

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



**EL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO COMO
CONTRATO A FAVOR DE TERCERO**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Iñigo Martínez-Echevarría Castillo

Bajo la dirección del Doctor:

José Javier López Jacoiste

Madrid, 2002

ISBN: 84-669-2321-7

ÍNDICE GENERAL

I.— ACTUALIDAD DE LA TESIS PLANTEADA: LA CONCRECIÓN JURÍDICA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES	5
1.— EL CONTEXTO EDUCATIVO COMO CONTEXTO JURÍDICO DE RESIGNACIÓN	6
A.— PERSPECTIVA GENERAL	6
B.— POSIBLES CAUSAS HISTÓRICO-JURÍDICAS	11
a.- El pensamiento pedagógico griego.....	12
b.- Roma: Los servicios educativos prestados por amistad y respeto	17
c.- La prestación gratuita de servicios educativos	19
2.— ESTADOS UNIDOS: LAS PRIMERAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE SERVICIOS EDUCATIVOS	21
B.— HECHOS QUE HAN DADO LUGAR A RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD EDUCATIVA	25
a.— Enseñanza defectuosa (<i>Inadequate instruction</i>)	26
b.— Encuadramiento erróneo (<i>Misplacement</i>):.....	29
A.— ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN EN EL CONTEXTO EDUCATIVO ESPAÑOL	31
B.— LA CONCRECIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES	35
II.— LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES” DE LOS PADRES AL CENTRO DOCENTE COMO FUENTE DE LA RELACIÓN JURÍDICA CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD: ORIGEN, VIGENCIA ACTUAL Y NECESIDAD DE SUPERACIÓN	44
1.— LA PRECARIA VIGENCIA DE LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES” EN EL CONTEXTO EDUCATIVO	45
A.— EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ORGANIZATIVO DE LA EDUCACIÓN EN ROMA: DEL ÁMBITO FAMILIAR A LAS ESCUELAS MUNICIPALES .	49
a.— Enseñanza en los tiempos primitivos.....	50
b.— Educación en la época republicana.....	53
c.— Educación en la etapa imperial y en el periodo decadente posterior.....	53
B.— EL MANDATO RETRIBUIDO COMO CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN <i>PATERFAMILIAS</i> -EDUCADOR: CONTENIDO Y LÍMITES DE LA DELEGACIÓN DEL “PODER DE EDUCAR”	55
a.— El mandato retribuido como revestimiento jurídico de las <i>operae liberales</i>	55
b.— La delegación del “poder de educar” del <i>paterfamilias</i> al educador: contenido y límites	58
c.— La idea de la delegación de poderes de los padres al educador como legado de la concepción romana de los servicios educativos.....	60
3.— LA NECESIDAD DE SUPERAR LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES”: EL CONTRATO DE EDUCACIÓN COMO CONTRATO DE LOS PADRES A FAVOR DE LOS HIJOS.....	63
III.— HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESENTES EN LA CONTRATACIÓN EDUCATIVA.....	73

a.— El derecho a una enseñanza básica gratuita como “dimensión prestacional” del derecho fundamental a la educación.....	134
b.— Estructura jurídica del derecho a una enseñanza básica gratuita.....	136
a’.— Titularidad activa.....	136
b’.— Titularidad pasiva.....	140
c’.— Contenido	142
IV.— EL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO PADRES-CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCERO.....	148
1.— LAS TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD.....	149
A.— DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y BÉLGICA. LOS PADRES COMO REPRESENTANTES DEL ALUMNO MENOR DE EDAD EN LA CONTRATACIÓN EDUCATIVA	150
a.— Estados Unidos: la excepción del Caso Paladino	150
a’.— La doctrina de la “academic abstention”	150
b’.— Teorías acerca de la naturaleza jurídica del complejo relacional educativo. La fundamentación jurídica de las acciones de “educational malpractice”	154
b.— Bélgica y Holanda: la confusión acerca de la posición del alumno menor de edad en la contratación educativa.....	167
B.— ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:.....	172
2.— EL CONTRATO DE EDUCACIÓN COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCERO.....	176
A.— NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN ESTIPULANTE (PADRES)-PROMITENTE (CENTRO DOCENTE)	178
a.— El contrato como marco de la estipulación a favor de tercero.....	178
b.— El contrato de servicios educativos como marco de la estipulación educativa a favor del menor	180
c.— La naturaleza contractual del complejo relacional educativo padres-centro docente de titularidad pública-alumno menor de edad.....	185
a’.— La prestación de servicios educativos en centros docentes de titularidad pública	187
b’.— La ausencia de ejercicio de potestad en el “desarrollo concreto de la actividad docente”	199
B.— FORMACIÓN DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO	207
a.— Nacimiento de la relación jurídica padres-centro docente.....	207
b.— Nacimiento de la relación jurídica centro docente-alumno menor de edad	222
a’.— No intervención del menor en el contrato	222
b’.— Aceptación del beneficiario: la declaración de voluntad del menor educando.....	224
C.— DERECHOS, DEBERES Y CARGAS DEL MENOR EDUCANDO Y DE SUS PADRES.	251
a.— Derechos y cargas del alumno menor de edad.....	253
a’.— El derecho de menor educando a recibir la prestación educativa conforme a la legislación educativa vigente y a lo pactado por sus padres con el centro docente.....	255

b'.— La carga del menor educando de colaborar en el cumplimiento de la prestación educativa	261
b.— Derechos, deberes y cargas de los padres.....	267
a'.— El derecho a que los servicios educativos se presten conforme a lo pactado en el contrato de educación. El derecho de información de los padres	268
b'.— El deber de costear la educación y la carga de cooperar al curso del hijo menor en la recepción de la prestación educativa	271
D.— LA “YUXTAPOSICIÓN DE ACCIONES” EN CASOS DE RESPONSABILIDAD DE CENTROS DOCENTES Y PROFESORADO POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE SERVICIOS EDUCATIVOS	275
a.— Las acciones del menor educando	277
a'.— Acción propia del menor	277
b'.— El carácter contractual de la acción del menor.....	280
b.— Acción de los padres. La posible yuxtaposición de acciones	285
c.— Incumplimiento del centro docente y vulneración simultánea del derecho a la educación del menor educando y de la libertad de enseñanza de los padres	287
V.— CONCLUSIONES.....	304
BIBLIOGRAFÍA.....	309

I.— ACTUALIDAD DE LA TESIS PLANTEADA: LA CONCRECIÓN JURÍDICA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES

1.— EL CONTEXTO EDUCATIVO COMO CONTEXTO JURÍDICO DE RESIGNACIÓN. A.— PERSPECTIVA GENERAL. B.— POSIBLES CAUSAS HISTÓRICO-JURÍDICAS. a.— El pensamiento pedagógico griego. b.— Roma: los servicios educativos prestados por amistad y respeto. c. — La prestación gratuita de servicios educativos

2.— ESTADOS UNIDOS: LAS PRIMERAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE SERVICIOS EDUCATIVOS. A.— LA GÉNESIS DE LAS RECLAMACIONES POR *EDUCATIONAL MALPRACTICE*. B.— HECHOS QUE HAN DADO LUGAR A RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD EDUCATIVA. a.— Enseñanza defectuosa (*Inadequate instruction*). b.— Encuadramiento erróneo (*Misplacement*).

3.— LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL PADRES-CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD. A.— ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN EN EL CONTEXTO EDUCATIVO ESPAÑOL B.— LA CONCRECIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES.

1.— EL CONTEXTO EDUCATIVO COMO CONTEXTO JURÍDICO DE RESIGNACIÓN

A.— PERSPECTIVA GENERAL

Dice LÓPEZ JACOISTE que en los métodos actuales del Derecho ha venido a ser tarea incitante la articulación de contextos socialmente discernibles, en cuanto transidos de inspiración y sentido específicos. En el Título Preliminar del Código Civil —continúa el mismo autor—, se dice que la interpretación ha de hacerse en relación con el contexto, pero los contextos no son obvios, ni por lo común se encuentran explorados hasta su fondo, ni sus disposiciones internas son regulares y uniformes sino de varia estructura y función, con pluralidad de ritmos íntimos y proporciones. Es así frecuente conferir sobre contextos sin atender y captar la variedad de vertientes y dimensiones que en cada uno de ellos contribuyen a conjugar la fisonomía de conjunto que los configura y distingue. Por eso el saber jurídico insta ahora puntualizaciones y métodos en que la depuración rigurosa de contextos se ofrezca como premisa crítica, como menester de primaria significación¹.

Pues bien, cuando el jurista se adentra en el contexto educativo, no tarda en percatarse de la presencia en dicho contexto de una característica que aparece como dominante en lo que atañe al campo de las responsabilidades. Nos referimos a la habitual resignación del usuario de servicios educativos ante la prestación de servicios de carácter defectuoso.

¹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El juego, contexto jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 49, 1996, pp. 509-510.

En efecto, los pocos autores que, en nuestro país, se han ocupado de estudiar con profundidad el complejo relacional educativo padres-centro docente-alumno menor de edad llegan a la conclusión de que la obligación de prestar servicios docentes comprende principalmente tres deberes: el deber de instruir, el deber de educar y el deber de custodiar a los alumnos mientras se encuentran en el centro escolar o desarrollando actividades organizadas por el mismo².

Pues bien, el cumplimiento defectuoso del deber de vigilancia es, en algunos casos, ocasión para que algún alumno sufra un daño físico, bien porque se lo ocasione alguno de sus compañeros, bien porque lo sufra él mismo por actuar con la inconsciencia propia de su edad, que debía haber sido suplida por la vigilancia diligente del profesor o profesores correspondientes. En otros casos, lo que se ocasiona con dicho incumplimiento es un daño a terceros ajenos al complejo relacional educativo padres-centro docente-alumno menor de edad³. Estos casos, relativamente frecuentes en todos los países, han dado lugar a una abundante jurisprudencia y a una regulación legal que ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina española y extranjera⁴. El daño físico ocasionado en estos casos provoca muchas veces la reacción del dañado, que se

² GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1954, p. 81; TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, Tesis doctoral inédita, defendida en la Universidad de Alcalá de Henares, 16.VII.1992, p. 167.

³ *Vid.*, a modo de breve elenco recogido entre las múltiples sentencias existentes, las SSTS de 30.VI.1995 (Az. RJ 5272), 10.X.1995 (Az. RJ 7186), 10.XII.1996 (Az. RJ 8975), 3.VII.1998 (Az. RJ 5411), 17.IX.1998 (Az. RJ 6544), 18.X.1999 (Az. RJ 7615), 14.II.2000 (Az. RJ 675).

⁴ De entre los estudios más recientes en la doctrina española —en los que se puede encontrar abundante bibliografía— se pueden destacar los estudios de DÍAZ ALABART, S, “Responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000; de SAN JULIÁN PUIG, V, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*, Boch, Barcelona, 2001; y de ATIENZA NAVARRO, M.L., *Responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000. Además de por su contenido, por la abundante bibliografía y jurisprudencia que recoge —nacional y extranjera— vemos también obligada la cita de la monografía de Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

apresura a reclamar la correspondiente indemnización al centro docente cuyo incumplimiento fue ocasión para la producción del daño.

Sin embargo, no existe en nuestra jurisprudencia, ni —salvo contadísimas excepciones— en la jurisprudencia de ningún país, casos en los que el demandante reclame contra un centro docente por haber cumplido defectuosamente cualquiera de los otros dos deberes que, como hemos dicho, comprende la relación educativa: el deber de educar y el deber de instruir a los alumnos⁵.

En el artículo anteriormente citado, LÓPEZ JACOISTE, refiriéndose al contexto de las actividades lúdicas —en toda su amplitud—, afirma que es éste un contexto jurídico que crea un espacio propio frente a la responsabilidad. Lo explica del siguiente modo:

“Quienes contienden quieren de algún modo hacerse recíprocamente un honor *affectionis vel amicitiae causa*; dicese que el darse las manos quiso expresar de antiguo que se venía sin arma alguna en ella, y así el saludo previo a la confrontación ofrece cariz de haber depuesto el arma de la responsabilidad civil; diluida en explícita aceptación mutua, la responsabilidad enerva sus alcances. Entre quienes participan en el juego vívese en plenaria asunción de lo fortuito, del azar y de la suerte. Créase así un ámbito en principio reductor de la antijuricidad en donde claudican, o se minoran, las responsabilidades que en otro caso serían exigibles en razón de los daños

⁵ Además de las sentencias estadounidenses que estudiaremos en este primer epígrafe, y de las sentencias belgas que citaremos más adelante, no es fácil encontrar más ejemplos de reclamación de responsabilidad contra centros docentes por prestación defectuosa de servicios educativos. Como excepción, y dentro de la jurisprudencia alemana, podemos citar la sentencia de 23.III.1990 (OLH Hamm., 11 U 108/89), en la que se condenó a uno de los lands alemanes a indemnizar con 2500 marcos a la madre de un alumno, debido a la actuación negligente de sus autoridades educativas. De acuerdo con la regulación legal educativa alemana, la previsión —debido a enfermedad— de la falta de asistencia prolongada al centro docente de un alumno en edad de escolarización obligatoria obliga al centro y a las autoridades competentes a hacer un plan especial de tutorías para el alumno (Circular del Ministerio de Educación de 10.X.1984, párrafo 2). Esta previsión legal no fue observada en el caso de la sentencia, aunque la madre solicitó esa atención especial en varias ocasiones.

recíprocamente causados. Todo sucede como si, concluido el juego, no hubiera lugar a volver sobre lo que ocurrió. Y así, respecto de los daños mutuamente causados, la plenaria alteridad asumida en el juego se traduce en una causa de justificación; en tanto no haya dolo o culpa grave opera como razón excluyente de la antijuridicidad. En el área de la responsabilidad civil el tema es de creciente actualidad, orientado a muy común exoneración de resarcimientos entre los partícipes de juegos y deportes. En la jurisprudencia anglosajona se recalca la aplicación del principio *volenti non fit iniuria*, así como la *voluntary assumption of risk* inherente a tales competiciones. Entre nosotros se estima de modo prácticamente unánime que los juegos y deportes se practican a riesgo propio”⁶.

A nuestro juicio, algo similar a lo descrito por LÓPEZ JACOISTE respecto al contexto lúdico ocurre en el contexto educativo, pero no por pacto entre los contendientes, sino por resignación de los potenciales reclamantes.

Podríamos decir que, de igual manera que —en lo relativo a la responsabilidad— el juego es contexto jurídico de deportividad, la educación es contexto jurídico de resignación.

Para percatarse de que ésta es, hoy día, la mentalidad tanto de los prestadores como de los usuarios de servicios educativos, basta con leer alguna de las campañas de publicidad de centros docentes privados llevadas a cabo en los últimos años. Así, en el tramo final del curso 1998/99, apareció en varios periódicos de ámbito nacional el anuncio de la apertura del plazo de matrícula en un importante colegio de Madrid⁷. El reclamo publicitario que se utilizaba era el siguiente: “Si busca un colegio para sus hijos, *acertar* es la única palabra que usted quiere oír”.

⁶ LÓPEZ JACOISTE, J.J, “El juego, contexto jurídico”, cit., pp. 515-517 y 522-524.

⁷ Para contrastar esta información *vid.* diarios EL MUNDO, EL PAÍS y ABC en cualquiera de las semanas del mes de junio de 1999.

Este reclamo es muestra de la mentalidad que hemos mencionado: los padres buscan —en el caso de que puedan elegir— un centro docente que colabore con ellos en la instrucción y educación de sus hijos; los “buenos padres de familia” ponen toda su diligencia en la búsqueda de un colegio que, a su juicio, pueda colaborar con ellos en procurar a sus hijos una “formación integral”⁸, pero existe la mentalidad entre los usuarios de servicios educativos de que, una vez concluida la búsqueda, y contratados los servicios de un centro docente, es mejor resignarse ante las deficiencias que puedan producirse en la instrucción y educación de los hijos, a diferencia de lo que ocurre con las negligencias en el cumplimiento del deber de vigilancia.

No es que los usuarios piensen que no pueden reclamar —de hecho en muchas ocasiones acuden al centro educativo para exigir que se cumpla debidamente lo pactado— sino que, si continúan las deficiencias una vez que han exigido una prestación diligente de los servicios educativos, prefieren solicitar los servicios de otro centro —si pueden—, y olvidarse del centro docente que defraudó sus expectativas.

Otra muestra de esta mentalidad la encontramos analizando las estadísticas de reclamaciones presentadas ante las Juntas Arbitrales de Consumo. Existe un apartado específico en las estadísticas de las oficinas de información al consumidor para contabilizar las reclamaciones en materia educativa y, sin embargo, su número es bajísimo, y sólo excepcionalmente se dirigen contra centros educativos. La mayoría se dirigen contra academias de idiomas, mecanografía, etc.; es decir, se producen en el ámbito de la denominada “enseñanza no reglada”⁹.

⁸ Art. 154 del Código Civil.

⁹ *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo*, Ayuntamiento de Madrid (Área de Salud y Consumo), 1999, p. 65. Esta realidad se acentúa en el caso de las reclamaciones contra centros de enseñanza de titularidad pública. Según las estadísticas de la OMIC del Ayuntamiento de

B.— POSIBLES CAUSAS HISTÓRICO-JURÍDICAS

A esta mentalidad se le pueden encontrar las más diversas explicaciones: padres que se limitan a cumplir con la obligación de escolarizar a sus hijos, falta de cauces de reclamación adecuados, miedo a las posibles represalias del centro docente en los casos en que no se puede solicitar los servicios de un centro alternativo, etc. Otra explicación razonable —que daría cualquier persona— es que, ciertamente, es difícil determinar en qué consiste un cumplimiento defectuoso del deber de enseñar o del deber de educar. La perplejidad puede acentuarse aún más cuando, al leer alguna de las sentencias norteamericanas referentes a esta materia —de las que nos ocuparemos a continuación—, se encuentra por primera vez la expresión “daño intelectual”, con la que se hace referencia al daño que puede suponer para un alumno la recepción de una prestación docente defectuosa¹⁰.

Además de estas explicaciones —que podríamos denominar intuitivas—, mediante el estudio de la evolución histórica del complejo relacional padres-educador-menor de edad no es difícil discernir algunas de las causas que han convertido al contexto educativo en contexto jurídico de resignación. Aunque no hemos querido

Madrid, el número de reclamaciones presentadas en 1999 contra esta clase de centros docentes es 0. En el año 2000, el número de reclamaciones es 8. Estas cifras son bajísimas con relación al resto de sectores que muestra el desglose pormenorizado de las reclamaciones facilitado por el Departamento de Protección al Consumidor.

¹⁰ *Donohue v. Copiague Union Free School District*, 391 N.E.2d, 1979, p. 375. Dice LÓPEZ JACOISTE que el Derecho de daños acucia a estrenar palabras y atinar en los juicios. Acertar a ver y a expresar, a dar razón jurídica del evento lesivo, es reto común y estímulo vivaz de todo intérprete, de todo juzgador. Opera en todo este campo peculiar incitación a encontrar la agudeza de lo justo y a reflejarla creativamente, con decir certero. Y, usando una expresión de CARBONIER, añade que por ello se ha llegado a hablar de que con esta materia ha surgido un “nuevo género literario”. Llegaría a pensar —concluye— que se está produciendo en esta materia un requerimiento lingüístico nuevo y específico (*Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, p. 14).

dedicar un apartado específico de nuestro estudio a esta cuestión, nos detenemos brevemente aquí para explicar a grandes rasgos algunas de esas causas.

Comenzando por el pensamiento pedagógico griego, exponemos a continuación las tres causas históricas que, a nuestro juicio, han tenido mayor influencia en la configuración del contexto educativo como contexto jurídico de resignación.

a.- El pensamiento pedagógico griego

Hoy día existe, entre los especialistas, un acuerdo generalizado de que el pensamiento pedagógico griego ha sido el que mayor influencia ha ejercido en la pedagogía occidental¹¹. A su vez, de las tres concepciones pedagógicas griegas, la isocrática ha sido la que mayor influencia ha ejercido en etapas posteriores¹².

¹¹ JAEGER, W, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, 1985, p. 927. En este sentido, DAWSON afirma lo siguiente: “Una vez la educación ha llegado a ser universal, y leer y escribir ya no se consideran un misterio reservado a una minoría privilegiada, nos sentimos dispuestos a olvidar lo reciente de estas condiciones y lo fuerte que ha sido la influencia de la tradición en la educación occidental. La tradición de la educación liberal en la cultura de Occidente es prácticamente tan antigua como la tradición de Confucio en China, y ha desempeñado un papel semejante en la formación de la mentalidad y en el mantenimiento de la continuidad de nuestra formación. Porque el sistema de estudios clásicos o letras humanas, que todavía dominaba en las Universidades y los grandes colegios ingleses cuando yo era joven, tenía su origen a veinticuatro siglos de distancia en la antigua Atenas, y fue traspasado intacto de los sofistas griegos a los retóricos y gramáticos latinos, y de ellos a los monjes y clérigos de la Edad Media. Estos, a su vez, la traspasaron a los humanistas y maestros del Renacimiento, de los cuales pasó finalmente a las escuelas y Universidades de la Europa y de la América modernas” (*La crisis de la educación occidental*, Rialp, Madrid, 1962, p. 10).

¹² Según MARROU (*Historia de la educación en la antigüedad*, Akal, Madrid, 1985, pp. 107-108), PLATÓN pretende imponernos un inmenso ciclo de estudios, tan complejo y difícil que el propio plan va eliminando, sobre la marcha, a la mayor parte de los aspirantes, y ello con el quimérico objeto de conducirnos a la ciencia perfecta (...). ISÓCRATES, por su parte, opta por consagrarse a una tarea de más segura eficacia y cuya urgencia, por lo demás, es inmediata: formar a sus discípulos en la experiencia, en la práctica de la vida política. JAEGER afirma, en este mismo sentido, que la obra de ISÓCRATES como educador tiene una importancia superior a la de los socráticos o sofistas, en la medida en que se dirige a toda la *polis* (*Paideia*, cit., p. 927).

Frente a la concepción sofista, que nos permitiría hablar de la sujeción del maestro a una obligación de resultado¹³, y a la concepción socrática, cuyo elevado objetivo hace imposible hablar de vínculo obligacional en la relación docente¹⁴, la

¹³ Para los sofistas, el factor determinante de la educación es el *logos* —la enseñanza del maestro—. La *paideia* es un proceso unidireccional: la iniciativa la lleva casi en exclusiva el maestro, que comunica a su antojo una serie de saberes y habilidades al alumno, apoyándose en un método de enseñanza eficaz. El maestro se ocupa de “alimentar” intelectualmente a sus alumnos. Los otros dos factores de la educación —la *physis* y el *ethos*— tienen también importancia, pero son secundarios. La función de la *physis* —el modo de ser del alumno— es simplemente determinar las posibilidades de la educación: hasta dónde puede llegar cada alumno con su aprendizaje. En cuanto al *ethos*, los sofistas son conscientes de que la ejercitación del alumno contribuye decisivamente a su perfeccionamiento. Sin embargo, conciben dicha influencia como un fenómeno de naturaleza técnica y mecánica. Creen que la educación del *ethos* consiste en que todos los alumnos ejecuten una serie de tareas planificadas por el profesor con vistas a la adquisición de una serie de destrezas. En el fondo, consideran que el *ethos* es un factor perfectamente controlable que todo maestro inteligente debe saber aprovechar; es decir, constituye uno de los elementos del método de enseñanza. Por todo ello, los sofistas profesan un desmedido optimismo pedagógico.

