya que el propio Legislador en esos casos ha establecido un margen de actuación a la Administración para que decida conforme a su libre criterio dentro de los márgenes de los elementos reglados. Si esa decisión se mantiene en los términos de lo razonable y se ha razonado no puede estimarse que el daño sea antijurídico, generando el derecho de resarcimiento.

La citada sentencia añade que:

*“Pero no es solo el supuesto de ejercicio de potestades discrecionales las que permiten concluir la existencia de un supuesto de un deber de soportar el daño ocasionado con el acto anulado... porque como se declara por la jurisprudencia a que antes se ha hecho referencia, ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la*

*Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.*

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la decisión del juzgador de instancia (Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 27 de Madrid) se basa en la *“insuficiencia de la justificación que ofrecen los estudios e informes que emplea la Administración, ya que de los mismos no cabe integrar un juicio de desproporción o irracionalidad en el mantenimiento en el aula ordinaria con una adaptación curricular para atención a la diversidad”.*

Sin embargo, debemos partir de un hecho que destaca la propia Sentencia 629/2020, dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, a saber: *“...Y ello, sin perjuicio de los*



*acreditados obstáculos opuestos por la madre del menor, cuya negativa a autorizar la realización de evaluaciones y valoraciones actualizadas de su hijo, ha obligado a que la Resolución de Escolarización que impugnó en la instancia, se motive por referencia a informes realizados en el año 2014".* Es más, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda a la reclamante que *"el derecho a la determinación de la modalidad de educación que haya de recibir su hijo no tiene carácter absoluto y, desde luego, la elección de esta y de un centro educativo ordinario, queda sujeta al procedimiento previsto, en el que su voluntad no constituye la razón de decidir ... Por tanto, sobre la recurrente y madre del menor recae un deber de colaboración con la Administración educativa de inexcusable cumplimiento"*. Cabe recordar en este punto que el otro progenitor del menor sí aceptó la asignación de centro educativo realizada por la Administración.

En atención a todo ello, ambas instancias judiciales optan por la no imposición de costas. La falta de condena en costas a la Administración ha sido tenida en cuenta por esta Comisión Jurídica Asesora como argumento para considerar razonada y razonable la actuación de la Administración en los dictámenes 150/19, de 11 de abril, 282/19, de 4 de julio, 308/20, de 21 de julio, y, más recientemente, en el Dictamen 20/22, de 18 de enero, en atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, según el cual, el órgano jurisdiccional *"impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"*.

Es por ello que esta Comisión considera que la interpretación de la Comunidad de Madrid era razonable y razonada, de tal forma que no puede considerarse que haya existido un daño antijurídico.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la presente reclamación al no haberse acreditado la existencia de un daño antijurídico.

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 2 de febrero de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 48/23

Excmo. Sr. Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades

C/ Alcalá 30-32, 2ª planta – 28014 Madrid