Si aplicásemos a la relación docente que resulta de esta concepción pedagógica categorías jurídicas actuales, podríamos decir que dicha relación es una relación obligatoria —que emana de un contrato de arrendamiento de servicios—, en la que la obligación del maestro aparece prácticamente configurada como una obligación de resultado. Como hemos visto, el carácter casi pasivo de la actuación requerida al alumno —que, del mismo modo que el que es alimentado, debe casi limitarse a dejar hacer al maestro, sin entorpecer su labor— convierte al maestro en protagonista principal de la educación, lo cual le permite concretar sin temor su oferta educativa. De hecho, PROTÁGORAS, en el diálogo platónico que lleva su nombre, no tiene ningún reparo en prometerle al joven Hipócrates, que está pensando en hacerse discípulo suyo, lo siguiente: “Si me acompañas, te sucederá, cada día que estés conmigo, que regresarás a tu casa hecho mejor, y al siguiente, lo mismo. Y cada día, continuamente, progresarás hacia lo mejor” (PLATÓN, *Protágoras*, 318a).

Los sofistas se presentan a sí mismos como “maestros de virtud”, en el sentido global y genérico que los griegos daban a la palabra *areté*. Hacen profesión pública de poder enseñar la *areté* y cobran honorarios por sus servicios, a pesar del escándalo general que ello provoca. Son, pues, los sofistas, los primeros maestros profesionales de la historia de Grecia. JAEGER llega a decir que PROTÁGORAS profesaba ser un “maestro profesional de alta cultura” (*Paideia*, cit., p. 494). Según la imagen que nos ha transmitido PLATÓN, el sofista es un personaje vanidoso, espectacular y presumido, muy pagado de su saber y de su arte, y muy seguro de sí mismo y de su eficacia. Por otra parte, ha tenido la desvergüenza de profesionalizar la enseñanza: de ella vive, por ella cobra, y en ella se ocupa. PLATÓN, por boca de SÓCRATES, lo califica peyorativamente de vulgar “mercader de los conocimientos” y de “productor y vendedor de esos conocimientos” (PLATÓN, *Sofista*, 231d—232b).

¹⁴ En la concepción pedagógica socrática, el factor principal del perfeccionamiento humano es el *ethos* —el esfuerzo del alumno—, unido a un incierto factor divino —*theia tyché*— (PLATÓN, *República*, 490d y ss), que hace que el maestro conciba su papel, no tanto como una transvase, sino más bien como una especie de acompañamiento en la búsqueda de la ciencia. SÓCRATES no se considera a sí mismo como un maestro que transmite una enseñanza concreta; lo único que hace es “tratar” y “dialogar”, bajo la inspiración de un misterioso demonio interior, con quienes se acercan a él, a los cuales considera a todos los efectos, no como alumnos, sino como amigos o compañeros. El éxito de su método no depende de la cantidad de enseñanzas asimiladas por el discípulo, ni se valora en función de ellas. De ahí que

concepción isocrática de la relación docente permite configurarla jurídicamente como una obligación de medios.

Ahora bien, a nuestro juicio, la contribución de esta concepción pedagógica a la caracterización del contexto educativo como contexto jurídico de resignación no proviene principalmente de que la obligación del maestro pueda ser configurada como obligación de medios —como obligación de *logos*—, sino más bien de que la eficacia

SÓCRATES combata el optimismo pedagógico de los sofistas, que lo fían todo a la mera instrucción externa —al *logos*—. Para él, la educación es algo mucho más complicado y misterioso: consiste en ayudar a las personas a alcanzar la virtud moral, y por ello resulta muy difícil definir el método para alcanzar ese objetivo. La verdadera sabiduría —la *phronésis*— es difícil de alcanzar y no se puede enseñar. La *paideia* es ante todo una obra moral, que no se puede llevar a buen puerto desde un enfoque puramente técnico de la acción del maestro, en el que los métodos de enseñanza sean el elemento fundamental.

Para PLATÓN, es inútil y peligroso intentar ofrecer una explicación mecánica de la adquisición del saber. La educación es siempre por este motivo una tarea arriesgada, cuyos resultados son inciertos. No obstante, el maestro tiene una importante tarea que cumplir en la *paideia*. Aunque su papel no es “transvasar” la ciencia al discípulo —como si vertiera un líquido en un recipiente vacío (*Banquete*, 175d)—, está en su mano descubrir y poseer el método adecuado para suscitar en sus alumnos el deseo de conocer la verdad (*República*, 518d): “Los que tienen trato conmigo, aunque parecen algunos muy ignorantes al principio, en cuanto avanza nuestra relación, todos hacen admirables progresos, *si el dios se lo concede* (...). Y es evidente que no aprenden nunca de mí, pues son ellos mismos y por sí mismos los que descubren y engendran muy bellos pensamientos. No obstante, *los responsables del parto somos dios y yo*” (*Teeteto*, 150d-e, la cursiva es nuestra).

Aplicando conceptos jurídicos actuales a la relación docente —tal y como es entendida por Sócrates—, en modo alguno podríamos decir que dicha relación pueda ser configurada como relación obligatoria. El alto objetivo pedagógico que se marcan los socráticos hace que el maestro no se sienta capaz de prometer nada a los que se le acercan en búsqueda de ciencia. Por ello, a diferencia de los sofistas, no aceptan ni exigen que sus alumnos les entreguen dinero: “Yo no he sido jamás maestro de nadie. Si cuando yo estaba hablando y me ocupaba de mis cosas, alguien joven o viejo, deseaba escucharme, jamás se lo impedí a nadie. Tampoco dialogo cuando recibo dinero y dejo de dialogar si no lo recibo, antes bien me ofrezco, para que me pregunten, tanto al rico como al pobre, y lo mismo si alguien prefiere responder y escuchar mis preguntas. *Si alguno de éstos es luego un hombre honrado o no lo es, no podía yo, en justicia, incurrir en culpa; a ninguno de ellos les ofrecí nunca enseñanza alguna ni les instruí*. Y si alguien afirma que en alguna ocasión aprendió u oyó de mí en privado algo que no oyeran también todos los demás, sabed bien que no dice verdad”.

Para SÓCRATES, sólo quien se considere capacitado para mejorar moralmente a las personas debería tener la osadía de ofrecerse para educarlas. Y antes de dar un paso semejante, debería preguntarse con toda seriedad si cumplirá con lo que promete, porque el riesgo de sus experimentos recaerá sobre personas indefensas (PLATÓN, *Laeques*, 187b).

global del proceso educativo dependa en mayor medida de los otros dos factores del perfeccionamiento humano: de la *phisis* y del *ethos*¹⁵.

Es decir, para que se dé el resultado del proceso educativo, el maestro ha de ejercitar diligentemente el arte de enseñar, pero debe hacerlo sabiendo que la eficacia de su actividad depende más de la aptitud y de la actitud del alumno que —por poner otro

¹⁵ En la concepción pedagógica retórica, el factor de perfeccionamiento del ser humano que se coloca en primer lugar es la *phisis*. En segundo lugar —pero casi en pie de igualdad con ella— se coloca al *ethos*, y en un modesto tercer plano se coloca al *logos*. Aún así, ISÓCRATES entiende que el maestro, en cuanto conocedor y depositario de la técnica pedagógica, tiene un papel fundamental en la educación.

El maestro no aparece aquí caracterizado, al modo de los sofistas, como “doctor”; como alguien que posee una ciencia real o aparente —de carácter teórico o aplicado— pero de naturaleza abstracta, e intenta transmitirla a sus discípulos mediante discursos. Tampoco es, tal y como sucede en la concepción socrática, el “iniciador” de una vaga serie de misterios difíciles de asimilar, que en realidad carece de un método de enseñanza fijo, puesto que es cada discípulo el que —a su modo y siguiendo su propio itinerario informativo— alcanza la meta propuesta y transforma su vida íntima. La postura de ISÓCRATES es intermedia entre ambos extremos. El verdadero maestro no puede actuar como un “charlatán” que se limita a exhibir su sabiduría, pero que se desentiende de las actividades que deben realizar sus alumnos, pero tampoco debe aspirar a convertirse en una especie de “consejero espiritual”. En opinión de ISÓCRATES, en ambos casos se llevaría a cabo una actividad fraudulenta: en el primer caso, porque la enseñanza se convierte en una actividad ficticia e inoperante; en el segundo, porque —como ya hemos visto— el objeto propuesto es demasiado ambicioso e impropio de quien dice profesar el arte de “enseñar”. Lo que ISÓCRATES propone, por el contrario, es que los maestros se concentren en el campo que les corresponde —el de la auténtica “enseñanza”— sin entenderla de un modo superficial, pero sin demandarle más de lo que en rigor puede ofrecer. En su opinión, el maestro de oratoria debe comportarse como un “entrenador” que ejercita el alma del alumno, del mismo modo que el maestro de gimnasia vigoriza el cuerpo. Para percatarse de que estas ideas siguen presente en las concepciones pedagógicas actuales, basta con leer anuncios como éste: “Aunque *no* somos malabaristas del balón, te ofrecemos los *mejores entrenadores* para tu formación” (Anuncio de la Universidad Alfonso X El Sabio, publicada en la revista *Estudiantes*, Junio 1999, p. 5).

Lo que distingue al buen maestro no es, pues, tanto su doctrina —la ciencia que posee y transmite al alumno—, como el método que aplica para que éste se ejercite y se forme a sí mismo. Frente a la superficialidad y la irresponsabilidad de la *paideia* sofística, y frente a las ambiciones pedagógicas un tanto desbocadas de los socráticos, ISÓCRATES encarna el punto de vista realista y sensato del buen profesional de la enseñanza, que conoce y domina un arte cuyos límites y debilidades no ignora en absoluto. Tal arte (*logos*) está muy lejos de ser todopoderoso, porque su eficacia depende radicalmente del ingenio (*phisis*) y del esfuerzo (*ethos*) del alumno, pero no es en modo alguno despreciable; todo lo contrario: posee un enorme potencial formativo cuando se apoya en ellos (*Antídosis*, 189-190).

Del mismo modo que en la concepción pedagógica sofista, en la concepción retórica la relación docente aparecería configurada como una relación obligatoria —emanada de un contrato de arrendamiento de servicios—, con la diferencia de que, en este caso, el prestador de los servicios docentes se obligaría únicamente a ejercer con diligencia su arte de enseñar —su *logos*—, y no a conseguir unos concretos avances en la formación de sus alumnos. Estaríamos, por tanto, ante una obligación de medios.

ejemplo de obligación de medios— en el caso del médico, de la aptitud y de la actitud del paciente¹⁶. Siendo ambas obligaciones —la del médico y la del maestro— obligaciones de medios, la aportación del médico a la eficacia del proceso de curación es mayor que la aportación del maestro a la eficacia del proceso educativo. Y ello porque, en la mayoría de los casos, la actitud del enfermo favorece la curación —debido a la influencia del instinto de supervivencia—, mientras que, en el proceso educativo, la actitud del alumno favorecedora del proceso educativo supone un ejercicio de la propia libertad que se da con mucha menor frecuencia.

Por tanto, si clasificásemos las obligaciones de medios atendiendo al grado de influencia que la diligente puesta en práctica de los mismos tiene en la eficacia final del proceso en el que se hayan encuadrados —y siempre de acuerdo con la concepción pedagógica isocrática— la obligación docente quedaría clasificada entre las de menor influencia.

Sin embargo, de acuerdo con las concepciones pedagógicas modernas —influidas por la concepción isocrática—, lo más característico de la obligación docente como obligación de medios en relación con la eficacia del proceso educativo no sería tanto la escasa influencia de la prestación diligente de los servicios, cuanto la incertidumbre acerca de dicha influencia en cada alumno, debido a la multiplicidad de factores que intervienen en dicho proceso¹⁷.

¹⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, A, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 113-132.

¹⁷ GARCÍA GARRIDO pone el acento en esta multiplicidad de factores cuando explica que la complejidad de la entera organización social impide de continuo la armonización entre lo que la escuela enseña y lo que enseña el entorno social (influjo de los medios de comunicación, publicidad, costumbres, etc.). Dicho autor afirma con rotundidad la necesidad de que los responsables de la política educacional entiendan que la calidad de la educación no depende sólo ni principalmente de la calidad de las escuelas, sino de la entera *ciudad educativa*

En Estados Unidos, como veremos, ya en las primeras reclamaciones de responsabilidad profesional docente, los tribunales —al ocuparse de la relación de causalidad entre la prestación defectuosa de servicios educativos y los daños alegados como consecuencia de los mismos— entendieron que la instrucción y educación escolar —formalmente entendidas— no son el único elemento que educa al individuo, sino que en la educación confluyen un conjunto de factores que afectan al educando y que están fuera del control de los profesionales de la educación. Dichos factores, según el tribunal, pueden ser físicos, neurológicos, emocionales, culturales, ambientales; pueden estar presentes y no ser percibidos, reconocidos o identificados por los encargados de la enseñanza de un alumno¹⁸.

Esta disociación entre el cumplimiento diligente de la obligación docente y la obtención de resultados satisfactorios en el proceso educativo, no solo aparece acentuada en nuestros días, sino que también es percibida con mayor intensidad por los usuarios de servicios docentes, lo cual contribuye a configurar el contexto educativo como contexto jurídico de resignación de los usuarios, y a crear, entre los prestadores y los usuarios de dichos servicios, una de las posiciones más desiguales de entre las que se dan en el ámbito del consumo.

b.- Roma: Los servicios educativos prestados por amistad y respeto

(*Problemas mundiales de la educación. Nuevas perspectivas*, Dykinson, 1992, pp. 104 y 108). Este último término —*ciudad educativa*— sirve para hacerse una idea de la diversidad de factores que hoy día se tienen en cuenta como operadores dentro del proceso educativo de una persona.

¹⁸ *Peter W. v. San Francisco Unified School District*, 131 Cal. Rptr., 1976, p. 861.

Dando un paso adelante, y aunque en el segundo apartado de nuestro trabajo estudiaremos detenidamente la configuración jurídica que se dio en Roma al complejo relacional *paterfamilias*-educador-educando, sí podemos señalar aquí que los servicios de muchos educadores romanos —especialmente de aquellos que se ocupaban de la educación de los hijos de las familias patricias— se revistieron con un carácter honorífico y exento de interés material, prestados por amistad o por respeto¹⁹. Aunque, finalmente, en paralelo a la evolución de la concepción romana de la *locatio operarum*, acabó por admitirse la retribución de los servicios docentes, ese carácter de favor personal que revistió inicialmente a dichos servicios ha seguido presente en otras épocas históricas —incluso en largos tramos de la Edad Media, donde la enseñanza de los niños estaba subordinada al difícil encuentro de alguien que supiese enseñar las letras²⁰—, lo que —al margen de la mayor o menor falta de formación de quienes encargaban dichos

¹⁹ TRAVIESAS, M, “El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra”, *RGLJ*, nº 132, 1918, p. 99.

²⁰ “Los padres que sentían interés por la educación de sus hijos acudían a los monjes, que aceptaban el encargo, multiplicándose así las escuelas monacales externas, destinadas a los laicos, donde se admitía alumnos de todas las clases sociales. Sin embargo, no se articulaba en estos casos una relación contractual de carácter educativo, pues estas escuelas eran gratuitas, y si en algún momento los padres de los educandos aportaban bien alguno, ello era en concepto de mera liberalidad, más como obligación moral, y nunca por vinculación contractual alguna. También al principio, siguiendo la tradición de las iglesias catedrales y monacales, la enseñanza universitaria fue gratuita” (GALINO, M.A., *Historia de la educación, Vol. I: Edades Antigua y Media*, Gredos, Madrid, 1968, pp. 427 y 542).

servicios— hacía difícilmente concebible la idea de reclamar al educador por prestar sus servicios de manera defectuosa²¹.

c.- La prestación gratuita de servicios educativos

En épocas posteriores, nos encontramos con un último factor —tal vez el más decisivo— en el proceso de configuración del contexto educativo como contexto jurídico de resignación: la conversión de la prestación gratuita de servicios educativos en la forma casi generalizada de prestación de estos servicios.

Un primer hito de este factor estará constituido, en el siglo XVI, por la Reforma luterana. En materia educativa, Lutero preconiza el derecho y el deber del Estado de

²¹ Aunque el nacimiento de las escuelas municipales no supuso, sin embargo, la desaparición o debilitamiento de las escuelas monacales o parroquiales —la mayor parte de la enseñanza siguió a cargo de la Iglesia, que seguía prestando gratuitamente sus servicios—, este resurgimiento va a permitir que la relación docente adquiriera, en algunos casos, una nueva configuración jurídica, esta vez a través del arrendamiento de servicios. Dejados atrás en el tiempo los prejuicios que causaba la configuración de esta relación como relación de arrendamiento —que estudiaremos más adelante— y renacidas las escuelas municipales en las que los maestros —contratados por los municipios— prestaban sus servicios docentes, no hubo problema para incluir la relación docente en la categoría jurídica que realmente le convenía: el arrendamiento de servicios. Así, la Ley XI del Título VIII de la Partida V —partida referida a los contratos— se ocupa de los logueros y de los arrendamientos, y señala lo siguiente: “*De los salarios que reciben los maestros de sus escolares por mostrarles las sciencias*”: “*que los deuen castigar de manera que los non lisien, que resciben los maestros salarios de sus escolares por mostrarles las sciencias; e assi los menestrales de sus aprendices, para mostrarles sus menesteres, porque cada uno dellos es tenuto de enseñar lealmente, e de castigar con mesura a aquellos que resciben para esto*”.

Además, como dice MORENO MARTÍNEZ (*Responsabilidad de centros docentes y profesorado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, p. 14) con independencia de la naturaleza y esquema organizativo de la enseñanza de esta época, la situación del discípulo con respecto a su maestro es de absoluta servidumbre y sumisión. Ello hace que —desde estos presupuestos— se vea sumamente extraña, no sólo una responsabilidad del maestro por hechos de sus alumnos, sino incluso una responsabilidad del maestro sobre sus discípulos como consecuencia de daños que pudiera causar a los mismos. Prueba de ello —continúa el mismo autor— es que el maestro podía quedar exonerado incluso en el caso de que, como consecuencia de los ilimitados castigos que pudiera inferir a los alumnos —fruto de su poder disciplinario—, hubiere causado la muerte de su alumno, salvo que la misma hubiere sido intencionada. A ello se refiere el Fuero Juzgo cuando señala que “*Si el maestro que castiga su discípulo locamientre, si por ventura muere daquellas feridas; si el maestro (...) no lo fizo por ninguna malquerencia, ni por ningún odio, no deue ser penado ni desfamado por el omezilio (...)*” (Libro VI, Título V, Ley VIII, *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1847, pág. 155).

intervenir en la enseñanza y obligar a los niños a asistir a la escuela para asegurar su formación en el espíritu de la Reforma. Reaparece así la idea de la generalización de la gratuidad escolar. Sin embargo, la Contrarreforma nacida del Concilio de Trento adoptó medidas para que las propuestas sobre la enseñanza propuestas por Lutero no tuviesen efectividad práctica. De este modo, la Contrarreforma promovió por su cuenta la organización de la enseñanza primaria popular y gratuita, conservando la dirección religiosa: la Iglesia nombraba a los maestros, inspeccionaba las escuelas y escogía los libros. El segundo hito lo encontramos a finales de ese mismo siglo, y también a lo largo del siglo XVII. En ese periodo, numerosas congregaciones religiosas nacen con el objetivo de crear instituciones escolares dedicadas a la enseñanza y educación de las clases menesterosas. Los servicios educativos se prestan en estos casos con carácter benéfico. Todo el siglo XVII asiste, pues, a la expansión de las órdenes y congregaciones religiosas dedicadas a la educación, gratuita en un principio, y más tarde mixta, pues a medida que transcurre el tiempo comienza a aceptarse, por aquellos que podían, el pago de unos honorarios²².

Llegamos así a los umbrales de la Revolución Francesa, que dará lugar a la cristalización de los sistemas educativos nacionales, y, como consecuencia de ello, a la casi generalización de la prestación gratuita de servicios educativos en la mayoría de los países occidentales, con la constitución de la enseñanza en servicio público²³.

²² TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 101 y 102.

²³ *Vid. inf.* apdo. IV. 2. c. La estatalización de la enseñanza es un hilo conductor importante en la evolución del pensamiento educativo de la Revolución francesa. Ya sea CONDORCET delante de la Asamblea Legislativa, o LLEPELLETIER o ROMME delante de la Convención, todos coinciden en que la educación futura, la que ellos alumbren, debe ser el instrumento por excelencia para forjar la unidad de todos los ciudadanos en torno a los principios de libertad, igualdad y fraternidad. Desde el primer momento los legisladores de la Revolución tienen como meta la formación del ciudadano. Por primera vez en la historia de la educación se considera como contenido educativo en el currículo escolar la enseñanza de los deberes cívicos y de la Constitución, y para ello proliferan los catecismos, al uso de los instrumentos eclesiásticos

2.— ESTADOS UNIDOS: LAS PRIMERAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE SERVICIOS EDUCATIVOS

tradicionales (GÓMEZ DE CASTRO, F, “Los sistemas educativos y la Revolución Francesa”, *Génesis de los sistemas educativos nacionales*, UNED, Madrid, 1998, pág. 24).

En el sistema educativo organizado por Napoleón Bonaparte, el Estado se atribuyó plenamente la función educadora, que concibió como instrumento de gobierno. En palabras del propio Napoleón, “enseñar es una función del Estado, ya que ella es una necesidad para la sociedad. En consecuencia, las escuelas deben ser establecimientos estatales y no establecimientos en el Estado. Ellas dependen del Estado y no tienen más medio que él; existen por él y para él. Ellas obtienen de él su derecho a la existencia y su sustancia; ellas deben recibir de él su función y su ley. Por tanto, si el Estado es uno, sus escuelas deben ser las mismas en todas partes”. Estas medidas de Napoleón se referían principalmente al nivel secundario y superior, mientras que bajo su gobierno la enseñanza elemental volvió en gran parte a manos de las instituciones religiosas. A lo largo del siglo XIX se produciría en Francia una lucha contra esta situación, buscando una enseñanza totalmente laica, que acabaría instaurándose con las leyes escolares de la década de 1880 (ARCHER, M, *Social Origins of Educational Systems*, Sage Publications, Londres, 1979, pág. 201).

Entre tanto, hacia 1830, con el inicio del proceso de industrialización, y con el fin de estimularlo, muchos Estados europeos promovieron sobre todo la educación técnica. Si —como hemos visto— en el caso francés, la intervención del Estado en la educación se había producido esencialmente por motivos éticos y políticos, ahora el objetivo fue también el de conseguir el progreso industrial. Varios países del Occidente Europeo, a través de la actuación estatal, procuraron adecuar la educación a las necesidades de capital humano, y de ahí que los países que siguieron a Inglaterra en su proceso de industrialización hicieron más en este sentido que los propios ingleses. En el inicio de la industrialización en Inglaterra prevaleció la cualificación de los trabajadores en el mismo lugar de trabajo (*on-the-job-training*), frente a una enseñanza técnica escolar que permanecía subdesarrollada. Así, mientras Inglaterra abandonó la enseñanza técnica, al igual que la primaria, a la iniciativa privada —instituciones religiosas, benéficas, grupos voluntarios, comités de médicos, sindicatos de trabajadores o sociedades industriales—, los Estados alemanes financiaron un sistema completo de instituciones educativas. Los rápidos progresos industriales de Alemania y el prestigio de sus establecimientos educativos y de formación técnica constituyeron en parte para Inglaterra un impulso para desarrollar la instrucción pública e introducir mejoras en la enseñanza por parte del Estado, proceso que e inició lentamente a partir de 1840 aproximadamente, y que se aceleró después de 1880 (cfr. OSSENBACH SAUTER, G, en VV.AA, *Génesis de los sistemas educativos nacionales*, Introducción, UNED, Madrid, 1988, p. 14).

La acumulación histórica de estos factores —entre otros— en el contexto educativo ha mantenido al usuario de servicios docentes, hasta tiempos relativamente recientes, en una posición de mero receptor de dichos servicios, con una mentalidad según la cual era suficiente con recibir el servicio e implanteable cuestionar eficazmente la calidad del mismo.

Sin embargo, nos encontramos con que, a partir de 1970 empiezan a producirse en Estados Unidos una serie de reclamaciones en las que los demandantes —padres de alumnos— exigen indemnizaciones a centros docentes por haber ocasionado que sus hijos sufran serias deficiencias de instrucción académica como consecuencia de la actuación negligente de dichos centros.

Estas reclamaciones provocan una reacción sorprendente de los tribunales norteamericanos, asustados ante la posibilidad de una avalancha de reclamaciones similares. Pero, al mismo tiempo, genera un gran número de sentencias en las que se trata de delimitar los contornos jurídicos del contexto relacional educativo padres-centro docente-alumno menor de edad, así como la posibilidad y la conveniencia de conceder indemnizaciones económicas en esta clase de casos.

A.— LA GÉNESIS DE LAS RECLAMACIONES POR *EDUCATIONAL MALPRACTICE*

En efecto, en las últimas décadas, el profesorado y los centros docentes de los distintos niveles del sistema educativo de Estados Unidos han sido sometidos a una

rigurosa crítica por parte de los más variados sectores de la opinión pública y de la opinión especializada de aquel país. Muchos padres han cuestionado la suficiencia de la educación recibida por sus hijos, así como la competencia profesional de los educadores que prestan sus servicios tanto en centros públicos como privados²⁴.

Uno de los puntos álgidos de esta crítica se alcanzó tras la publicación, en 1983, del estudio realizado por la *National Commission on Excellence in Education*, que llegaba a la conclusión de que la característica común del servicio educativo en Estados Unidos era la mediocridad. Según este estudio, el 13% de los adolescentes norteamericanos eran funcionalmente analfabetos²⁵.

Como era de esperar —teniendo en cuenta el perfil especialmente beligerante del consumidor norteamericano— tanto padres como estudiantes no se conformaron en

²⁴ De acuerdo con la décima enmienda de la Constitución norteamericana, “*todos los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ésta a los Estados, están reservados respectivamente a los Estados o al pueblo*”. Lo que significa, en el campo de la educación, que la conducción del aparato educativo depende legal y formalmente de cada uno de los Estados que componen la Unión. No obstante, este principio legal básico ha sido siempre combinado con un tradicional respeto al principio de autonomía educativa de las comunidades locales, llámense distritos o municipios, sobre cuyos hombros ha recaído ordinariamente gran parte del peso —también económico— que las acciones educativas entrañan. Salvo a nivel universitario, la autonomía de los propios centros educativos está bastante limitada. Todo esto por lo que se refiere a los centros públicos. En cuanto a los privados, abundantes en los Estados Unidos sobre todo en los niveles superiores, las entidades que las fundaron y dirigen son las que asumen la responsabilidad en su dirección, si bien han de hacerlo de acuerdo con las normas legales emanadas en los Estados en los que se hallan incardinados.

De otro lado, la participación federal en materia educativa se ha ido haciendo cada vez más importante, lo que ha ocasionado en las otras unidades estructurales administrativas —Estados, distritos, e incluso centros— una cierta dependencia, al menos en diversos aspectos, del Gobierno Federal. Sin embargo, son los Parlamentos existentes en cada Estado los que discuten y establecen la legislación educativa, sobre todo en los que concierne a los niveles educativos primario y secundario (GARCÍA GARRIDO, J.L., *Sistemas educativos de hoy*, Dykinson, Madrid, 1993, p. 342).

²⁵ GOLDBERG/HARVEY, *A Nation at Risk: The Report of the National Commission on Excellence in Education*, Phi Delta Kappan, 1983, pp. 14-15. Con el término *funcionalmente analfabeto* se designa a aquella persona que, si bien es capaz de leer y escribir, no es capaz de hacerlo con el nivel necesario para desenvolverse en el ámbito de las relaciones sociales o profesionales propias de una persona adulta.

muchos casos con aguantar la frustración que les pudiese producir la recepción de un servicio educativo deficiente, sino que los órganos jurisdiccionales norteamericanos se encontraron pronto con las primeras reclamaciones exigiendo un resarcimiento por dicha prestación defectuosa²⁶.

Ya en 1970, en un estudio del *Educational Policy Research Center*, se había planteado por primera vez, en el plano teórico, la posibilidad de ejercitar una acción contra un centro docente que graduase a un estudiante de *high school* sin tener unas habilidades mínimas de comprensión lectora y matemática²⁷.

En 1981 se estimó que las demandas de responsabilidad civil presentadas en Estados Unidos contra profesionales de la educación o contra centros educativos se acercaron a las 2.000²⁸. Esto no significa que en el pasado no hubiesen existido reclamaciones contra profesionales de la educación o contra centros educativos. Lo que varió fue el contenido de este tipo de reclamaciones²⁹.

²⁶ LIEBERMAN —*The Litigious Society*, Basic Books, Nueva York, 1981, p. 6— hace notar que la tradición norteamericana de exigir un resarcimiento legal por cualquier daño —real o imaginado— ha adquirido proporciones epidémicas, invadiendo áreas que antes habían sido inmunes a este tipo de reclamaciones, y aumentando drásticamente el coste y las frustraciones de los miembros de las más diversas profesiones. Así, en la época en la que surgen las primeras reclamaciones por *educational malpractice*, el incremento generalizado de las demandas civiles se percibe en todos los campos. En 1982, se presentaron 206.193 demandas civiles en los tribunales federales —el doble de las que se presentaron en 1974, y casi el cuádruple de las que se presentaron en 1960— (cfr. también MINOW, N, “Accountants’ Liability and the Litigation Explosion”, *Journal of Accountancy*, nº 74, 1984, p. 71).

²⁷ SANDOW, S, *Emerging Education Policy Issues in Law: Fraud*, Educational Policy Research Center, 1970, p. 112.

²⁸ CONNORS, E, *Educational Tort Liability and Malpractice*, Phi Delta Kappa, Indiana, 1981, pág. IX.

²⁹ Como hacen notar STRICKLAND, FRASIER y PHILLIPS —*Avoiding Teacher Malpractice: A Practical Legal Handbook for the Teaching Professional*, Hawthorne Book, Nueva York, 1976, p. 3— ya el proceso contra Sócrates, que data del año 399 a. de C., tenía como fundamento principal la acusación de “corrupción de la juventud”.

Centradas en el pasado en cuestiones relativas a la custodia y a la disciplina de los alumnos —cuestiones relativas al deber de vigilancia que atañe al centro educativo—, algunas de ellas han pasado a referirse en las últimas décadas a cuestiones relacionadas con el incumplimiento de los otros dos deberes que, como ya hemos señalado, constituyen el contenido de la obligación del que presta un servicio educativo: los deberes de enseñar y educar.

B.— HECHOS QUE HAN DADO LUGAR A RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD EDUCATIVA

Ya dijimos que las reclamaciones más frecuentes en materia educativa se producen cuando un alumno sufre un daño físico mientras se encuentra bajo la supervisión de un profesor o un grupo de profesores del centro docente. La jurisprudencia norteamericana denomina a esta clase de reclamaciones —generalmente sustentadas como casos de responsabilidad extracontractual—, acciones por “vigilancia inadecuada o negligente” (*negligent supervision*)³⁰.

Por otro lado —y en lo que a nosotros importa— las reclamaciones presentadas ante tribunales norteamericanos cuyo origen se encuentra en el incumplimiento por parte del centro escolar de los otros dos deberes que configuran la prestación educativa —el deber de enseñar y el deber de educar—, se podrían clasificar en dos grupos: reclamaciones por “enseñanza defectuosa” (*inadequate instruction*), y reclamaciones por “encuadramiento erróneo” (*misplacement*).

³⁰ En el caso norteamericano, a modo de ejemplo se pueden citar los casos *Bellman v. San Francisco High School District*, 81 P.2d 894 (Cal. 1938), *Dutcher v. City of Santa Rosa High School District*, 319 P.2d 14 (Cal. 1957), *O'Brian v. Township High School District*, 392 N.E.2d 615 (Ill. App. Ct. 1979), *Rupp v. Bryant*, 417 So.2d 658 (Fla. 1985).

a.— Enseñanza defectuosa (*Inadequate instruction*)

En este tipo de reclamaciones, los demandantes —la mayoría padres de estudiantes menores de edad— alegan que sus hijos han recibido una enseñanza —o una educación— inadecuada, o bien que se ha permitido que hayan ido pasando de curso, o incluso que se hayan llegado a graduar en su *high school*, siendo funcionalmente analfabetos, y sin tener las habilidades académicas básicas.

La mayor dificultad que han encontrado los tribunales norteamericanos para tratar esta clase de reclamaciones es la de definir qué se haya de entender por “enseñanza o educación inadecuada”. Algunos autores de la doctrina norteamericana han entendido que un centro escolar provee una enseñanza defectuosa cuando permite que un alumno vaya pasando de curso —e incluso llegue a graduarse—, a pesar de comprobar que tiene unas habilidades que están por debajo de las requeridas por las leyes estatales de educación para dar cualquiera de esos pasos³¹.

En el caso *Peter W. v. San Francisco Unified School District*³² —el primero de estas características con el que se enfrentó un tribunal norteamericano— los codemandantes, una madre analfabeta y su hijo de 18 años, alegaron los siguientes hechos:

³¹ CULHANE, J, “Reinvigorating Educational Malpractice Claims: A Representational Focus”, *Washington Law Review*, nº 67, 1992, p. 351.

³² 131 Cal. Rptr. 854 (Ct. App. 1976).

Peter —así se llamaba el alumno— asistió durante doce años a varios de los centros educativos que componían el distrito escolar de San Francisco, cambiando de un colegio a otro según le iba siendo indicado por los encargados del distrito escolar al pasar de una etapa a otra del proceso educativo. Durante esos doce años, Peter asistió al colegio con regularidad, no tuvo ningún problema de disciplina, y fue recibiendo calificaciones que estaban en el nivel medio de su clase. Su madre habló en numerosas ocasiones con los encargados de la educación de su hijo para recibir información sobre los progresos que éste iba haciendo, pero sin llegar a hacerse una idea clara sobre dichos progresos, pues ella misma tenía un nivel cultural muy bajo. Siempre se le aseguró que su hijo estaba rindiendo al mismo nivel que el resto de la clase, y que no necesitaba ninguna clase de educación particular. Al final, Peter se graduó en el *high school*, y recibió un diploma acreditativo de dicha graduación.

Sin embargo, poco después, la madre de Peter descubrió que su hijo no era capaz de leer el impreso para una solicitud de trabajo, y, tras consultar con un profesor de lectura y escritura de niveles básicos, fue cuando descubrió definitivamente que su hijo era funcionalmente analfabeto, dado que carecía de las más básicas habilidades en lectura y escritura. De acuerdo también con la demanda, por unas pruebas posteriores se comprobó que el demandante se había graduado en el *high school* con una habilidad de lectura y escritura propia de un niño de 10 años. Además, se alegaba que Peter era una persona con una capacidad de aprendizaje normal, como lo demostraba el hecho de que, tras descubrirse su situación, empezó a recibir clases particulares, realizando a partir de entonces notables avances.

Como consecuencia de todo ello, los demandantes entendieron que el distrito escolar encargado de su educación, así como su director y sus miembros³³, debían ser declarados civilmente responsables de los daños que le había ocasionado al prestarle defectuosamente sus servicios educativos.

Otro tres casos representativos de esta clase de reclamaciones son *Donohue v. Copiague Union Free School District*³⁴, caso en el que los demandantes alegaron que el distrito escolar había graduado a su hijo del *high school* sin tener “la más rudimentaria capacidad para comprender el inglés escrito, al menos en el nivel necesario para ser capaz de rellenar una solicitud de empleo”; *Camer v. Seattle School District*³⁵, en el que los demandantes alegaron que los responsables del centro escolar encargado de la educación de su hijo no habían sido capaces de crear un ambiente adecuado para la educación; y *Paladino v. Adelphi Univ.*³⁶, en el que el padre de un alumno del *Waldorf School*, dependiente de dicha universidad, alegó que dicho centro docente —de carácter privado— incumplió lo acordado respecto a la educación de su hijo, al no atenderle con las tutorías a las que el colegio se comprometió, lo cual hizo que no se detectaran los problemas que dicho alumno tenía para la comprensión de los materiales que se

³³ Existe en todos los Estados una oficina encargada de ejecutar la política educativa, que suele denominarse *State Education Department*. Pero, a su vez, cada Estado aparece dividido en “distritos escolares”, con la excepción de Haway, donde la ejecución de la política educativa está completamente centralizada. Un distrito escolar suele tener una Junta de Educación (*Board of Education*), de aproximadamente media docena de miembros, elegidos, o bien por los propios ciudadanos, o bien por altos funcionarios. Usualmente la Junta pone la concreta dirección de la actividad escolar en manos de un *superintendent*, que suele contar, según los casos, con un equipo mayor o menor de colaboradores. Las funciones de Junta de Educación y del Superintendente varían según los Estados. Por lo general, les corresponde la preparación del presupuesto escolar y la determinación de los planes de estudio, de acuerdo con las normas recibidas de las autoridades estatales. Igualmente suele recaer sobre ellos la contratación del profesorado —siempre que esté provisto de las debidas licencias estatales—, la adquisición y mantenimiento de los edificios y equipos escolares, la elaboración de las normas de funcionamiento y, en ocasiones, hasta la organización del transporte escolar (GARCÍA GARRIDO, J.L., *Sistemas educativos de hoy*, cit., pp. 343-344).

³⁴ 391 N.E.2d 1352 (N.Y. 1979).

³⁵ 762 P.2d 356 (Wash. Ct. App. 1988), 493 U.S. 873 (1989).

³⁶ 454 N.Y.S.2d 868 (App. Div. 1982).

trabajaban en clase y se le fuese pasando de un curso a otro sin importar que no pudiese asimilar los contenidos de las materias básicas.

Los cuatro casos referidos anteriormente son de los conocidos como casos de “enseñanza defectuosa”. Sin embargo, existe otra serie de casos similares que son conocidos como casos de “educación inadecuada”. En estos casos, los padres alegan, no que se haya actuado negligentemente en la transmisión de conocimientos a su hijo, sino en la educación del mismo, bien porque no se están observando los criterios educativos que el colegio se obligó con los padres a mantener, o bien porque se están utilizando criterios educativos que se oponen a principios constitucionales básicos. Así, por ejemplo, en el caso *Aubrey et al. v. School District of Philadelphia*³⁷, un grupo de padres de alumnos de un colegio de Filadelfia presentaron una demanda contra el colegio por entender que en las clases de Salud e Higiene se habían incluido sin su conocimiento una serie de contenidos de educación sexual inadecuados para la edad de sus hijos, violando de esta manera su derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones.

b.— Encuadramiento erróneo (*Misplacement*):

Los demandantes en este tipo de reclamaciones entienden que el “encuadramiento erróneo” tiene lugar cuando los encargados de diagnosticar la capacidad de aprendizaje de los alumnos cometen un error grave en el diagnóstico, que hace que un alumno sea incluido en un nivel que no es el que le corresponde.

³⁷ Pa. Commw, 437 A.2d 1306 (1981).

Por un lado, cabe la posibilidad de que el error de diagnóstico coloque al alumno en un nivel muy inferior a su capacidad.

En el caso *Irwin v. School Directors of McHenry School District*³⁸ los padres de un niño superdotado demandaron al colegio encargado de su educación porque, después de descubrir su especial capacidad para el aprendizaje, se negaron a proveerle de actividades educativas complementarias que le permitiesen desarrollar por completo sus posibilidades, contraviniendo de esta manera lo establecido en la Constitución del estado de Illinois, en la que se prevé que los centros educativos tienen la obligación de velar por el desarrollo educativo de todos los alumnos hasta donde lleguen sus capacidades.

En el caso *Hunter v. Board of Education*³⁹, se demandó a los responsables de un centro educativo por situar a un alumno en segundo curso de primaria y hacerle estudiar los mismos contenidos que había estudiado en el primer año en ese mismo colegio, falseando intencionadamente la información que a este respecto iba llegando a sus padres.

Aunque también puede suceder lo contrario, es decir, que el error de diagnóstico sitúe al alumno en un nivel muy superior a su capacidad, lo que hace que ese alumno no sea capaz de asimilar las explicaciones que se tienen en esa clase.

³⁸ Circuit Ct. of the Nineteenth Judicial Circuit, McHenry County, Ill., No. 79L49 (1979).

³⁹ 453 A.2d 582 (Md. 1982).

En el caso *Hoffman v. Board of Education*⁴⁰, el más representativo de este supuesto, los responsables del colegio encargado de la educación de un niño neoyorquino, Danny Hoffman, a pesar de percatarse de que dicho alumno tenía serias dificultades para el aprendizaje de contenidos básicos, pasaron varios años sin darse cuenta de que el motivo de esas dificultades era un leve retraso mental, que podía haberse detectado sin problemas en el caso de haber actuado con la diligencia normal en esa clase de diagnósticos sobre la capacidad de aprendizaje.

3.— LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO PADRES-CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD

A.— ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN EN EL CONTEXTO EDUCATIVO ESPAÑOL

A nuestro juicio, no resulta demasiado aventurado prever que el proceso de reacción de los usuarios de servicios docentes que acabamos de describir en la realidad educativa norteamericana pueda extenderse en un futuro no muy lejano a otros países de Occidente. Y ello por varios motivos.

⁴⁰ 400 N.E.2d 317 (N.Y.1979).

En primer lugar, porque en los países desarrollados se ha producido, en las décadas finales del siglo XX, una transformación paulatina de la demanda social, debido a la introducción de la denominada cultura de la calidad, esto es, del conjunto de principios, técnicas y demás instrumentos que permiten optimar la oferta de servicios y conseguir que el proceso de elaboración y el de presentación satisfagan, de la mejor manera, la ecuación coste-eficacia y su implantación en el mercado. La introducción de este nuevo valor como factor cultural de nuestros días está cambiando el esquema de la demanda de los ciudadanos, de forma que no es suficiente con la prestación del servicio, sino que es necesario, además, examinar las condiciones del mismo, sus costes y condicionantes de entorno⁴¹.

El fenómeno, como es bien sabido, afecta a la prestación de servicios tanto por entes de titularidad privada como de titularidad pública. Como señala GASPAR ARIÑO, el tema de los usuarios de los servicios públicos tiende, cada vez más, a enmarcarse en la legislación general del consumo, impulsado por las organizaciones de consumidores y usuarios. De este modo se reconoce la existencia de aspectos mercantiles —comerciales— y administrativos —políticos— en esta materia, así como la sustancial identidad de situación de la “parte débil”, que recibe un producto o una prestación, frente a la empresa proveedora⁴².

⁴¹ PALOMAR OLMEDA, A, “Algunos instrumentos para la redefinición del Derecho Público del futuro”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 45-II, 1998, p. 3. No es extraño, por tanto, encontrarse con afirmaciones como la siguiente: “No hay que olvidar, sin embargo, que el enfoque de la responsabilidad civil debe ser positivo; un buen servicio educativo de calidad total no produce por lo general supuestos de responsabilidad civil” (TOQUERO, J.P., “Deber del centro educativo de guarda y custodia. Responsabilidad civil”, *Educadores*, nº193-194, 2000, p. 128).

⁴² ARIÑO, G, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 74.

En el contexto educativo español, los reconocidos problemas planteados en los diez primeros años de aplicación de la LOGSE⁴³ han alertado a los mismos prestadores de servicios docentes —tanto públicos como privados— que, ante tal situación, han empezado a percatarse de la obligación que les atañe de prestar unos servicios educativos de cierta calidad⁴⁴.

En segundo lugar, también se ha avanzado en la última década en el paulatino proceso de profesionalización de la actividad docente, impulsado precisamente por los representantes de quienes desarrollan dichas funciones⁴⁵.

En el preámbulo de la LOGSE se hace mención específica del cambio — respecto al contexto educativo en el que se redactó la Ley General de Educación de 1970⁴⁶— de “las condiciones profesionales en que ejerce su función el profesorado”. Tal vez precisamente por ese cambio, la LOGSE presta especial atención a lo largo de todo su articulado a la formación específica de quienes han de ocuparse de ejercer la

⁴³ Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. *Vid.*, a este respecto, *Elementos para un diagnóstico del sistema educativo español*, INCE, Madrid, 1998.

⁴⁴ Como es bien sabido, la LOGSE dedica un título entero —el IV— a regular la calidad de la enseñanza, de la que señala como factores que la favorecen: la cualificación y formación del profesorado, la programación docente, los recursos educativos y la función directiva, la innovación y la investigación educativa, la orientación educativa y profesional, la inspección educativa, la evaluación del sistema educativo (art. 55).

⁴⁵ En la clausura de las sesiones de la Universidad de Otoño de 1999, la principal propuesta del Consejo de Colegios de Doctores y Licenciados fue la de regular, mediante una norma específica, la profesión docente, para evitar que dicha actividad sea considerada una simple función ligada a cualquier titulación. Sin embargo, en las sesiones de la Universidad de Otoño 2001 lo que se subrayó fue que la LOGSE ha provocado un conjunto de desequilibrios y síndromes que impiden la profesionalización normal de los docentes, a quienes se pide ser: a) conocedores de sus materias; b) capaces de guiar procesos de aprendizajes y de tratar sus patologías; c) tutores de sus alumnos; d) consultores de sus familias; e) guías de normalización de conductas violentas; f) peritos en el uso de las nuevas tecnologías (*cf.* www.cdlnmadrid.es).

⁴⁶ Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.

actividad docente en cada uno de los tramos del sistema educativo, así como, en general, de la formación permanente de todos los profesionales de la educación⁴⁷.

También la doctrina jurídica se ha hecho eco de este cambio de concepción. Sirva de ejemplo la precisión que hace DÍAZ ALABART en una de las ocasiones en las que se ha ocupado de tratar el tema de la responsabilidad de centros docentes y profesorado. Para esta autora, la llamada culpa profesional no es distinta de la de las demás personas, pues existirá cuando no se haya puesto la diligencia de un buen padre de familia aplicada al profesional que sea y dependiendo de los conocimientos que como tal debe tener. Así —señala— un maestro es un profesional de la enseñanza y su diligencia es la de un buen padre de familia que tuviera la preparación técnica para ser un docente —ya sea de una guardería, de un taller profesional, o de un colegio de EGB, BUP o COU—⁴⁸.

Un tercer factor que puede contribuir al abandono de una mentalidad resignada por parte de los usuarios de servicios educativos es el incremento de la autonomía de los centros docentes, tanto públicos como privados. La LOGSE, en su artículo 2.3.f), establece que la autonomía pedagógica de los centros docentes es uno de los principios conforme a los que se desarrollará la actividad educativa, con el doble objetivo —como se señala en el preámbulo de dicha ley— de permitir a los centros docentes desarrollar y completar el currículo de su programación docente, al tiempo que se propicia la configuración y ejercicio de la función directiva en dichos centros.

⁴⁷ *Vid.*, en particular, el art. 55, en el que se señala que la cualificación y formación del profesorado es uno de los factores que favorecen la calidad y mejora de la enseñanza, y el art. 56, en el que se establece que la formación permanente constituye un derecho y una obligación de todo el profesorado y una responsabilidad de las Administraciones educativas y de los propios centros.

⁴⁸ DÍAZ ALABART, S, “Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley 7.I.1991”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 11-12, 1991, p. 464.

No cabe duda de que ese incremento de libertad, no ya sólo en el ejercicio de la función docente, sino también en el diseño de los currículos y en el ejercicio de la función directiva, podrá redundar en un incremento del sentido de responsabilidad, tanto por parte de los directivos y profesionales de la docencia de los diversos centros — públicos y privados— como por parte de los usuarios de servicios educativos⁴⁹.

B.— LA CONCRECIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES

Sin duda podrían mencionarse otros factores que puedan contribuir a acelerar o retrasar en el futuro el proceso que hemos descrito. Es más, pudiera suceder que dicho proceso nunca llegue a darse en los países de nuestro entorno, y, más concretamente, en los que tienen sistemas jurídicos de corte continental. Incluso se ha llegado a decir, con no poca razón, que ante una prestación defectuosa de servicios educativos por parte de un centro docente, un reproche moral influye más sobre la marcha del centro que un hipotético reproche jurídico⁵⁰.

Sin embargo, como veremos, mediante el estudio de la jurisprudencia comparada relativa a esta materia —principalmente de la norteamericana— hemos llegado a una conclusión que ha terminado por ser asunto principal de nuestro trabajo: la paulatina delimitación y concreción, social y legislativa, del contexto educativo, no ha

⁴⁹ No podemos terminar este apartado sin apuntar que, caso de que en los próximos meses llegase a ver la luz la tan anunciada “Ley de Calidad Educativa”, es muy posible que varios de los factores señalados en este apartado pudieran verse recogidos, desde diversas perspectivas, en el articulado de la misma (*vid. Magisterio*, nº 11.524, 21.XI.2001, p. 3).

⁵⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.M., “Derechos de los padres. Contenido de la prestación educativa”, *Educadores*, nº 193-194, 2000, p. 45.

ido acompañada de un proceso paralelo de concreción jurídica del complejo relacional, central en dicho contexto, padres-centro docente-alumno menor de edad⁵¹.

Esta disfunción, que tal vez no haya sido percibida como preocupante en épocas anteriores —cuando los casos de responsabilidad de centros docentes y profesorado se ceñían casi exclusivamente a daños físicos sufridos o causados por los propios alumnos— reclama, a nuestro juicio, un ejercicio de concreción por parte de la doctrina jurídica, cuando planea sobre los centros docentes una posible responsabilidad por prestación defectuosa de servicios educativos. No tanto por completar una laguna doctrinal, sino, más bien, porque, como veremos, la falta de concreción jurídica en este punto puede dar lugar a la desprotección de los derechos educativos fundamentales de quienes son protagonistas principales en el contexto educativo: padres-centro docente/profesorado-alumno menor de edad⁵².

De este modo, el análisis de la responsabilidad de centros docentes por prestación defectuosa de servicios educativos no es el tema central en nuestro estudio, pero ha servido para sacar a la luz un punto, en nuestra opinión, de mucha mayor enjundia jurídica y social. Así, el estudio de las modernas responsabilidades generadas en el contexto educativo nos ha servido para percatarnos de los difusos contornos que, en nuestro sistema, se habían atribuido hasta el momento al complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad.

⁵¹ “Los nuevos caminos para encontrar el Derecho están fundados, más que en particularidades nacionales, en el común desarrollo de la cultura occidental y en la fuerza de los hechos económicos y políticos” (ISELE, H, “Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, nº 150, p. 27).

⁵² *Vid. inf. apdo. III. 1.*

Reiteramos que el análisis nos parece de suma importancia, pues las principales relaciones del proceso educativo (padres-hijo, padres-centro docente, centro docente-alumno) forman, en su conjunto, una estructura triangular, y, por tanto, la atribución a las mismas de una configuración jurídica inadecuada —que no tenga en cuenta los tres lados del triángulo— puede dar lugar a la desprotección de algunos de los derechos fundamentales y de las libertades de cualquiera de esos tres centros de imputación principales: alumnos, padres, centro docente/profesorado⁵³.

El contexto educativo es, sin duda alguna, un contexto con pluralidad de ritmos y proporciones; y es esa pluralidad la que hace especialmente inquietante acometer la tarea de concreción jurídica del mismo, pues supone, por un lado, penetrar en la interferencia de sistema jurídico y sistema educativo⁵⁴, y, al mismo tiempo, contemplar el problema fundamental de cómo o hasta qué punto una determinada configuración jurídica puede hacer fluidas, o, por el contrario, sembrar de incertidumbre el seno de las relaciones educativas⁵⁵. Sin embargo, es manifiesto que el complejo relacional

⁵³ “La relación existente entre dos personas es lineal, aunque frecuentemente no se tratará de una línea recta, complejidad que se añade a la tensión que en todo caso deriva de la bipolaridad, de la fuerza de atracción o de rechazo que cada persona ejerce sobre la otra a través de esa línea. Pero en los supuestos de relación triangular es donde resulta más evidente la insuficiencia de las figuras geométricas para representar adecuadamente las relaciones humanas, precisamente por el esquematismo de aquéllas, gracias al cual la nitidez se percibe con facilidad. En efecto, las líneas que unen los vértices de un triángulo no son rectas, sino que, además, por definición se cruzan precisamente en esos vértices. Pero las relaciones entre personas, al no recorrer líneas rectas, se producen a través de líneas que se acercan, se alejan, corren paralelas y se cruzan en diversos lugares, de tal guisa que vienen a constituir un haz de líneas de gran complejidad (...) El intento de superar tal dificultad constituye un estímulo para los estudiosos del Derecho, al tiempo que una ocasión para contribuir con su esfuerzo a la elaboración —que debe ser permanente— de la dogmática jurídica” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, en el Prólogo a la monografía de PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, p. XV).

⁵⁴ SALÉMI, A, *Raisonnement juridique et raisonnement éducatif*, Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Libro de Actas, Bruselas, 1971, p. 579.

⁵⁵ LÓPEZ MEDEL, J, *Hacia un nuevo derecho a la educación: principios filosófico—jurídicos y comunitarios en la política de la Unión Europea*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores, Dykinson, Madrid, 1995, p. 32.

educativo, como conjunto de relaciones jurídicas, asume vertientes de día en día más vinculantes y discernibles.

Como señala ENGISCH, la antinomia entre los conceptos “abstracto” y “concreto” está sólidamente fundada en la peculiaridad del pensamiento jurídico. Cada vez más insistentemente se considera en la actualidad tal antinomia como tensión. Sin embargo —continúa—, aunque la distinción entre lo concreto y lo abstracto es de las más equívocas que existen, en el Derecho Civil, de entre las diversas significaciones atribuidas en la ciencia jurídica a los términos de dicha antinomia, lo “concreto” juega un papel importante, tanto en el sentido de “individual”, como en el sentido de “real”⁵⁶.

Esta apreciación nos interesa especialmente por dos motivos.

Por un lado, interesa lo concreto como “individual” porque, si bien es cierto que, al igual que en la prestación de otros servicios, en la prestación de servicios educativos es posible hablar de usuarios de dichos servicios —sin distinguir por ahora entre padres e hijos—, el usuario de esta clase de servicios no es un usuario “fungible” —en el sentido propiamente jurídico de intercambiable—, sino un usuario cuyas circunstancias

⁵⁶ ENGISCH, K, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Heidelberg, 1953, edición española de EUNSA, Pamplona, 1968, con estudio preliminar y notas de Juan José Gil Cremades. *Vid.* pp. 69 y 158-161. Cita ENGISCH, como ejemplos de la importancia de lo concreto como “individual” en el Derecho Civil, en el momento en el que escribe y en el seno de la legislación y la doctrina alemana: la obligación de resarcimiento en el caso de una operación quirúrgica, donde sólo puede decidirse de acuerdo con las circunstancias generales del caso y en consideración a las cualidades personales del perjudicado; el derecho de autor, donde la individualidad es determinante para la protección legal; el campo del Derecho matrimonial, pues, entre otras cosas, un cónyuge puede solicitar la disolución del matrimonio en el caso de darse error sobre “las cualidades personales del otro cónyuge, es decir, sobre las propiedades que afectan esencialmente a su persona, de tal manera que aparecen como parte integrante de su individualidad”; y, por último, el cómputo de los daños y perjuicios, donde converge lo concreto en el sentido tanto de “individual” como de “real”, pues en el cómputo “concreto” sirve de base la relación “especial”, tal como ésta se ha desenvuelto en su peculiaridad histórica, mientras que el cómputo “abstracto” se concreta conforme a la “manera común de proceder de las cosas” (252 BGB).

al concurrir a la recepción de la prestación nunca son iguales a las del usuario que concurre a su lado a recibir la misma prestación. Esta realidad se percibe hoy día con más y más claridad en todos los terrenos, incluido el legislativo, pues la atención personalizada de cada usuario de educación aparece como una exigencia para una eficiencia media dentro del cualquier proceso educativo. Tan es así, que el art. 2.3 de la LOGSE establece como primer principio para el desarrollo de la actividad educativa el de “la formación *personalizada*, que propicie una educación integral en conocimientos, destrezas y valores morales de los alumnos en todos los ámbitos de la vida, personal, familiar, social y profesional”⁵⁷.

Por otro lado, interesa lo concreto como “real” porque, como veremos, algunas de las configuraciones jurídicas que se han atribuido, por parte de la jurisprudencia y de la doctrina, al complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad incurrir, a nuestro juicio, en incongruencias con la realidad misma de dicho complejo, más que con la articulación jurídica de las relaciones que se inscriben en él.

Siempre cautivados por el planteamiento metodológico que sigue la letra del art. 1298 CC —las cláusulas de los contratos deberán interpretarse *las unas por las otras*⁵⁸, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas—, y teniendo en cuenta que esta conveniencia hermenéutica —presente en nuestro vigente Código desde sus inicios— aparece hoy día más robustecida por una realidad social extraordinariamente unificadora, nos disponemos a buscar la configuración jurídica más adecuada del complejo relacional educativo para hacer posible la articulación recíproca

⁵⁷ La cursiva en la cita es nuestra.

⁵⁸ La cursiva es nuestra.

de los derechos fundamentales presentes en el núcleo de uno de los contextos más importantes de cualquier sociedad⁵⁹.

Para ello, vamos a dirigir nuestra mirada hacia la figura del contrato a favor de tercero, figura sobre la que BONET RAMÓN hace unas observaciones muy pertinentes al objeto de nuestro estudio:

“La distancia existente en tantas ocasiones entre la pobreza de la Ley y la riqueza de las formaciones jurídicas ofrecidas por la realidad, se manifiesta, tal vez mejor que en sitio alguno, al ocuparse de la estipulación en provecho de tercero, institución arrinconada en un solo apartado del artículo 1257 de nuestro Código Civil, puesta de espaldas a la doctrina moderna, a pesar de su tradicional interés doctrinal y de su extraordinaria importancia práctica”⁶⁰.

Aclaremos ya desde ahora que, a lo largo de nuestro trabajo, obviaremos algunas problemáticas que no harían sino apartarnos del hilo central del mismo. Si en cualquier estudio es importante no atosigar a los potenciales receptores del mismo con elementos de distracción, creemos que en este caso la importancia es aún mayor, pues en un ejercicio de “disección jurídica” como el que acometemos ahora no es conveniente ir mostrando todos los órganos que se encuentren, sino sólo aquellos que conducen a comprender la verdadera naturaleza del problema que se trata de resolver⁶¹. Así, temas

⁵⁹ “La educación está en el núcleo de la globalización. Eso exige la configuración de sistemas educativos flexibles y adaptables a contextos rápidamente cambiantes” (PUYOL, R, “La universidad en el nuevo siglo”, conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid, 21.II.2001, *Gaceta Complutense*, nº 66, 6.III.2001, p. 5).

⁶⁰ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14.VI. 1957, Reus, Madrid, 1961, p. 5.

⁶¹ ENGISCH, tratando de ilustrar la sorpresa del profano ante la “arbitrariedad” de la jurisprudencia, pone el ejemplo de los médicos, entre quienes es frecuente la queja de que los

como la innegable realidad de padres a los que se priva del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, o de la patria potestad ejercida sólo por uno de los padres, e incluso los mismos elementos de la potencial responsabilidad de los centros docentes por prestación defectuosa de servicios educativos, quedarán al margen de nuestro estudio, o serán tan sólo mencionados cuando convenga a la exposición.

Terminamos esta introducción con unas palabras de FERNÁNDEZ-MIRANDA, en las que, con cierta perspectiva desde el inicio de la vigencia de nuestra actual norma fundamental, se intuía ya —al mismo tiempo— la necesidad y la dificultad de concretar la configuración jurídica del contexto educativo como complejo relacional:

“La Constitución ha asignado a la educación determinados fines, entre los que se encuentra el pleno desarrollo de la personalidad. Esto tiene una dimensión ética y pedagógica que apela a una educación crítica, liberadora de las potencialidades del alumno; pero, junto a ello, ha de deducirse la exigencia de una calidad mínima, ciertamente no enjuiciable ni desde criterios utópicos ni desde planteamientos subjetivos, sino desde la realidad social española y las posibilidades del servicio público de educación. Es cierto que al plantear este problema como problema jurídico nos movemos necesariamente en un altísimo nivel de abstracción. Pero creemos que no es menos cierto que en el campo de la tópica, atendiendo a situaciones reales y concretas, podría llegar a determinarse una violación constitucional deducida de los contenidos mínimos de calidad y eficiencia enjuiciados desde las posibilidades reales del servicio

juristas carecen de una comprensión correcta del arte de curar, llamándoles especialmente la atención el que, en numerosas sentencias judiciales, las operaciones quirúrgicas modernas — realizadas según todas las reglas de la medicina— sean calificadas como “lesiones corporales” que solamente carecen de pena porque el paciente ha estado de acuerdo con la realización de las mismas (*Introducción al pensamiento jurídico*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Comares, Granada, 2001, p. 5).

público en España. De otro modo, el contenido sustancial que debe desprenderse del propio reconocimiento del derecho a la educación quedaría vaciado de contenido”⁶².

⁶² FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 43.

II.— LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES” DE LOS PADRES AL CENTRO DOCENTE COMO FUENTE DE LA RELACIÓN JURÍDICA CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD: ORIGEN, VIGENCIA ACTUAL Y NECESIDAD DE SUPERACIÓN

1.— LA PRECARIA VIGENCIA DE LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES” EN EL CONTEXTO EDUCATIVO.

2.— EL ORIGEN DE LA IDEA DE LA “DELEGACIÓN DE PODERES”: EL MANDATO COMO CONFIGURACIÓN JURÍDICA ROMANA DE LA RELACIÓN *PATERFAMILIAS*-EDUCADOR. A.— EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ORGANIZATIVO DE LA EDUCACIÓN EN ROMA: DEL ÁMBITO FAMILIAR A LAS ESCUELAS MUNICIPALES. a.— Enseñanza en los tiempos primitivos. b.— Educación en la época republicana. c.— Educación en la etapa imperial y en el periodo decadente posterior. B.— EL MANDATO RETRIBUIDO COMO CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN *PATERFAMILIAS*-EDUCADOR: CONTENIDO Y LÍMITES DE LA DELEGACIÓN DEL “PODER DE EDUCAR”. a.— El mandato retribuido como revestimiento jurídico de las *operae liberales*. b.— La delegación del “poder de educar” del *paterfamilias* al educador: contenido y límites. c.— La idea de la delegación de poderes de los padres al educador como legado de la concepción romana de los servicios educativos.

3.— LA NECESIDAD DE SUPERAR LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES”: EL CONTRATO DE EDUCACIÓN COMO CONTRATO DE LOS PADRES A FAVOR DE LOS HIJOS.

1.— LA PRECARIA VIGENCIA DE LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES” EN EL CONTEXTO EDUCATIVO

El estudio de la naturaleza jurídica de la relación centro docente-alumno menor de edad, y de las consecuencias jurídicas que de la misma se derivan, comienza habitualmente con el análisis de la configuración jurídica de la relación existente entre los padres del menor y el centro docente⁶³. A su vez, este análisis de la relación padres-centro docente ha venido presidido desde antiguo por la idea —heredada, como veremos, de Roma— de que los educadores, al ejercer su función docente, representan al padre —modernamente, por el cambio en la concepción de la patria potestad, a los padres—, en virtud de una “delegación de poderes” —de funciones, según la concepción moderna de la patria potestad⁶⁴— que se extiende a todos los periodos en los que el alumno menor de edad queda bajo la guarda o vigilancia de los profesionales del centro.

⁶³ GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1954; TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, Tesis doctoral inédita, defendida en la Universidad de Alcalá de Henares, 16.VII.1992; ROBEZ-PAGUILLON, O, *Le contract d' education*, París, 1935; McJESSY, K, “Contract Law: The Propter Framework for Litigating Educational Liability Claims”, *Northwestern University Law Review*, nº 4, 1995, p. 1768; NORDIN, M, “The Contract to Educate: Toward a More Workable Theory of the Student-University Relationship”, *Journal of College and University Law*, nº 8, 1982, p. 141; ELSON, J, “A Common Law Remedy for the Educational Harms Caused by Incompetent or Careless Teaching”, *Northwestern University Law Review*, nº 73, 1978, p. 641; RATNER, G, “A New Legal Duty for Urban Public Schools: Effective Education in Basic Skills”, *Texas Law Review*, nº 63, 1985, p. 777.

⁶⁴ *Vid. inf.* apdo. III. 2. b, donde nos ocupamos de las consecuencias más importantes que, en el contexto educativo, ha tenido la concepción de la patria potestad que acogió nuestro ordenamiento jurídico en 1981.

Así, cuando se ha tratado de definir la estructura jurídica de la relación padres-centro docente, muchos autores han tratado de situarla en la órbita de la representación, y, más en concreto, del mandato representativo⁶⁵.

Llama la atención que autores que se han ocupado monográficamente de esta materia, después de aportar innumerables argumentos para tratar de demostrar que la configuración jurídica del mandato representativo no se adapta a la naturaleza del complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad, se ven en la obligación de razonar cómo se produce entonces el “traspaso de poderes” de los padres al educador.

Así, defiende GARCÍA ABELLÁN que el contrato de educación va precedido por un contrato de mandato entre los padres y el educador, existiendo entonces un doble movimiento en la actividad de los padres en orden a la educación: a.— Llamamiento y encargo al educador para que realice su función profesional (contrato de educación); b.— transmisión de facultades para que realice el encargo (mandato)⁶⁶.

Esta idea se mantiene todavía vigente en nuestros días. Prueba de ello es que nuestra jurisprudencia sigue acogiendo hoy esta doctrina de la “delegación de funciones” para eximir de responsabilidad a los padres en reclamaciones de responsabilidad contra centros docentes por daños causados por sus alumnos.

En efecto, en sus sentencias de 10.XI.90⁶⁷, 3.XII.91⁶⁸, 15.XII.94⁶⁹ y 10.XII.96⁷⁰ —entre otras—, nuestro Tribunal Supremo sigue manteniendo la teoría de que, desde el

⁶⁵ AZZARITI, G, *Diritto Civile secondo il nuovo codice*, I, Nápoles, 1940, p. 959; STOLFI, G, *Diritto di famiglia (Diritto civile)*, V, Torino, 1921, p. 533; PLANIOL/RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, I, La Habana, 1946, pp. 346-347.

⁶⁶ GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, cit., pp. 52-54.

⁶⁷ Az. RJ 8538.

momento de la entrada en el colegio hasta su salida al finalizar la jornada escolar, los padres no pueden ejercer sus funciones de vigilancia sobre su hijo menor, funciones que se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio, por lo que no puede atribuirse a los padres responsabilidad alguna por los daños causados por sus hijos.

La última sentencia citada se ocupa de una reclamación de responsabilidad por los daños producidos por una menor a otra con el alfiler de un broche en forma de imperdible. Dicha sentencia exime de responsabilidad a la madre de la menor con el siguiente razonamiento: “Probado en autos que las lesiones se produjeron en el aula del colegio al que asistían ambos menores, estando bajo la vigilancia de dos profesores, la codemandada no ejercía ni podía ejercer en ese momento sus funciones de vigilancia sobre su hija menor, ya que desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo, al finalizar la jornada escolar, *esas funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio*⁷¹; por ello no puede atribuirse culpa alguna a doña Aurelia G.H. en la producción del evento” (FJ 3). Y un poco más adelante — dentro del mismo fundamento jurídico— se afirma que “traspasados al colegio demandado, desde su entrada en el mismo, los deberes de vigilancia y cuidado sobre los menores, ha de apreciarse en el caso una omisión de ese deber de vigilancia en los profesores del centro, deber que, dada la edad de los alumnos (4 años), debió ser extremado”.

En los sistemas de *Common Law*, los tribunales han acudido con frecuencia a esta idea del traspaso de funciones, con la doctrina llamada *in loco parentis*. Además de para eximir de responsabilidad a los padres por los daños producidos por sus hijos mientras están en el centro educativo, dicha doctrina se ha utilizado para eximir de responsabilidad a los profesores cuando eran demandados por infringir castigos físicos a

⁶⁸ Az. RJ 8910.

⁶⁹ Az. RJ 9421.

⁷⁰ Az. RJ 8975.

⁷¹ La cursiva es nuestra.

sus alumnos⁷², o, en ocasiones, para justificar la imposición de alguna medida disciplinaria⁷³.

La necesidad de seguir acudiendo a esta doctrina nos parece dudosa. Por ello, antes de acometer la tarea de estudiar la naturaleza jurídica del complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad, nos disponemos a analizar cómo se configuró jurídicamente en Roma la relación *paterfamilias*-educador hasta dar lugar a esta idea del traspaso de poderes mediante el mandato. De este modo podremos intentar dirimir si es posible seguir sustentando hoy día que sea ésta la configuración jurídica de la relación existente entre los padres y el centro docente, y si —por tanto— existe una relación de mandato en el origen de la relación centro docente-alumno menor de edad.

⁷² *Ryan v. Fildes*, 3 All E.R. 517 (K.B. 1938), *Campeau v. The King*, 103 C.C.C. 35 (Que. K.B. 1951). Un ejemplo curioso es el contenido en *R. v. Trynchy*, 73 W.W.R. 165 (Y.T 1970), en el se entendió que el conductor de un autobús escolar, mientras trasladaba a un grupo de alumnos menores de edad, se encontraba sustituyendo a los padres en sus funciones de guarda y vigilancia (*in loco parentis*).

⁷³ *Hutt v. Governors of Haileybury College* 4 T.L.R. 623 (Q.B. 1888).

2.— EL ORIGEN DE LA IDEA DE LA “DELEGACIÓN DE PODERES”: EL MANDATO COMO CONFIGURACIÓN JURÍDICA ROMANA DE LA RELACIÓN *PATERFAMILIAS*-EDUCADOR

A.— EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ORGANIZATIVO DE LA EDUCACIÓN EN ROMA: DEL ÁMBITO FAMILIAR A LAS ESCUELAS MUNICIPALES

Como tarea previa al análisis de la configuración jurídica que se dio en Roma a la relación *paterfamilias*-educador, vamos a ocuparnos de describir brevemente el proceso por el cual la educación romana va saliendo progresivamente del ámbito familiar para dar lugar a las distintas modalidades de dicha relación, proceso sin el cual es difícil entender por qué el mandato va a ser la configuración más comúnmente elegida por el *paterfamilias* romano para gobernar sus relaciones con las distintas clases de educadores que existieron en Roma⁷⁴.

El estudio del sistema organizativo de la educación en Roma se suele dividir en cuatro etapas: enseñanza en los tiempos primitivos, en la época republicana, en la etapa imperial y durante el periodo decadente⁷⁵.

⁷⁴ Dice MARROU que el papel histórico de Roma no fue crear una civilización nueva, sino implantar y arraigar sólidamente en el mundo mediterráneo aquella civilización helenística que le había conquistado a ella misma (MARROU, H, *Historia de la educación en la antigüedad*, cit., p. 356). El ideal de la *romanitas* se cifró en gran medida en organizar el mundo para que en él pudieran florecer los valores de la civilización helenística. En términos generales, puede afirmarse que Roma asimiló sustancialmente la cultura y la *paideia* griegas, pero con importantes matizaciones. El proceso de asimilación fue una operación difícil, arriesgada y no exenta de tensiones. No fue una yuxtaposición de culturas, ni una desvirtuación de la romana, ni una lucha cerrada. Fue, más bien, una asimilación original y profunda que, sin desvirtuar lo genuinamente romano, lo potenció con nuevos y positivos elementos tomados de Grecia (REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, I, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 416-417).

⁷⁵ MORENO, J.M., *Historia de la Educación*, Paraninfo, Madrid, 1986, p. 103; GIL Y MUÑOZ/PERTUSA Y PERIZ, *Historia de la Educación*, T. y R. Alcalá, Málaga, 1967, p. 79.

a.— Enseñanza en los tiempos primitivos

En la primera fase —antes de que se produzca el poderoso influjo de la *paideia* griega sobre la educación romana—, fue la institución familiar la que asumió directamente la función educadora en su totalidad, a través de los padres y, en su caso, de preceptores privados cuidadosamente elegidos por ellos⁷⁶.

Como dice GARCÍA ABELLÁN, Roma, que hubo de recoger de modo inmediato y directo las esencias intelectuales helénicas, apeló a su propia concepción de la sociedad, organizada mediante la norma de Derecho, para obtener consecuencias aplicables a su propia concepción del educar. Por ello, la estructura de la familia, trazada por el orden jurídico y comúnmente aceptada por la civilización latina, dio lugar a que, inscribiendo en torno del *paterfamilias* la actividad toda de la comunidad doméstica, quedase atribuida al mismo, y con la consideración de honor, la educación de los hijos⁷⁷.

En efecto, el niño romano, recién nacido, era depositado a los pies del padre: si lo levantaba y tomaba en sus brazos —*tollere, suscipere*—, significaba que lo reconocía como tal. El reconocimiento y aceptación del hijo por parte del padre tenía para aquél una importancia decisiva: el acto del *paterfamilias* de *filium tollere* o *suscipere*, no sólo significaba la aceptación de la legitimidad del hijo, sino que lo que constituía en su *suus heres* y comprometía al padre a criarlo, educarlo y dotarlo de medios de subsistencia⁷⁸.

⁷⁶ REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, cit., p. 433.

⁷⁷ GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, cit., p. 19.

⁷⁸ REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, cit., p. 432.

Durante los siete primeros años de la vida del niño, era la madre la que asumía la responsabilidad de su crianza, en todos los órdenes: biológico, intelectual y moral⁷⁹.

A partir de los siete años comenzaba la intervención específica del padre en la educación del hijo. El padre le enseñaba a leer —si no había aprendido ya con la madre en los años anteriores—, a escribir y a contar; a cultivar el campo, a interesarse por sus asuntos y a cultivar las virtudes morales: personales y cívicas. En la antigua Roma, es el padre el que va introduciendo gradualmente a su hijo en la vida profesional y pública. Aunque posteriormente intervendrán en la educación de los hijos otros maestros “profesionales”, el verdadero educador es el padre, que se entregaba con toda conciencia al cumplimiento de este papel; la actuación de estos maestros se consideraba siempre más o menos asimilable a la influencia paterna. De hecho, en ocasiones, el joven romano era educado por su padre incluso en la última etapa de su aprendizaje de la vida pública —mientras aprendía la vida militar—⁸⁰.

⁷⁹ “Aunque no estuviese investida de la *patria potestas*, la madre —la matrona romana— tenía en el seno de la familia una posición relevante y ejercía una importantísima función educadora, muy superior a la que tenía en el mundo griego. La influencia de la madre dejaba una impronta indeleble, profunda y permanente en la configuración del carácter y de la personalidad del hombre romano. Es proverbial a este respecto el papel que desempeñaron en la vida de sus hijos mujeres como Cornelia, madre de Graco, Aurelia, madre de César o Attia, madre de Augusto (...) Cuando no se bastaba para cumplir por sí misma esa importante función, se elegía entre la parentela, como institutriz, a una persona venerable, y, en su caso, a una nodriza que ofreciese paralelas garantías. El recurso a los servicios de una nodriza se generalizó, ya al final de la República, por influjo de Grecia. Pero durante varios siglos fue la madre —y lo tenía a gala— quien alimentaba con la leche de sus pechos a sus hijos, e incluso a los de sus esclavos” (REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, cit., p. 432).

⁸⁰ La conclusión de la etapa de la educación doméstica —hacia los 16 ó 17 años— se solemnizaba con una ceremonia, en la que el adolescente se despojaba de la *toga pretexta*, bordada de púrpura, y de las insignias que simbolizaban la infancia, y vestía la *toga viril*, con la que hacía su presentación en el *foro*. Esto significaba su reconocimiento como ciudadano y su incorporación a la vida pública. Pero su formación aún no había terminado: antes de comenzar el servicio militar debía dedicar, ordinariamente un año, al *tirocinium fori*, el “aprendizaje de la vida pública”. Pero de este menester —salvo excepciones—, ya no se ocupaba el padre, sino que se le encomendaba a alguna persona prosecta —cercana a la familia— con el peso y la gravedad de los años, de la experiencia y de los honores (REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, cit., p. 433).

En este periodo, al igual que ocurrió en Grecia, cuando en la educación del niño romano intervenían personas distintas de los padres, pero dentro del ámbito familiar — en lo que podríamos llamar enseñanza individual—, la tarea de educar se desdoblaba en dos funciones distintas, ejercidas por personas diferentes: el pedagogo, heredero del *paidagogos* griego, era un esclavo culto de origen heleno que se encargaba de la enseñanza del griego⁸¹; el preceptor, por su parte, asumía de forma particular los restantes deberes del maestro⁸².

Con el transcurso del tiempo —pero todavía dentro de la etapa primitiva— la instrucción y educación que los jóvenes recibían de sus padres resultó ser insuficiente, a causa de la creciente complejidad derivada de la propia evolución social, apareciendo paulatinamente las primeras escuelas elementales, en las que el encargado de dirigirlas recibía el nombre de *ludi magister* o *litterator*. La instrucción suministrada al niño — que comprendía normalmente el periodo entre siete y doce años— era muy elemental: lectura, escritura, rudimentos de cálculo, aprendizajes de máximas con fondo moral y ciertas nociones de literatura. Es el comienzo de la enseñanza colectiva en Roma⁸³.

La educación individual o particular se desarrollaba principalmente en el seno de las familias patricias, mientras que la colectiva era la adoptada por los comerciantes y en un nivel social inferior⁸⁴.

⁸¹ Con la conmoción social a que dio lugar el gobierno de César, la *patria potestas* —en opinión de DU PLESSIS— sufre, con la propia institución de la familia, los primeros síntomas de relajamiento; con el tiempo, el cuidado de la educación se abandona a los esclavos (*Historie de l'autorité paternelle et de la société familière en France avant 1789*, París, 1900, p. 50).

⁸² TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 85.

⁸³ MÁLAGA GARCÍA, E, *La educación y su historia*, Hijos de Santiago Rodríguez, Burgos, 1953, p. 126.

⁸⁴ “Para los hijos de la plebe romana y de los pequeños propietarios y comerciantes, existieron en Roma escuelas públicas. La asistencia a la escuela debía estar ampliamente difundida entre el pueblo y entre los esclavos, pues varias circunstancias permiten conjeturar que la mayoría de las

b.— Educación en la época republicana

En la fase republicana, con el progresivo proceso de helenización que sufre Roma, la escuela del *ludi magister* empezó a resultar insuficiente, suscitándose a partir de ese momento el interés por la gramática y la retórica, y apareciendo como consecuencia de ello las primeras escuelas del *gramaticus* y del *rhetor*⁸⁵. A pesar de ello, Roma sigue careciendo de una política escolar propiamente dicha, abandonando la educación a la iniciativa y a la actividad privada, y considerando a la escuela como institución subsidiaria de la familia, que siguió asumiendo plenamente —ahora a través de la escuela o de preceptores privados— su función educadora⁸⁶.

c.— Educación en la etapa imperial y en el periodo decadente posterior

La etapa imperial vendrá caracterizada por una confirmación de las tres escuelas mencionadas y por el establecimiento de tres grados de enseñanza —primaria, secundaria y terciaria— en cada uno de los tipos correspondientes al *ludi magister*, al *gramaticus* y al *rhetor*⁸⁷.

El gramático goza ya entonces de una condición superior a la del simple maestro de escuela; no en vano está previsto que el gramático reciba una retribución cuatro

personas sabían leer. El modo como fueron publicadas las Doce Tablas (450 ó 449 a. de C) supone un conocimiento vulgar de la escritura. Las calles de Pompeya aparecen enteramente cubiertas de carteles anunciadores, y en el ejército se transmitía cada día por escrito el santo y seña, cosas ambas que suponen el ejercicio común de la lectura” (GALINO, M.A., *Historia de la educación*, Gredos, Madrid, 1988, p. 264).

⁸⁵ Afirma GALINO que la primera escuela de literatura latina con un carácter profesional que se ocupaba de la formación gramatical fue abierta por Severo Nicanor hacia el año 100 a. de C. (*Historia de la educación*, cit., p. 268).

⁸⁶ REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, cit., p. 434.

⁸⁷ MARROU, H, *Historia de la educación en la antigüedad*, cit., p. 491.

veces superior⁸⁸. A la escuela del retórico acudía sólo una minoría de los ciudadanos, al cumplir los 16 años, y era este profesional de la enseñanza el que gozaba de mayor prestigio en la sociedad romana.

Los distintos estudiosos de la época han resaltado que, a diferencia de las anteriores etapas, la etapa imperial se caracteriza por la existencia de una apreciable política escolar. Así, se observa el general impulso de los distintos municipios para que hubiera en todos ellos una escuela pública, hallándose, no sólo instituidas, sino también sostenidas y fiscalizadas por las municipalidades⁸⁹.

Sólo al final del Imperio, Vespasiano —a finales del siglo I de nuestra era— introduce la escuela mantenida con fondos del Estado, cuyos maestros percibían sueldos fijados por aquél⁹⁰. Según SÜETONIO, fue este emperador el primero en fijar el salario regular de 100.000 sestercios para los maestros latinos y griegos de retórica, pagados por el fisco imperial⁹¹.

Por último, durante la época decadente, las escuelas perdieron parte de su influencia, y progresivamente fueron desapareciendo hasta su extinción casi total con la invasión de los pueblos del norte⁹².

⁸⁸ RUBINSON, "The Roman school teacher and his reward", *Classical Weekly*, XV, 1921, pp. 57-61.

⁸⁹ MARROU, H, *Historia de la educación en la antigüedad*, cit., p. 365.

⁹⁰ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 85. "Cuando en la época imperial se les exime de impuestos y los emperadores les remuneran, el gramático es considerado como funcionario del Estado" (GALINO, M.A., *Historia de la educación*, cit., p. 273).

⁹¹ SÜETONIO, *Divus Vespasianus*, XVIII.

⁹² MORENO/POBLADOR/DEL RÍO, *Historia de la educación*, cit., p. 163.

B.— EL MANDATO RETRIBUIDO COMO CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN *PATERFAMILIAS*-EDUCADOR: CONTENIDO Y LÍMITES DE LA DELEGACIÓN DEL “PODER DE EDUCAR”

a.— El mandato retribuido como revestimiento jurídico de las *operae liberales*

Dice CICERÓN que, en Roma, la educación no estaba regulada por las leyes, ni era común ni uniforme para todos⁹³. Sin embargo, como hemos visto, la relación *paterfamilias*-educador, si bien carecía en Roma de una disciplina normativa consagrada por la ley, surgía reiteradamente en sus diversas modalidades. Como señala TAULER ROMERO, en Roma, a pesar de carecer de tipicidad jurídica, la tipicidad social de dicha relación *paterfamilias*-educador es manifiesta⁹⁴.

Ahora bien, ¿cuál fue la configuración jurídica que se dio en Roma a dicha relación, en sus diversas modalidades?

Es bien sabido que —al menos en las primeras épocas— la *locatio operarum* fue muy poco frecuente en Roma, debido fundamentalmente a la extensión del trabajo servil. Como hemos visto, en muchas ocasiones los servicios educativos eran prestados por los esclavos —sobre todo en las primeras etapas de la Roma clásica, hasta bien entrada la República—, lo que hacía que dichos servicios no se pudiesen distinguir del

⁹³ “La República debe procurar a los hombres, en parte con la educación, y en parte con las leyes, en primer lugar, una instrucción para los niños que sea libre, por la que los griegos se afanaron mucho y sin resultado (...), pretendiendo que no fuese reglamentada y establecida legalmente, ni de carácter público, ni igual para todos” (*Sobre la República*, IV, 3,3).

⁹⁴ Como señala DÍEZ PICAZO, la distinción entre tipicidad social y tipicidad legislativa fue apuntada por BETTI y recogida, en la doctrina italiana, por GRASETTI. Con la expresión “tipicidad social” se hace referencia a aquellos contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la conciencia social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina o de la jurisprudencia (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1996, p. 387).

resto de los trabajos serviles que realizaba el esclavo. Por tanto, no existía retribución alguna por estos servicios. La relación *paterfamilias*-educador quedaba inserta en el ámbito de la *dominica potestas* del *paterfamilias* sobre sus esclavos⁹⁵.

Sin embargo, cuando los servicios eran prestados por hombres libres, la construcción clásica romana del mandato parece apoyar la opinión de que éste contrato encuadraba la actividad de los maestros.

En efecto, se ha dicho que, así como las *operae illiberales* podían ser objeto de arrendamiento⁹⁶, los servicios prestados por personas letradas —entre las que se incluía a los maestros—, revestidos del carácter de *operae liberales*, se estimaron por el Derecho Romano insitos en el contrato de mandato⁹⁷. La docencia era considerada en Roma una profesión liberal, que, en consecuencia, no podía ser objeto propio de un contrato de arrendamiento de servicios (*locatio operarum*)⁹⁸. Este tipo de contratos sólo se concluían cuando se contrataban servicios de orden inferior, pues, originariamente, llevaban aparejados un cierto poder sobre la persona que iba a prestar el servicio. Así,

⁹⁵ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 83-84.

⁹⁶ “Las artes y profesiones liberales, entre las que se encontraban los maestros, eran ejercidas por personas libres: no podían ser objeto de arrendamiento sino de mandato, pues sólo eran objeto de *locatio* los trabajos inferiores”. CURLIAC/MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico*, I, Bosch, Barcelona, 1950, p. 459. En este mismo sentido se pronuncia SOHM, quien señala que sólo podían ser objeto del arrendamiento de servicios las *operae illiberales*, es decir, los servicios de calidad inferior, humildes, por los que se pagaba un precio, el precio del arrendamiento; la prestación de los mismos implicaba una prestación de valor patrimonial, no una prestación inestimable —como los servicios del mandatario, del amigo, del médico, del maestro, etc.— (*Historia e instituciones del Derecho Privado Romano*, La España Moderna, Madrid, 1883, pp. 534-535).

⁹⁷ CAMUS, E, *Curso de Derecho Romano*, Tomo V, La Habana, 1941, p. 284.

⁹⁸ Como afirma ALEMÁN MONTERREAL (*El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, Almería, 1996, p. 57), en Roma, hay una serie de actividades consideradas como artes liberales; a saber, las que por su consideración social no podían prestarse a cambio de una *merces*, sino como un servicio de amistad, como un don o favor que alguien realizaba a un amigo, pues el trabajo ejecutado a cambio de un salario es humillante e indigno de un ciudadano romano libre, y así es calificado por Cicerón como precio de esclavitud (*De officiis*, 1, 42,150).

en la época clásica, se consideraba que el objeto del arrendamiento era propiamente la persona que iba a encargarse de prestar el servicio, concepción que fue variando hasta entender que el objeto del contrato son los servicios que presta la persona contratada, y no la persona misma⁹⁹. Aún así, una vez alcanzada esta concepción, los servicios prestados por profesionales liberales eran contratados a través del mandato, pues seguía presente la idea de que *locatio operarum* quedaba reservada para contratar trabajos de orden inferior.

Aunque en principio el mandato romano tenía carácter gratuito, se admitía la existencia de un mandato retribuido. Los maestros —aunque sus servicios se revistieron en Roma con un carácter honorífico y exento de interés material, prestados por amistad o por respeto— recibían honorarios por realizar sus funciones educativas, tal y como explicamos en el apartado anterior. De esta forma, el Derecho completaba un estado de hecho a través de un procedimiento *extra ordinem*, y así, admitidos primero bajo la apariencia de reembolso de gastos, los honorarios se convertirán en indemnizaciones concedidas por el trabajo realizado¹⁰⁰.

⁹⁹ En Roma, la concesión a terceros de la propia actividad por parte de un hombre libre se realiza a través del mecanismo de la cesión “personacosa”, al igual que las *operae* del esclavo, configurándose como un poder de disposición de la persona, y no de las *operae*; por esta causa, las fuentes presentan a la persona, y no su trabajo, como objeto del contrato de arrendamiento. Ahora bien, avanzada la época clásica, se da entrada en el campo del Derecho a una nueva terminología que viene a sustituir la expresión *locare se* por *operas locare*. Esta transformación se debe a un cambio que comienza a producirse en la concepción jurídica de esta relación contractual, sin que todavía podamos afirmar un cambio radical en el objeto del contrato de la persona al servicio hasta el Derecho Romano tardío, tras una lenta evolución que culminará en la admisión de las *operae* como objeto del contrato. En síntesis, esta posición doctrinal afirma que el objeto de la *locatio conductio operarum* fue primeramente el esclavo, pasando posteriormente a ser la persona del hombre libre y culminando dicha evolución en la consideración de los servicios como objeto del contrato (ALEMÁN MONTERREAL, A, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, cit., p. 48).

¹⁰⁰ Señala TRAVIESAS, refiriéndose al Derecho Romano, que, en el mandato retribuido, la remuneración u honorarios no son ninguna retribución (*merces*) que corresponda a un valor de cambio del servicio en el mercado, sino una muestra de gracias y de honor por el beneficio recibido (TRAVIESAS, M, “El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra”, *RGLJ*, n° 132, 1918, p. 99).

b.— La delegación del “poder de educar” del *paterfamilias* al educador: contenido y límites

Según la concepción romana, en toda relación de educación subyacía la idea de que el *paterfamilias* llevaba a cabo una “delegación” de los poderes que —en orden a la educación de su hijo— le eran propios; delegación que se efectuaba, a través del mandato, en favor de la persona que se iba a encargar de la educación del hijo. Si el poder de educar —en cualquiera de las etapas del aprendizaje— era ejercido por un educador distinto del *paterfamilias*, se entendía que lo hacía “representando” a éste en el ejercicio de su “poder de educar”¹⁰¹.

Esa idea de la delegación de poderes tenía varias manifestaciones, de entre las cuales vamos a destacar dos.

En primer lugar, en Roma, por dimanar la actuación del educador de la delegación de poderes propios de la *patria potestas*, el contenido de la educación se nutre, casi exclusivamente, de la dotación al niño de hábitos, actitudes y modos útiles para la convivencia social, que era el contenido propio de la instrucción que el *paterfamilias* proporcionaba a su hijo¹⁰². Por ello, la duplicidad de elementos

¹⁰¹ La palabra *pater*, además de la idea de “generación”, expresa también, con particular énfasis, las ideas de “protección” y de “poder”. El *paterfamilias* es un ciudadano *sui iuris*. Él solo constituye la *domus*; sin él no hay *domus* ni *familia*. La *potestas* sobre personas y cosas radica en su misma condición, aunque de hecho no la ejerza. El *paterfamilias* tiene *dominium* sobre las cosas; *dominica potestas* sobre los esclavos; *manus* sobre la mujer casada; y *patria potestas* sobre el hijo. Más que por un vínculo natural, la familia se constituye, por tanto, en función de un vínculo jurídico: por la sumisión a la *patria potestas*. En este sentido, pertenece a la familia tanto el hijo engendrado como el hijo adoptado (REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, cit., p. 431).

¹⁰² Aún así, esos hábitos, modos y actitudes no se refieren casi nunca a la esencia de la educación moral, que seguía siendo cometido de la familia y del ambiente vivido en el hogar desde los tiernos años, sino más bien a la instrucción. Sólo la familia tuvo en Roma la

integrantes de la educación, que con claridad se advirtiera en Grecia, no es encontrada en la fuente romana¹⁰³.

En segundo lugar, el maestro, debido también a esa idea de la delegación de poderes, gozaba —al igual que el *paterfamilias*— de un poder de corrección ilimitado. Es cierto que ese poder de corrección del maestro se va atemperando con el tiempo, pero ello no se debe a que la configuración jurídica de la relación *paterfamilias*-educador pasase a ser la propia del arrendamiento de servicios, sino que dicho cambio se debe a que también se aminora paulatinamente el poder de corrección del propio *paterfamilias*.

Dice GAYO que la *patria potestas* es propia de los ciudadanos romanos; también en el sentido de que solamente la tenía un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano: “Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, pues apenas hay hombres que tengan una tal potestad sobre sus hijos, como la que nosotros tenemos”¹⁰⁴. Este poder del *pater* era —jurídicamente— el más riguroso y severo que conoce la historia¹⁰⁵. En la casa, que es además asilo inviolable, el *paterfamilias* es rey y ostenta también la condición de sacerdote familiar. La *patria potestas* es, pues, privativa del *paterfamilias*: no se modifica ni con la edad ni con el matrimonio, y conlleva derechos absolutos —análogos a los de un dueño sobre sus esclavos— y la ejerce sobre las personas y los bienes de sus hijos. En cuanto a las personas, el *paterfamilias* tiene el poder de vida o muerte sobre el hijo que vive bajo su *potestas*; puede mancipar al hijo a un tercero, dejarlo abandonado y casar al hijo o a la hija sin su consentimiento. El

prerrogativa de formar las costumbres. Además, la instrucción griega queda en Roma muy truncada, desde el momento en que se prescinde de los estudios científicos, a los que sólo se les piden resultados; las mismas letras, que habían de alcanzar en Roma tanto desarrollo, sólo se cultivaban en las escuelas con el fin concreto y utilitario de servir a la formación del orador (GALINO, M.A., *Historia de la educación*, cit., p. 267).

¹⁰³ “Grecia, al instalar en la mente de los hombres la preocupación educadora, conjuga armoniosamente la instrucción en esos modos útiles para la convivencia social con un formación científica de carácter utilitaria (*techné*), mediante la cual se dan al educando normas de conocimiento de una actividad concreta en orden al desenvolvimiento profesional” (JAEGER, W, *Paideia*, cit., p. 305).

¹⁰⁴ GAYO, *Instituciones*, I, 55.

¹⁰⁵ GUILLÉN, J, *Urbs Roma*, I, Salamanca, 1978, p. 119.

carácter severo y absoluto de la *patria potestas* que la ley sancionaba, se fue suavizando en algunos aspectos, desapareciendo de hecho en tiempos de la República. Así, por ejemplo, el ejercicio del poder de vida o muerte se hizo ya muy raro, y la práctica de abandonar a los hijos se corrigió en el Bajo Imperio.

Prueba de esa mitigación paulatina de las facultades de corrección del *paterfamilias* —y, en consecuencia, del maestro— es que, frente a la ausencia generalizada de textos jurídicos que se refieran a la educación, una excepción es la mención contenida en el Digesto en relación con las moderadas facultades de corrección que tiene el maestro ya en la época clásica, pues para el caso de excederse se concede al perjudicado la posibilidad de ejercicio de la *actio aquiliana*¹⁰⁶.

c.— La idea de la delegación de poderes de los padres al educador como legado de la concepción romana de los servicios educativos

Con esta argumentación no queremos decir que la contratación de servicios docentes se hiciese siempre en Roma —en todas las modalidades y en todas las épocas— a través del mandato, pero sí que fue la modalidad de contratación usada en el inicio —y, posteriormente, la usada con más frecuencia—, y, por tanto, la que mayor

¹⁰⁶ L.IX, T.II, n° 5, 3, n° 6: “Si enseñándolo hubiere el maestro herido o matado a un discípulo, ¿quedará obligado por la Ley Aquilia, cual si hubiera causado el daño con injuria? Y escribe Juliano, que queda obligado por la Ley Aquilia el que enseñándolo había dejado tuerto al discípulo; luego con mucha más razón se habrá de decir lo mismo si lo hubiere matado. Pero propónese él este caso: un zapatero dice a un niño aprendiz, ingenuo, hijo de familia, que no hacía muy bien lo que le había enseñado, le da un golpe en la cerviz con la horma de un zapato, de tal suerte que al niño le vació un ojo; y por ello dice Juliano que no compete ciertamente la acción de injurias, sino con objeto de reprenderle y de enseñarle; pero duda del arrendamiento porque al que enseña le es permitido tan sólo un leve castigo. Pero no duda que puede ejercitarse la acción de la Ley Aquilia”.

influencia tuvo en la mentalidad con la que el *paterfamilias* romano contrataba los servicios docentes y se comportaba a lo largo de su relación con el prestador de dichos servicios.

Somos conscientes de que un estudio en profundidad acerca de cuál fue la modalidad de relación jurídica mediante la que se contrataron en Roma las distintas clases de servicios docentes queda fuera de nuestras posibilidades. Sin embargo, sí que nos vemos en condiciones de afirmar que el mandato fue la modalidad más utilizada, al menos cuando se contrataban los servicios de preceptores privados. También pensamos que, en contra de lo que afirma ARANGIO RUIZ, el mandato estuvo presente en otras modalidades de servicios docentes, cuando los servicios contratados eran los del *magister*, los del *gramaticus*, o los del *rhetor*.

Para el autor citado, cuando los servicios docentes eran contratados a cambio de una *merces* fijada de antemano, la relación jurídica que se establecía era una *locatio conductio operarum*¹⁰⁷.

Sin embargo, pensamos que esta opinión es fruto de una interpretación errónea de un texto del Digesto (D. 27, 2, 4), en el que se habla de los “salarios” de los preceptores¹⁰⁸. Como el propio ARANGIO RUIZ dice, a pesar del carácter esencialmente gratuito del mandato, el mandante tenía la obligación de rembolsar al mandatario los gastos que le hubiera ocasionado el cumplimiento del encargo recibido, cantidades a las que las fuentes romanas se refieren con el nombre de “alimentos”.

¹⁰⁷ ARANGIO RUIZ, V, *Il mandato in Diritto Romano*, Nápoles, 1949, p. 103.

¹⁰⁸ D. 38, 1, 50, 1: “*Non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum...*”.

Cuando la prestación de esos alimentos —continúa— se traduce en la entrega periódica de una suma de dinero, dicha prestación periódica es denominada *salarium*, y no es considerada como una contraprestación por los servicios recibidos; de modo que la relación de prestación de servicios en la que periódicamente se entrega un *salarium* no es necesariamente una relación de *locatio conductio operarum*, relación en la cual lo propio es la entrega de una *merces* a cambio de los servicios¹⁰⁹.

Como indica ALEMÁN MONTERREAL¹¹⁰, el término *merces* era utilizado en ocasiones para referirse a las retribuciones de los preceptores de estudios liberales — retóricos, gramáticos y geómetras—, pero dichas retribuciones sólo eran reclamables *extra ordinem*, y escapaban al ámbito de la relación contractual de arrendamiento¹¹¹.

Este dato es una muestra más de que, en Roma, las relaciones de prestación de servicios propios de las profesiones liberales fueron basculando progresivamente hacia el ámbito de la *locatio conductio operarum* —tomando términos propios de ese ámbito—, pero manteniéndose esencialmente —durante mucho tiempo— dentro del marco del mandato, debido a las reminiscencias de poder sobre la persona que la *locatio conductio operarum* arrastraba. Esto explica la indiscutible influencia que el mandato, como delegación del poder de educar, iba a dejar impresa en la relación entre los padres y los docentes.

¹⁰⁹ ARANGIO RUIZ, V, *Il mandato in Diritto Romano*, cit., p. 115.

¹¹⁰ ALEMÁN MONTERREAL, A, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, cit., p. 73.

¹¹¹ “Como expresión de gratitud, más que como compensación al servicio prestado, se admite la posibilidad de que el mandatario reciba un *salarium* (D, 17, 1, 10, 9), que es exigible *extra ordinem*, y no por medio de la *actio mandati contraria*” (IGLESIAS, J, *Historia e instituciones del Derecho Romano*, Ariel, Madrid, 1997, p. 387).

3.— LA NECESIDAD DE SUPERAR LA TEORÍA DE LA “DELEGACIÓN DE FUNCIONES”: EL CONTRATO DE EDUCACIÓN COMO CONTRATO DE LOS PADRES A FAVOR DE LOS HIJOS

Algunos autores, al tratar de mostrar que la teoría del traspaso o delegación de funciones de los padres al centro docente debe ser superada, centran su argumentación en las fisuras que presenta la utilización del contrato de mandato como medio para esa delegación¹¹².

Otros acuden a la atribución *intuitu personae* y al carácter de irrenunciables que impregna los derechos-deberes de familia para excluir la posibilidad de su delegación mediante mandato¹¹³.

¹¹² Así, TAULER ROMERO, partiendo de la distinción entre el contrato de mandato y el arrendamiento de servicios, plantea dos objeciones fundamentales: la naturaleza de los actos que los padres encargan al prestador de servicios educativos y la “sustituibilidad” como característica propia del contrato de mandato que no está presente en el contrato de educación (*El contrato de educación*, cit., pp. 195). GARCÍA ABELLÁN, por su parte, indica que, caso de existir una delegación por medio del mandato, el centro docente no sería responsable por los actos del alumno menor de edad mientras está bajo su vigilancia. Si existiera una representación o mandato —dice—, los actos realizados por el hijo bajo la vigilancia del educador no harían a este responsable, pues el mandatario sólo lo es de sus propios actos. En consecuencia, la culpa extracontractual esgrimida por tercero, haría objeto de la misma al padre del menor. Por ello —concluye— resulta inconsistente, contemplando la función educadora, entender que los padres entregan su representación a entidades de instrucción, y que los actos realizados por éstas, o por los hijos en tanto quedan bajo su vigilancia, afectan obligatoriamente a la persona de sus progenitores (*El contrato de educación*, cit., pp. 74-75). ROBEZ-PAGUILLON, al intentar determinar la naturaleza del contrato de educación, desecha el mandato por la “ausencia del carácter jurídico de los actos que se encargan” (*Le contract d’éducation*, cit., p. 135).

¹¹³ Para GARCÍA ABELLÁN, el carácter de irrenunciables que impregna los derechos de familia, aboga por entender como atribuidos *intuitu personae* —no ya intransmisibles, sino exceptuados de delegación— los derechos que derivan de la patria potestad. (*El contrato de educación*, cit., p. 74).

Sin embargo, pensamos que las dificultades para seguir entendiendo que, al nacer la relación entre los padres y el centro docente, se produce una delegación de funciones a favor del centro docente proceden de consideraciones relativas a la propia naturaleza de la función educativa —tal y como es entendida, además, por nuestro ordenamiento jurídico—, y no tanto de consideraciones relativas a la posibilidad o a la forma de hacerse dicha delegación.

En efecto, la idea del “traspaso de facultades” no se adapta a una concepción moderna de la relación padres-centro docente. En Roma, la especial configuración jurídica de la *patria potestas*, que prácticamente convertía al *paterfamilias* en propietario de las personas sometidas a él, justificaba que la relación educativa fuese entendida como relación de representación —bajo la figura del mandato retribuido—, en la que el *paterfamilias* traspasaba al educador los poderes que —en orden a la educación de sus hijos— son propios de su *patria potestas*. Modernamente, la configuración que los ordenamientos jurídicos dan al deber de los padres de educar a sus hijos, justifican plenamente el abandono de esta concepción¹¹⁴.

Dentro de nuestro ordenamiento, el art. 27.2 de la Constitución establece que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Asimismo, el art. 154 del Código Civil establece el deber de los padres de *educar* a sus hijos y de *procurarles una formación integral*.

¹¹⁴ También en la doctrina más reciente se vuelve a encontrar esta concepción: “Los responsables por los actos de un menor son los padres o tutores del mismo (...) Esta responsabilidad pasa al colegio o a sus profesores cuando el menor se transforma en alumno” (TOQUERO, J.P., “Deber del centro educativo de guarda y custodia. Responsabilidad civil”, *Educadores*, nº 193-194, 2000, p. 131).

Aunque abundaremos sobre esta materia¹¹⁵, nos bastará decir ahora que nuestro Tribunal Constitucional, al interpretar el sentido de la expresión *educación integral*, habla de aquella que tiende al pleno desarrollo de la personalidad humana, y que, por tanto, debe tener, como contenido esencial de la misma, la formación en el “respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. El Tribunal Constitucional aclara también que la obtención de este aspecto de la formación integral requiere la escolarización de todos los educandos durante el periodo que en cada momento establezca la legislación educativa vigente¹¹⁶.

De esta interpretación se deduce que la educación que los menores reciben en los centros docentes no sustituye a la educación que reciban en sus respectivas familias. No tiene un carácter sustitutivo, sino complementario. Así, cuando los padres encargan a un centro docente que proporcione a su hijo la parte de la formación integral que ellos no le pueden proporcionar —bien por tratarse de materias que desconocen, bien por falta de tiempo, bien por tratarse de esa parte de la educación que consiste en la formación en aspectos de la convivencia social que el constituyente trata de asegurar mediante la escolarización obligatoria— no pretenden ser sustituidos en esas funciones, sino complementar la educación que ellos mismos proporcionan a sus hijos¹¹⁷.

Ya LAURENT, a finales del siglo pasado, asombrado de que sus contemporáneos siguiesen hablando de delegación de poderes de los padres al educador,

¹¹⁵ *Vid. inf.* apdo. III. 2. c.

¹¹⁶ STC 260/1994, de 3 de octubre, FFJJ 1 y 2 (Az. RTC 1994/260).

¹¹⁷ “Los deberes jurídicos no nacen al margen de valores sociales o morales, sino que, en su conjunto, tienen un sustrato moral o social. Este sustrato adquiere una relevancia extraordinaria en el caso de los deberes y obligaciones de los padres respecto de sus hijos, y, como una proyección, en las obligaciones de los padres respecto de los centros educativos que cooperan con ellos en la educación de sus hijos” (LÓPEZ TAPIA, F, “Obligaciones de los padres. Formalización de la relación con el centro”, *Educadores*, nº 193-194, 2000, p. 56).

escribía con contundencia: “El educador que dirige los estudios y la educación de mis hijos no me representa, aunque haga lo que yo pudiera o debiera hacer; él actúa; y lo hace en su nombre, no es que obra por mí, sino por su ministerio”¹¹⁸.

Creemos que el Tribunal Supremo, al aplicar la teoría del “traspaso de funciones” para eximir de responsabilidad a los padres por actos de sus hijos en los centros educativos, sigue un razonamiento equivocado. A nuestro entender, el deber de vigilancia de los padres —obligación familiar cuyo incumplimiento es fuente de responsabilidad—¹¹⁹ no es traspasado al colegio cuando su hijo entra en sus instalaciones o participa de una actividad extraescolar. Lo que ocurre es que la responsabilidad del centro docente frente a terceros por los actos de sus alumnos es consecuencia del cumplimiento defectuoso del deber de guarda de los profesionales de la educación que se ocupan del menor en cada momento, lo cual puede eximir de responsabilidad a los padres. Y ello, constando la culpa de los profesionales de la educación consistente en la inobservancia del grado de diligencia propio de su actividad profesional, y no el propio de los padres del menor.

De otro modo, lo que se haría es exigir al profesional de la educación, por un lado, una determinada diligencia profesional en el cumplimiento de sus funciones de educación y enseñanza —la diligencia propia de su profesión—, y, por otro lado, la diligencia de un buen padre de familia para el cumplimiento del deber de guarda que emana de la relación docente en la que se haya inmerso.

¹¹⁸ *Principes du Droit Civil Francaise*, XXVII, Bruselas, 1878, p. 375.

¹¹⁹ Arts. 154.1º y 158 del Código Civil.

A nuestro juicio, aunque el grado de diligencia que se le vaya a exigir al profesional de la educación sea finalmente el mismo que el que se exige a los padres del alumno cuando está fuera del colegio —tal y como señala la STS 26.II.1998¹²⁰— no se puede decir que ese nivel de diligencia que deba observar sea fruto de habersele delegado la función de vigilancia propia de la patria potestad, sino que es el grado de diligencia propio de un profesional de la educación que cumple correctamente sus funciones.

Prueba de ello es que, en algunos casos, puede concurrir la culpa del centro docente con la culpa de los padres. Así, en su sentencia de 29.XII.1998¹²¹, el Tribunal Supremo califica “no ya de decimonónica, sino de medieval” la concepción de la custodia por el maestro sobre el alumno o aprendiz como sustitutiva y semejante a la de la patria potestad, y habla de que en los hechos analizados se produjo una situación mixta de custodia, y no un *cambio de guarda expreso*.

Los hechos fueron los siguientes: el día 21 de junio de 1988 se organizó una fiesta de fin de curso por la Asociación de Padres de Alumnos de un colegio de Barcelona, en el local y con la autorización y colaboración del colegio. A partir de las 17 horas, y tras la finalización de las clases, se permitió el acceso de los padres a las instalaciones escolares. No existió una salida colectiva del alumnado y un nuevo ingreso —posterior en el tiempo— bajo custodia de los padres, sino que, sin solución de continuidad, se integraron éstos en las actividades que iban a desarrollarse a continuación. Entiende el Tribunal Supremo que, debido a esto último, no hubo un “cambio de guardia expreso”, sino una “situación mixta de custodia”, compartiendo los padres con los maestros y guardadores la vigilancia de los menores. Al manipularse el encendido de un globo con alcohol, sin quedar acreditado quién concretamente manipulaba el globo y el líquido inflamable ni quién controlaba la garrafa que contenía

¹²⁰ “Durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia” —FJ 3º— (Az. RJ 1795).

¹²¹ Az. RJ 9980.

éste, se inflamó el alcohol, y la niña Laura T.G. sufrió graves quemaduras que le produjeron importantes daños y le dejaron secuelas.

También DÍAZ ALABART, comentando la SAP Valencia 20.XI.95¹²², en la que se discutió la posible responsabilidad de los padres junto a la del centro docente, señala que no se trata de dos responsabilidades que se “superponen”, sino que cada una tiene su propio ámbito¹²³, lo cual no quita que, como indica la misma autora, sea una tarea difícil la de engarzar una responsabilidad general —la de los padres— que cubre todo el ámbito de actuación del menor, con otra —la del centro docente— de ámbito restringido, con límites precisos, que se incrusta en la primera.

Por tanto, a nuestro juicio, la responsabilidad de los centros educativos por los actos de los alumnos en tiempo escolar no dimana de la inobservancia del deber de guarda que tienen los padres, y que les ha sido traspasado a ellos para el periodo escolar, sino del cumplimiento defectuoso del deber de guarda propio de la profesión docente. Se incumple así un deber profesional, y no un deber paterno delegado.

De las sentencias de 22.X.1999¹²⁴ y de 18.X.1999¹²⁵ se deduce que el Tribunal Supremo, aunque siga refiriéndose en ocasiones a la delegación de funciones de los padres a los profesionales del centro docente, entiende que los profesionales de la

¹²² RJ AC 1995, 2056.

¹²³ La sentencia se refería a un estudiante de 16 años de edad que, en el lapso de tiempo dedicado al recreo, se encontraba con otros compañeros en un parque cercano al instituto, y que lesionó a uno de ellos alcanzándole con un trozo de barro endurecido en el ojo izquierdo. La corresponsabilidad de los padres trató de apoyarse infructuosamente en que existía una prohibición de que los alumnos saliesen del centro durante la jornada escolar, y que se habían dado instrucciones a los porteros en este sentido, salvo que los padres hubieran firmado un modelo de autorización para hacerlo. Los alumnos implicados en el accidente carecían de esta autorización, por lo que no existió ninguna responsabilidad de los padres (DÍAZ ALABART, S, “Responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, cit., p. 66).

¹²⁴ Az. RJ 9487.

¹²⁵ Az. RJ 7615.

enseñanza deben observar en el cumplimiento de sus funciones —y, más concretamente, de su función de vigilancia— una diligencia específica, distinta de la diligencia exigible a los padres en la vigilancia de sus hijos. En la primera de dichas sentencias, relativa a los daños causados por un menor a otro mientras jugaban, bajo la vigilancia de un profesor, en el patio de un centro escolar —siendo parte del juego el manejo de palos por los menores—, se señala que, además de que los niños estaban practicando un juego peligroso, y en tal situación el daño era previsible, la específica situación de internamiento temporal de los menores y su número exigía una mayor intensidad en el cuidado y vigilancia de la que se había dispuesto (FJ 3º). En la segunda sentencia, relativa a los daños sufridos por un alumno en una clase de educación física, se señala que “la producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exceso de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la clase de educación física que había mandado efectuar a sus alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno”¹²⁶.

¹²⁶ Los hechos se produjeron cuando alumnos de 1º de BUP del Instituto de Bachillerato de Fuengirola realizaban, bajo la dirección de la profesora de educación física, uno de los ejercicios de salto que tenían lugar sobre un trampolín elástico, y que consistía en efectuar una breve carrera —de aproximadamente ocho metros— para a continuación tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta. El demandante se desequilibró en el aire, cayó mal, y se golpeó con la barbilla contra dicha colchoneta, lo que le causó graves lesiones y secuelas calificadas como de gran invalidez. Por eso, se entiende que la sentencia señale que “entre las circunstancias aludidas cabe reseñar: la edad de los alumnos; el tipo de aparato, que entrañaba, no una excesiva, pero sí una cierta peligrosidad; la dificultad del ejercicio, harto patente y que además se revela por las caídas producidas y el temor de aquéllos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio, y sobre todo, hay que resaltarlo, el no haber estado la profesora

En la doctrina norteamericana fue ELSON el primero en subrayar la diferencia entre la diligencia que debe observar un profesional de la educación y la diligencia propia de un *reasonable man*¹²⁷. Para este autor, aunque es evidente que cada profesional de la educación puede ser partidario del uso de un determinado método pedagógico, hay ciertos deberes que atañen a todo profesional de la educación cuyo cumplimiento puede ser reclamado con unos criterios de diligencia profesional determinados. Años más tarde, en el caso *DeRosa v. City of New York*¹²⁸, se citó expresamente a este autor, estableciendo la responsabilidad de un colegio público de Nueva York por no haber detectado que los problemas de aprendizaje de Clara DeRosa, una alumna de preescolar, estaban provocados por defectos de audición, y no porque la niña tuviese ninguna clase de discapacidad mental, diagnóstico erróneo que hizo que la menor formase parte, durante varios años, de una clase especial para alumnos con discapacidad mental. En la sentencia se entendió que la no detección del problema real constituía una negligencia profesional grave, que provocó en la menor serios daños psicológicos y emocionales.

Pensamos que, si durante tanto tiempo se ha seguido acudiendo a la doctrina del traspaso de funciones, ha sido para favorecer el control de los padres en el proceso educativo de sus hijos. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, se puede

más cerca del lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues éste era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con más razón todavía si se tiene en cuenta que era la primera clase en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio” (FJ 6º).

¹²⁷ “A Common Law Remedy for the Educational Harms Caused by Incompetence or Careless Teaching”, cit., p. 73.

¹²⁸ 1985-86 EHLR DEC. 557:279.

seguir manteniendo el protagonismo de los padres en la educación de sus hijos sin necesidad de acudir a esa doctrina, que no se adecua a la realidad de la función docente.

La doctrina *in loco parentis* también ha sido superada en el ámbito del *Common Law*, tras ser duramente criticada por los autores de esos países, los cuales han entendido que dicha teoría no refleja la realidad de la relación que existe entre los padres y los centros educativos mientras el hijo está sometido a la patria potestad¹²⁹, y menos aún cuando accede a la Universidad.

También en nuestra doctrina quiénes más recientemente se han ocupado de estudiar esta materia se han apartado ya de esta concepción¹³⁰.

Partiendo de este punto, vamos a tratar de determinar, en los siguientes apartados, cuál es la configuración jurídica más adecuada del complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad, de acuerdo con la concepción que de dicho conjunto de relaciones se deduce de nuestro ordenamiento jurídico.

Advertimos ya que los pocos autores que se han ocupado de la materia reconocen la existencia de un contrato entre los padres y el centro docente —al menos en el ámbito de la educación privada—, pero la mayoría de ellos entiende que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios sin más peculiaridades¹³¹.

¹²⁹ LEWIS, C, “The legal nature of a university and the student-university relationship”, 15 *Ottawa Law Review* 251 (1983). Además de citar la sentencia *Sutcliffe v. Governors of Acadia University*, 95 D.L.R. (3d) 95 (N.S.C.A. 1978), en la que se rehúsa la aplicación de la doctrina *in loco parentis*, LEWIS cita un buen número de artículos doctrinales en los que se exponen las razones que justifican el abandono de esta teoría.

¹³⁰ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 194-196.

¹³¹ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 214-224; JORDANO BAREA, J, “Los contratos atípicos”, *RGLJ*, nº 195, 1953, p. 51.

Nosotros vamos a defender a continuación, después de llevar a cabo un tratamiento jurídico-privado de los derechos fundamentales presentes en la contratación educativa, que ese contrato tiene la notable peculiaridad de ser un contrato a favor de tercero —un contrato de los padres a favor de cada uno de sus hijos—, pues es ésta, a nuestro modo de ver, la única configuración jurídica que puede proteger correctamente los derechos fundamentales de cada uno de los protagonistas de la actividad educativa: padres, centro docente, profesionales de la educación y alumnos.

III.— HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESENTES EN LA CONTRATACIÓN EDUCATIVA

1.— LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN DOCENTE COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES PRESENTES EN EL PROCESO EDUCATIVO. A.— EL PELIGRO DE UNA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN DOCENTE AL MARGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESENTES EN LA CONTRATACIÓN EDUCATIVA. B.— LA CONFUSIÓN ACERCA DEL CONTENIDO Y DE LOS TITULARES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES EDUCATIVAS AMPARADOS CONSTITUCIONALMENTE. C.— LA DISTINCIÓN ENTRE LIBERTAD PÚBLICA Y DERECHO PÚBLICO DE PRESTACIÓN EN EL CONTEXTO EDUCATIVO.

2.— **ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.** A.— EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DEL MENOR DE EDAD FRENTE A LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD. a.— El deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden durante su minoría de edad (art. 39 CE). La educación y la formación integral del artículo 154 del Código Civil. b.— El derecho—deber de educar y procurar una formación integral a los hijos como contenido de la patria potestad: la perspectiva interna de la relación paterno-filial. c.— Contenido del derecho de los hijos a que sus padres les proporcionen una formación integral. B.— EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DE LIBERTAD: EL DERECHO DE LOS MENORES A SER EDUCADOS CONFORME A LAS DETERMINACIONES DE SUS PADRES O TUTORES. a.— El derecho de toda persona a recibir la educación que desee. El derecho del menor de edad a recibir la formación y el tipo de educación que sus padres determinen. b.— El derecho del menor a recibir la formación religiosa y moral que sus padres determinen: el derecho de los padres a determinar la formación religiosa y moral de sus hijos. *a'.— Titularidad activa. b'.— Titularidad pasiva. c'.— Contenido.* c.— El derecho del menor a recibir el tipo de educación que sus padres determinen: el derecho de los padres a determinar el tipo de educación de sus hijos. *a'.— El carácter constitucional del derecho a elegir el tipo de educación. b'.— Contenido.* d.— La protección de los derechos educativos del menor frente a sus padres: límites del derecho de los padres a determinar el tipo de educación y la formación religiosa y moral de sus hijos. *a'.— El deber constitucional de escolarizar a los hijos en el periodo establecido por la legislación educativa. b'.— Riesgo de vulneración de derechos fundamentales del hijo menor de edad por la determinación educativa de sus padres. c'.— Madurez de juicio del menor y opción “filosófica, religiosa o pedagógica” distinta a la opción paterna.* C.— EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DE PRESTACIÓN FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS: ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO A UNA ENSEÑANZA BÁSICA GRATUITA. a.— El derecho a una enseñanza básica gratuita como “dimensión prestacional” del derecho fundamental a la educación. b.— Estructura jurídica del derecho a una enseñanza básica gratuita. *a'.— Titularidad activa. b'.— Titularidad pasiva. c'.— Contenido.*

1.— LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL PADRES-CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES EDUCATIVAS

A.— EL PELIGRO DE UNA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO AL MARGEN DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES

Una vez desechada la idea de la “delegación de funciones”, se hace necesario — al objeto de hacer posible el estudio de la configuración jurídica de la relación centro docente-alumno menor de edad— determinar si dicha relación está inserta, de alguna manera, dentro del contrato que concluyen los padres de cada alumno con el colegio, o si, por el contrario, esa relación, aún surgiendo como consecuencia de dicho contrato, funciona con unas reglas autónomas respecto de él.

Como ya indicamos, este análisis es de suma importancia, pues es innegable que las principales relaciones del proceso educativo (padres-hijo menor de edad, padres-centro docente, centro docente-alumno menor de edad) forman, en su conjunto, una estructura triangular, y, por tanto, la atribución a las mismas de una configuración jurídica inadecuada —que no tenga en cuenta los tres lados del triángulo— puede dar lugar a la desprotección de algunos de los derechos fundamentales y de las libertades de cualquiera de esos tres centros de imputación principales: alumno, padres, centro docente-profesionales de la educación.

Por ello, vamos a comenzar nuestra tarea de concreción analizando algunos de los derechos que nuestra Constitución reconoce a cada uno de los vértices de esa

estructura triangular, con el fin de permitir que el ejercicio de esos derechos —así como la defensa jurídica de los mismos cuando resulten dañados en el proceso docente— no quede ahogado por una estructura jurídica que no atienda a la realidad misma del fenómeno educativo. O, lo que es lo mismo, con el fin de poder proponer una configuración jurídica de las relaciones educativas que pueda ser cauce adecuado para el ejercicio y la defensa de los derechos educativos reconocidos constitucionalmente.

B.— LA CONFUSIÓN ACERCA DEL CONTENIDO Y DE LOS TITULARES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES EDUCATIVAS

Al intentar determinar, tanto la titularidad activa y pasiva, como el contenido de los derechos y libertades reconocidos en el art. 27 de nuestra Constitución, existe el peligro de no partir de una distinción jurídica rigurosa entre los distintos derechos reconocidos en dicho artículo, pudiendo llegar a confundir los titulares y el contenido de unos derechos con los de otros¹³².

Así, no es difícil encontrarse con autores que afirman que el derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 de nuestra Constitución es un derecho público de prestación cuyo objeto no puede ser otro que el de las enseñanzas regladas del sistema estatal. Se trataría, por tanto, de un derecho de cada persona frente a los poderes públicos. Como consecuencia de este presupuesto, se afirma entonces que el contenido

¹³² “La construcción de un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas en materia educativa exige un esfuerzo de clarificación, para impedir que idénticos contenidos sean referibles a derechos distintos” (EMBID IRUJO, A, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 23).

del derecho a la educación amparado en el art. 27.1 de la Constitución es ejercitable exclusivamente en los centros de la red pública educativa¹³³.

Cuando se afirma esto, ¿se está hablando del derecho a la educación amparado en el artículo 27.1, o se está hablando, en realidad, del derecho a una educación básica gratuita proclamado en el número 5 del mismo artículo?

Dice LÓPEZ JACOISTE que la responsabilidad extracontractual atrae tan vigorosamente la atención de la metodología jurídica porque necesita establecer la relación jurídica que por principio falta. En otros ámbitos, la relación jurídica por lo común existe —continúa—, de manera que los métodos se refieren a interpretar sentidos y puntualizar alcances, mientras que en la responsabilidad extracontractual los métodos vienen urgidos a construir e imponer en un todo la relación obligatoria sustentadora de las reparaciones¹³⁴. En el contexto educativo, el atractivo para el jurista está en la necesidad, no de construir la relación sustentadora de reparaciones, sino de concretar la estructura y la interacción de las relaciones presentes, con una actividad que requiere el esfuerzo de “interpretar sentidos y puntualizar alcances” tremendamente difusos en la mayoría de las ocasiones.

La cuestión no es meramente teórica, pues, si se afirma, sin más precisión, que el derecho a la educación del artículo 27.1 de la Constitución sólo se puede ejercitar en los centros públicos de la red estatal, nos encontramos con que, en un caso de prestación defectuosa de servicios educativos por parte de un centro privado, con resultado de

¹³³ FERNÁNDEZ-MIRANDA/SÁNCHEZ NAVARRO, “Comentario al art. 27 CE”, *Comentarios a la Constitución Española*, EDERSA, Madrid, pp. 174-175.

¹³⁴ LÓPEZ JACOISTE, J.J., *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, cit., p. 16.

daños para un menor, no se podrá entender vulnerado el derecho a la educación de dicho menor, y sí en el caso de que el responsable sea un centro de la red pública de enseñanza.

Además, esta confusión, no sólo puede causar problemas en el campo de la responsabilidad, sino también en la propia concepción jurídica de la relación docente: ¿puede el educando determinar, cuando tiene la suficiente madurez de juicio —aún siendo menor de edad—, cuál es el tipo de educación que desea recibir, en contra de la opinión de sus padres, o con ello se vulnera el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos?, ¿quién es el titular de ese derecho, el educando o los padres?, ¿o acaso lo son los padres hasta que el menor alcanza la suficiente madurez de juicio?; en caso de que se entendiera que hay una titularidad del educando, ¿cómo se podría dar cauce a sus posibles pretensiones en el ámbito de la relación contractual existente entre sus padres y el centro docente?

Como se ve, todas estas interrogantes son cruciales en el contexto educativo, y no es posible dar una respuesta jurídicamente coherente a los mismos sin perfilar al máximo la estructura jurídica en que se haya inserta la relación centro docente-alumno menor de edad.

Por ello, tal y como ya hemos anunciado, antes de formular una teoría acerca de cuál sea esa estructura jurídica, pretendemos estudiar el contenido y la titularidad de los derechos y libertades educativos de los padres y del educando, pues esos derechos y libertades son los que más posibilidades tienen de quedar afectados por una configuración jurídica inexacta del complejo relacional educativo.

C.— LA DISTINCIÓN ENTRE LIBERTAD PÚBLICA Y DERECHO PÚBLICO DE PRESTACIÓN EN EL CONTEXTO EDUCATIVO

Como es evidente, el estudio detenido de la distinción entre derecho público de prestación y libertad pública escapa por completo a nuestras pretensiones. Sin embargo, debemos detenernos —siquiera sea brevemente— en esta distinción, pues, en muchas ocasiones, las confusiones acerca del contenido y de los titulares de los derechos educativos fundamentales proceden de errores en la determinación de la naturaleza de la situación jurídica que se está estudiando.

Siguiendo con el ejemplo ya citado, si se entiende que el derecho a la educación es únicamente un conjunto de derechos públicos de prestación, y que, por tanto, no tiene —en primer lugar— un contenido específico como derecho de libertad, se termina concluyendo que el derecho a la educación sólo puede ejercitarse en los centros públicos de la red estatal. Sin embargo, si se entiende que el derecho a la educación, antes que un conjunto de derechos públicos de prestación, es, no sólo un derecho de libertad, sino también un derecho de prestación de los hijos frente a los padres, se llega —entre otras— a la conclusión de que el derecho a la educación puede resultar dañado en muchos más supuestos que aquellos en los que se deniega una plaza en un centro docente de la red pública estatal.

La libertad pública entraña las facultades propias de una libertad de hacer o no hacer o de cómo hacer, con el consiguiente poder jurídicamente protegido de excluir toda clase de inmisiones o interferencias restrictivas —*erga omnes*—. Además, las libertades públicas, al definir un ámbito de libre determinación, no dejan de entrañar la

exigencia de que el poder público cumpla su deber de defenderlas y protegerlas en cuanto tales. Pero estas “prestaciones” públicas no son en realidad sino actuaciones de garantía jurídica y por ello no suele dárseles el nombre de “prestaciones”, que se reserva para la dación de bienes y servicios que constituyen el contenido material de auténticos derechos de crédito¹³⁵.

Los derechos públicos de prestación, por su parte, entrañan un poder de exigir a otros unas prestaciones positivas dirigidas a la producción de un resultado. En este sentido se dice que el contenido esencial de los derechos fundamentales incluye, tanto las facultades propias de una libertad pública, como el poder de exigir a otros prestaciones positivas¹³⁶. Es decir, que un derecho fundamental tendría al mismo tiempo carácter de libertad pública y de derecho público de prestación; público, en este último caso, no porque la prestación deba ser siempre ejecutada por el poder público, sino porque siempre debe ser garantizada por él.

En definitiva, las libertades públicas requieren una tutela pública, pero no se satisfacen con ella, sino ejerciendo los derechos de hacer o de obrar libremente en que consisten; los derechos fundamentales, en cambio, además de una tutela pública contra terceros, reclaman sobre todo unas prestaciones de otros, bien sea de ciertos sujetos privados, bien sea de los mismos poderes públicos, y la tutela pública debe extenderse a que los sujetos obligados satisfagan efectivamente esas prestaciones.

¹³⁵ BURDEAU, G, *Les libertés publiques*, R. Pichon Editores, París, 1972, pp. 21-23.

¹³⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española: derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, *Persona y Derecho*, nº 6, 1979, p. 235.

Somos conscientes de que la literatura filosófica y jurídica sobre esta distinción es variable, y de que no existe todavía una doctrina acabada ni una terminología unánime¹³⁷. Sin embargo, sólo si tenemos presente esta distinción estamos en condiciones de abordar el estudio del derecho fundamental a la educación con posibilidades de llegar a un resultado satisfactorio en el cumplimiento del objetivo que nos hemos marcado al comienzo del presente epígrafe.

¹³⁷ Para tener una perspectiva global del origen y la aplicación de la distinción en nuestro texto constitucional, *cfr.* COSSIO DÍAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

2.— ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

A.— EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DEL MENOR DE EDAD FRENTE A LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD

a.— El deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden durante su minoría de edad (art. 39 CE). La educación y la formación integral del art. 154 del Código Civil

De acuerdo con la distinción que acabamos de hacer entre libertad pública y derecho público de prestación, lo lógico sería comenzar el estudio del derecho fundamental a la educación analizando qué parte del contenido de ese derecho fundamental es una libertad pública, y qué parte supone la presencia de un derecho público de prestación. Sin embargo, en el caso del derecho fundamental a la educación existe un dato previo, que no puede ser obviado antes de aplicar la distinción entre libertad pública y derecho público de prestación.

El artículo 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹³⁸ establece que “toda persona tiene derecho a la educación”. La Constitución española de 1978 utiliza una expresión similar en su art. 27.1, cuando dice que “todos tienen derecho a la educación”. Además, el artículo 27 de la Constitución consta de otros nueve apartados, en los cuáles se reconocen y se establecen una serie de derechos y deberes relacionados con el derecho fundamental a la educación, que son también concreción de su contenido.

¹³⁸ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 217 A (III), de 10.XII.1948.

Sin embargo, el dato relevante —de cuyo estudio queremos arrancar en el análisis del derecho a la educación— es que, como correlativo al derecho a la educación de cada persona, nuestra Constitución establece, en su artículo 39.3, el deber de los padres de *prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda*. Asimismo, y como concreción legal de parte del contenido del artículo 39.3, el artículo 154 del Código Civil, establece el deber de los padres de *educar* a sus hijos y de *procurarles una formación integral*¹³⁹.

Esto, como veremos, va a suponer que el ejercicio de parte del contenido del derecho a la educación —como libertad pública y como derecho público de prestación— de quienes están sometidos a la patria potestad queda modalizado por la intervención de los padres en el proceso educativo. Y, como veremos también, es precisamente esa intervención —y sus límites— el aspecto más difícil de estructurar jurídicamente de todos aquellos que se dan en el triángulo de relaciones jurídicas del proceso educativo.

Por tanto, antes de estudiar el contenido del derecho a la educación como libertad pública y como derecho público de prestación, debemos detenernos en el análisis del derecho a la educación como derecho de los hijos frente a los padres

¹³⁹ LÓPEZ JACOISTE hace notar que en el tenor del Código Civil, previo a la reforma de 1981, al regular la obligación de darse alimentos, aún en el supuesto de mínimo alcance (art. 143.4º), se establecía el deber de los padres de costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. Sin embargo, continúa el mismo autor, el concepto de *formación* ha triunfado en el desarrollo de la cultura contemporánea, y cita el trabajo de GADAMER — *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1971— en el cual, al analizar los sentidos de la palabra *Bildung*, se hace sobresalir el sentido de la *formación* como aptitud para desempeñar el propio trabajo con el tacto preciso para apreciar situaciones y adoptar en ellas adecuado comportamiento (LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La profesión, condición civil de la persona”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 29, 2000, pp. 41-42).

mientras están sometidos a la patria potestad, lo cual no deja de ser en sí mismo un derecho público de prestación, pues, si bien la prestación de su contenido no corresponde al poder público, sí corresponde al mismo garantizar su efectiva prestación¹⁴⁰.

b.— El derecho-deber de educar y procurar una formación integral a los hijos como contenido de la patria potestad: la perspectiva interna de la relación paterno-filial

Para entender mejor el marco en el que está inserto este deber de los padres de educar y procurar una formación integral a sus hijos, es necesario hacer una referencia a la naturaleza jurídica de la patria potestad.

El Código Civil, en su versión vigente hasta 1981, acogía el término “patria potestad”, que rubricaba el Título VII del Libro I y aparecía en diversos artículos. Sin embargo, ya en el periodo previo a la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹⁴¹, la doctrina vino señalando que el nombre tradicional de la institución no respondía actualmente a su contenido. Dicho término parecía traducir las ideas de poder —potestad—, atribuido sólo al padre —patria—, mientras que el instituto de la patria potestad se concibe más bien hoy como un deber o función que como un poder, y se atribuye tanto al padre como a la madre¹⁴².

¹⁴⁰ Art. 158 Código Civil.

¹⁴¹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

¹⁴² CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario a los artículos 154-171 del Código Civil”, VVAA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, III, 2, EDERSA, Madrid, 1982, p. 67.

La reforma de 1981, acogiendo el parecer de la doctrina, reflejó como esencial, en los apartados 2º y 3º del nuevo art. 154, el principio de que la patria potestad no es un poder, sino una función de los padres establecida en beneficio del hijo¹⁴³.

El carácter de función atribuido así a la patria potestad acogía en su seno la doble perspectiva con la que se había venido estudiando la patria potestad: como conjunto de deberes de los padres en el seno de la relación paterno-filial —natural o adoptiva, matrimonial o extramatrimonial—, o como conjunto de derechos de los padres ejercitables frente a cualquier pretensión de injerencia externa en el ejercicio de los mismos¹⁴⁴.

De esta manera, se entiende mejor la expresión “deberes y facultades”, que utiliza el art. 154 del Código Civil al definir el contenido de la patria potestad. Dicha expresión no significa que la patria potestad comprenda deberes y derechos, sino que comprende, desde la perspectiva interna de la relación paterno-filial, deberes, cuyo cumplimiento corresponde a los padres —o a quien ejerza la patria potestad en cada momento— y no a persona o institución alguna externa a esa relación. En ese último sentido, en la perspectiva externa de la relación paterno-filial, se dice que los deberes propios de la patria potestad son al mismo tiempo derechos.

¹⁴³ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario a los artículos 154-171 del Código Civil”, VVAA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 61. El cambio en la concepción de la patria potestad se observa de forma paralela y semejante en otros ordenamientos: en el Derecho alemán, tras la reforma de 1998, el parágrafo 1626.1 BGB habla de “obligación y derecho” de los padres, frente a la mención anterior de “derecho y obligación”. Y en el Derecho inglés, frente a los *parental rights and duties* de la normativa anterior, la *Children Act* de 1989 habla de *parental responsibility* (section 3, 1).

¹⁴⁴ “La misión encomendada a los padres requiere que éstos dispongan de ciertos derechos; pero estos derechos son, al propio tiempo, deberes. Por ello es preferible hablar aquí de funciones de los padres, estudiándolas con su doble carácter de deberes y derechos” (CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., *ibidem*, p. 107).

Esta distinción entre la perspectiva interna y externa fue destacada con acierto por la doctrina italiana, al aclarar que, cuando la patria potestad se contempla en las relaciones internas de sus sujetos —los padres que la ostentan y los hijos sobre quienes se ejerce— parece estar atribuida a los primeros como un deber; y que, cuando, por otro lado, se la considera en las relaciones externas de los sujetos, la patria potestad resulta ser fundamentalmente un derecho subjetivo de los padres¹⁴⁵.

Por tanto, entiendo que no es correcto decir —pues puede dar lugar a equivocación—, al referirse a la perspectiva interna de la relación paterno-filial, que la patria potestad comprende “derechos y deberes”, tratando de dar a entender que la enumeración del art. 154 incluye unos y otros. Tampoco lo es decir que comprende derechos que hacen posible el cumplimiento de deberes¹⁴⁶. Desde la perspectiva interna de la relación paterno-filial todo lo que enumera el art. 154 son deberes, aun cuando desde la perspectiva externa se pueda decir que son facultades, o incluso derechos subjetivos ejercitables *erga omnes*, como llega a decir ZANNONI¹⁴⁷.

Creo que la equivocación procede de confundir el todo con la parte, o, lo que es lo mismo, la relación paterno-filial con la patria potestad. La patria potestad no es más que uno de los dos extremos de la relación jurídica paterno-filial —la más importante, si se quiere— la cual, como relación recíproca entre padres e hijos, comprende una serie de derechos y de deberes para ambas partes. Así, en virtud de la relación paterno-filial,

¹⁴⁵ MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, Buenos Aires, 1954, p. 136; CICU, “La filiazione”, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por VASSALLI, III, 2, Torino, 1969, p. 248.

¹⁴⁶ Nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de 31.XII.1996 (Az. RJ 9223), utiliza una expresión que, a nuestro modo de ver, es aún más equívoca: “La patria potestad (...), cuyo contenido está formado *más por deberes que por derechos*, como resulta del propio art. 154 del CC” (FJ 4°).

¹⁴⁷ ZANNONI, *Derecho de Familia*, II, Buenos Aires, 1978, p. 683.

los padres quedan obligados al cumplimiento de los deberes que enumera el art. 154 — patria potestad— y, al mismo tiempo, tienen el derecho a ser obedecidos y respetados, y a ser ayudados por los hijos en el levantamiento de las cargas familiares, según sus posibilidades, tal y como establece el art. 155 del Código Civil¹⁴⁸.

Por ello, pensamos que no es acertada la expresión de nuestro Tribunal Supremo cuando, en sentencia anterior a la reforma de 1981, afirma que la patria potestad es una relación jurídica central de la que irradian una multitud de derechos y de deberes¹⁴⁹. A nuestro modo de ver, la relación jurídica central es la relación paterno-filial y no la patria potestad, que hace referencia sólo a una de las partes de la relación —a los padres—, y, más concretamente, a los deberes —y no a los derechos— de esa parte. Más correcta nos parece la expresión que emplea el Tribunal Supremo en su sentencia de 17.VI.95¹⁵⁰, cuando afirma que la patria potestad es un “efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial”.

Por tanto, al decir que el deber de los padres de “educar y procurar una formación integral a sus hijos” es también un derecho, lo único que estamos haciendo es contemplar la relación paterno-filial desde fuera de la misma.

Sin embargo, cuando hablamos del deber de los padres de procurar a sus hijos una formación integral estamos situándonos en la perspectiva interna de la relación

¹⁴⁸ “El deber de los padres de alimentar a sus hijos menores, sancionado constitucionalmente (art. 39 CE), y regulado en el Código Civil (arts. 154 y 110) como efecto, *no ya de la patria potestad, sino de la misma relación paterno filial*, se configura (...)” (SAP Barcelona 15.I.1997, Az. RJ 166). La cursiva es nuestra.

¹⁴⁹ STS 8.IV.75 (Az. RJ 1514).

¹⁵⁰ Az. RJ 5304.

paterno-filial, y, desde esa perspectiva, el derecho fundamental de toda persona a la educación aparece como un derecho frente a los titulares de la patria potestad.

c.— Contenido del derecho de los hijos a que sus padres les eduquen y les proporcionen una formación integral

Tal y como hemos dicho, el enunciado del artículo 154 del Código Civil establece un derecho de prestación de los hijos frente a sus padres mientras se encuentran bajo su patria potestad. Sin embargo, el contenido de la prestación debida al menor de edad no es siempre el mismo.

A grandes rasgos se puede decir que, antes de que el menor alcance los seis años, el contenido de la prestación queda limitado al difícil deber de dar a los hijos la primera educación, bien en el seno familiar, bien completando esa educación mediante la contratación de los servicios educativos propios de esa edades.

Al alcanzar los seis años, y hasta los dieciséis, como consecuencia del deber de escolarizar a los hijos, la prestación de educación a los hijos supone para los padres, no sólo continuar la educación en el seno familiar, sino también contratar los servicios educativos que deseen que sus hijos reciban¹⁵¹.

A partir de los dieciséis años, como veremos, quedará en manos del menor la decisión de si quiere o no continuar su formación en un centro docente, y los padres

¹⁵¹ Art. 5 LOGSE.

estarán obligados a contratar en su favor esos servicios educativos, con excepción de aquellos casos en que sea el mismo menor quien los contrate¹⁵².

Lo que pretendemos demostrar en los siguientes apartados es que el deber de los padres de proporcionar una formación integral a sus hijos tiene como una de sus contrapartidas, al menos desde que existe el deber de escolarizarlos, el derecho de los hijos a que sus padres puedan escoger para ellos, no sólo una determinada opción formativa, sino también una determinada opción pedagógica, siempre dentro del marco constitucional. Lo que, constitucionalmente, se traduce en la titularidad paterna de derechos que en puridad corresponden a los hijos, pero que mantienen la apariencia de derechos de los padres como fruto de la presunción *iuris tantum* de que el ejercicio de esos derechos por parte de los padres es lo más favorable para los hijos¹⁵³. Esto, como veremos, equivale a decir que la libertad de enseñanza se otorga a los padres para proteger los contenidos propios del derecho a la educación de sus hijos.

Hasta el momento, ha sido habitual el estudio separado del contenido esencial del derecho a la educación y del contenido esencial de la libertad de enseñanza. En esos estudios, lógicamente, una serie de contenidos —de los que se considera titular al educando durante su minoría de edad— se entienden derivados del derecho a la educación (derecho a una educación básica gratuita con todas sus consecuencias), y otra serie de contenidos —de los que se considera titulares a los padres— se entienden

¹⁵² Posibilidad apuntada por TAULER ROMERO (*El contrato de educación*, cit., p. 251).

¹⁵³ La otra parte consistiría en la continuación, en el seno familiar, de la tarea de formación del menor en los valores que sus padres deseen, siempre y cuando, como veremos, se respeten los demás derechos fundamentales del menor (*vid. inf.* apdo. III. 2. B. d)

derivados de la libertad de enseñanza (derecho a la creación y elección de centro, de tipo de educación, de formación religiosa y moral, fundamentalmente)¹⁵⁴.

Sin embargo, es difícil encontrar trabajos en los que se ponga de manifiesto lo que hemos apuntado: que la libertad de enseñanza es, en su esencia, una libertad de la que se derivan un conjunto de derechos de los padres tendentes a la protección de los contenidos del derecho a la educación de los hijos¹⁵⁵, y, por tanto, que el ejercicio de los derechos derivados de la libertad de enseñanza será legítimo mientras obedezca a la presunción de que el ejercicio de esos derechos por los padres es la mejor forma de proteger el derecho de educación de los hijos, pues —de esa manera— se prolonga en otros ámbitos educativos la concepción y el contenido de la educación que se presta en el seno familiar¹⁵⁶. Así lo entendió nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de

¹⁵⁴ STC 5/1981, de 13 de febrero (Az. RTC 1981/5), FJ 7º.

¹⁵⁵ El TEDH, en la sentencia del *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* (TEDH, 7.XII.1976, Series A nº 23) —sobre la que volveremos más adelante—, sentó la importante doctrina de que el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas en relación con la educación de sus hijos se asienta precisamente sobre el derecho fundamental de esos hijos a la educación. Como afirma BARNES VÁZQUEZ (“La educación en la Constitución: una reflexión conciliadora”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984, p. 40), el primer inciso del art. 27 de la Constitución —auténtico marco del sistema—, coloca al educando como necesario punto de referencia, pues todo el “código educativo” está a su servicio, y en función de él, también, se configuran las libertades educativas. Ocurre, sin embargo —continúa—, que en las posiciones doctrinales más radicales esto es frecuentemente olvidado. Se centra la atención, a veces, en la libertad de creación de centros docentes y su consiguiente ideario sin mayores perspectivas, o bien, por el contrario, se limitan los esfuerzos doctrinales a exaltar la libertad de cátedra y su primacía sobre la libertad de creación de centros. Ambos extremos, si quieren asumir una visión global, parece que deberán atender al obligado punto de referencia y observar que los principales límites —más bien fisiología propia— de las libertades educativas devienen precisamente de la libertad del educando, su dignidad personal (art. 10.1 CE), el respeto y estímulo de su personalidad (art. 27.2 CE), etc.

¹⁵⁶ La STC 86/1985, de 10 de julio (Az. RTC 1985/86), en su fundamento jurídico 3º, puso de manifiesto —refiriéndose a los nueve apartados del art. 27 CE— que “la estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como fórmula omnicomprendiva la que el mencionado artículo utiliza como liminar”. GARCÍA HOZ, en este mismo sentido, afirma que la fuente de todo deber y de todo derecho educativo está en el derecho del ser humano a su completo desarrollo. El niño, el joven, la persona que se educa, es el punto de referencia necesario para toda actuación educativa. Hablando con precisión, únicamente el propio educando tendría derecho a educarse a sí mismo sin limitación ni cortapisa ninguna por parte de

24.I.1985¹⁵⁷, en cuyo Fundamento Jurídico 6º se afirma que la libertad de enseñanza “forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho a la educación”.

Esa conexión entre libertad de enseñanza y derecho a la educación habrá de ser —a nuestro entender— pieza clave para definir con rigor la naturaleza jurídica del complejo relacional educativo.

Es más, si no se tiene presente esta idea:

1º.— no es difícil atribuir a las relaciones educando-padres-centro docente una estructura jurídica en la que queden protegidos los contenidos propios de la libertad de enseñanza de los padres, pero perdiendo de vista que dichos contenidos tienen como finalidad la protección de los contenidos del derecho a la educación de los hijos;

2º.— en supuestos de prestación defectuosa de servicios educativos con posterior reclamación de daños puede ocurrir que la cuantía de la posible indemnización varíe según se entienda que, con dicha prestación defectuosa: a) sólo se han vulnerado derechos de los padres; b) sólo se han vulnerado derechos del hijo; c) se han vulnerado derechos de los padres y del hijo al mismo tiempo.

Hasta este momento hemos estudiado el derecho fundamental a la educación como derecho de los hijos frente a los padres; es decir, como derecho de prestación garantizado por los poderes públicos. En el siguiente apartado, nos vamos a ocupar de la

otros. En él radica primariamente la libertad de la educación. Solamente cuando necesite de otros, esos otros tienen el deber, y subsidiariamente el derecho, de ayudarlo; “otros” que también necesitan del ámbito de libertad correspondiente para cumplir su deber (“La libertad de educación y la educación para la libertad, *Persona y Derecho*, nº 6, 1979, p. 48).

¹⁵⁷ Az. RJ 250.

estructura jurídica del derecho fundamental a la educación, como derecho de libertad *erga omnes*, y como derecho de prestación frente a los centros docentes, garantizado por los poderes públicos. De esta manera pondremos en conexión las tres vertientes del derecho a la educación —derecho de libertad *erga omnes*, derecho de prestación frente a los padres, derecho de prestación frente a los centros de enseñanza—, y estaremos en condiciones de intentar demostrar que la configuración jurídica del complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero es la más adecuada para permitir la articulación recíproca de los derechos educativos fundamentales, por ser la que más se adecua a la naturaleza misma de dicho complejo relacional.

B.— EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DE LIBERTAD: EL DERECHO DE LOS MENORES A SER EDUCADOS CONFORME A LAS DETERMINACIONES DE SUS PADRES O TUTORES

a.— El derecho de toda persona a recibir la educación que desee. El derecho del menor de edad a recibir la formación y el tipo de educación que sus padres determinen

El contenido primario del derecho a la educación —como derecho de libertad— está constituido por la posibilidad que toda persona tiene de decidir la formación y el tipo de educación que desee recibir¹⁵⁸.

Sin embargo, los textos legislativos que se encargan de regular el derecho a la educación establecen que, durante la menor edad del educando, serán sus padres los encargados de determinar la formación y el tipo de educación que ha de recibir el menor. Y esto, como fruto de la presunción de que la formación y la educación que

¹⁵⁸ STC 86/1985, de 10 de julio (Az. RTC 1985/86), FJ 3º.

determinen los padres será la más beneficiosa para el hijo, por ser una prolongación de la que recibe en el seno de su familia, o, al menos, por ser aquella que los padres entienden habrá de completar más adecuadamente la educación familiar.

En efecto, la Constitución española —art. 27.3—, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵⁹ —art. 26.3—, el Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales¹⁶⁰ —art. 13.3—, y el Protocolo adicional nº1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁶¹ —art. 2—, se refieren expresa y respectivamente al derecho de los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, “a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, “a escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”, o, en fin, “a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Y, más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶² establece, en su art. 14.3, que “se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

¹⁵⁹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 217 A (III), de 10.XII.1948.

¹⁶⁰ Aprobado por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16.XII.1966; ratificado por España el 27.IV.1977 (BOE 30.IV.1977).

¹⁶¹ El Convenio fue adoptado por el Consejo de Europa en Roma, el 4.XI.1950, y fue ratificado por España el 26.IX.1979 (BOE 10.X.1979). El Protocolo Adicional 1º fue adoptado en París el 20.III.1952 (instrumento de ratificación español: BOE 12.I.1991).

¹⁶² Firmada en Niza el 7.XII.2000 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18.XII.2000, 2000/C, 364/01).

Como se ve, el derecho de toda persona a recibir el tipo de educación y la formación que desee —contenido del derecho a la educación como derecho de libertad que debe ser garantizado por el Estado— se traduce, durante la minoría de edad del educando, en una serie de derechos de los padres —fruto de la presunción de que es lo más beneficioso para los hijos—.

Además, como dijimos en el apartado anterior, el ejercicio por parte de los padres de esos derechos supone el cumplimiento de parte del deber de proporcionar una formación integral a sus hijos¹⁶³. Es decir, una parte de ese deber la cumplen prestando a sus hijos la educación doméstica, y otra parte la cumplen determinando la formación y el tipo de educación que hayan de recibir sus hijos cuando se les preste los servicios educativos de un centro docente¹⁶⁴.

Prueba de ello es que, cuando los padres no pueden o no quieren cumplir ese aspecto de su deber de prestar una formación integral, determinando la formación y la educación de sus hijos, el ordenamiento jurídico debe proveer a que se satisfagan de

¹⁶³ MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L., reitera esta idea en varias ocasiones en su trabajo titulado “La educación en la Constitución española” (cit.), aunque, lógicamente, por salirse del objeto de su estudio, deja de lado las consecuencias jurídicas que la misma pueda tener en los casos de violación de los derechos educativos fundamentales. Otros autores, como MARTÍ DE VESES (“Regulación internacional del derecho a la educación”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 569), intuyen esa forma de relación interna de los derechos educativos fundamentales, pero no lo expresan con la concreción necesaria para sacar de la misma consecuencias jurídicas: “Respecto a los niños —dice esta autora—, el derecho a la educación reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre de 1948 resulta un derecho complejo: pueden ser titulares y beneficiarios, pero es el Estado el que debe asegurar su realización, y son los padres los *llamados a escoger las modalidades de su ejercicio*. Aparece así una convergencia de dualismos en el art. 26 de la Declaración: dualismo en lo que se refiere a la naturaleza misma del derecho a la educación, cuyo ejercicio requiere la cooperación de las autoridades públicas, y dualismo en cuanto al estatuto del *niño*, que *es titular de derechos, pero no puede beneficiarse de ellos si no es a través de sus padres o tutores*” (la cursiva es nuestra).

¹⁶⁴ El art. 27.3 CE constituye una manifestación o corolario del núcleo del derecho a la educación (art. 27.1 y 2 CE), y puede considerarse implícito en el aspecto sustancial o cualitativo de la educación que “tendrá por objeto el libre desarrollo de la personalidad humana” (BARNES VÁZQUEZ, “La educación en la Constitución”, cit., p. 43).

otro modo los contenidos del derecho a la educación de los menores: primeramente — agotadas las posibilidades de exigir a los padres su obligación, y sin perjuicio de las posibles sanciones a que se hagan acreedores—, mediante la institución de los tutores —expresamente aludida en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹⁶⁵ (art. 13.3)—, o, finalmente, trasladando, si es preciso, a alguna Administración Pública las responsabilidades supletorias correspondientes¹⁶⁶.

Consecuencia de todo ello es que el derecho del menor a recibir la formación y la educación que desee —el derecho de educación como libertad pública— consiste en el derecho a recibir la formación y la educación que determinen sus padres. Y, por tanto, la vulneración del derecho de los padres a determinar la formación y el tipo de educación de sus hijos supondrá al mismo tiempo la vulneración del derecho de educación de los hijos como derecho de libertad, es decir, de su derecho a ser educados conforme a las determinaciones de sus padres.

Veámoslo con más detenimiento.

¹⁶⁵ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.XII.1966, y ratificado por España el 27.IV.1977 (BOE, 30.IV.1977).

¹⁶⁶ “Sin perjuicio de que puedan jugar ampliamente instituciones plenamente admitidas como la adopción, que permitan acercar lo más posible la situación de los menores a la que natural y constitucionalmente tienen derecho” (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La educación en la Constitución española”, cit., p. 246).

b.— El derecho del menor a recibir la formación religiosa y moral que sus padres determinen: el derecho de los padres a determinar la formación religiosa y moral de sus hijos

a'.— Titularidad activa

El art. 27.3 de la Constitución establece que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Es éste uno de los apartados más complejos del artículo 27. En él, la Constitución reconoce expresamente que una manifestación de la libertad de enseñanza de los padres es el derecho a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (“derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”), y establece, para garantizar ese derecho de libertad, un derecho de prestación —en el sentido de garantía al que ya nos referimos— de los padres frente al Estado: el derecho a que el Estado organice y financie la enseñanza de modo que garantice la posibilidad de ejercer ese derecho de libertad.

Se puede afirmar que, durante la minoría de edad de los hijos, los padres son titulares:

1º) del derecho —de libertad— a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones morales y filosóficas;

2º) del derecho —de prestación como garantía de libertad— a que el Estado organice el sistema de enseñanza de modo que se garantice el derecho a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones morales y filosóficas.

La titularidad de estos dos derechos es, por tanto, de los padres. No porque pasen a ser titulares los hijos cuando alcancen la mayoría de edad —como parece sugerir algún autor¹⁶⁷—, sino porque estos dos derechos desaparecen con la mayoría de edad de los hijos —a veces incluso antes, como veremos¹⁶⁸—, que empiezan entonces a ejercer de otra manera su derecho a recibir la formación que quieran: no es ya un derecho a ser educado conforme a las convicciones de los padres, sino un derecho a ser educado conforme a las propias convicciones personales.

Estos dos derechos no son los únicos que se derivan de la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución¹⁶⁹, pero son los que normalmente estarán presentes en el nacimiento y en el proceso de cumplimiento del contrato

¹⁶⁷ A nuestro juicio, la distinción entre libertad pública y derecho de prestación dentro de este apartado, aunque apuntada, no es resuelta con total claridad por FERNÁNDEZ-MIRANDA (*De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 121). Para este autor, es necesario distinguir entre dos dimensiones del derecho que se ampara: una, proyección de la libertad de conciencia, que se concreta en una libertad de autonomía frente al Estado y cuyo contenido es el respeto de la actividad individual, y otra, que consistiría en un derecho de prestación frente al Estado, que queda obligado a organizar y financiar las enseñanzas religiosas y morales que corresponden a las diversas convicciones de los padres. Creemos que, en este modo de enfocar la distinción, se confunde entre lo que hemos llamado derecho de libertad de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, y el derecho de libertad de cada individuo a elegir la educación que desee. Fruto de esta confusión, pensamos, es la subsiguiente afirmación del mismo autor, para quien, en el nivel universitario, son los propios alumnos los titulares del derecho de libertad. Como ya hemos dicho, entendemos que esto no es exactamente así. Lo que realmente ocurre no es que al llegar la mayor edad cambie la titularidad del derecho a elegir la educación, sino que desaparece el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones —derecho previsto, primariamente, a favor del derecho del educando a recibir la educación que desee—, y queda sólo el derecho del sujeto a ser educado como él desee.

¹⁶⁸ *Vid. inf. apdo. III. 2. B. d.*

¹⁶⁹ STC 5/1981, de 13 de febrero (Az. RTC 1981/5), FJ 7º.

educativo, y, por tanto, podrán resultar dañados a resultas de la prestación defectuosa de los servicios contratados¹⁷⁰.

b'.— Titularidad pasiva

El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y filosóficas, en cuanto derecho de libertad, es un derecho *erga omnes*. Al analizar este derecho nos hemos de situar, por tanto, en la perspectiva externa de la relación paterno-filial. Es decir, como ya explicamos, lo que en la perspectiva interna de la relación paterno-filial supone un deber —procurar a los hijos una formación integral—, supone, desde la perspectiva externa, un derecho de libertad de los padres.

Sin embargo, el derecho a que se garantice la posibilidad de ejercer ese derecho de libertad es, de acuerdo con el art. 27.3, un derecho de prestación de los padres frente al Estado. Los “poderes públicos” son el sujeto deudor de la prestación consistente en garantizar el ejercicio del derecho de libertad de los padres de poder determinar la formación religiosa y moral de sus hijos.

El problema se plantea al tratar de concretar si los padres pueden ejercitar su derecho de libertad solicitando los servicios de un centro privado, con independencia de

¹⁷⁰ Como es bien sabido, el reconocimiento expreso de la libertad de enseñanza no zanjó en nuestro país la polémica acerca de su contenido; las interpretaciones han sido muy diversas en nuestra doctrina. El tema ha sido tratado monográficamente en varias ocasiones durante los últimos años (RODRÍGUEZ COARASA, C, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998; SATORRAS FIORETTI, R, *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 1998). Lo que sí es comúnmente aceptado es que la libertad de enseñanza reconocida en nuestra Constitución es, no sólo un principio estructural del sistema educativo, sino también un derecho que tiene dimensión de garantía institucional y que conviene conectarlo —y, al mismo tiempo, distinguirlo— de otros derechos subjetivos de los diversos actores jurídicos del proceso educativo que se derivan de él (STC 5/1981, de 13 de febrero —Az. RTC 1981/5—, FJ 7º y 8º; FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 65).

que el sujeto obligado a garantizar la posibilidad de elección sean los poderes públicos. La cuestión, que puede parecer sencilla, es confusa en la doctrina.

Dice FERNÁNDEZ-MIRANDA que, al ser el sujeto obligado el Estado, el reconocimiento de este derecho sólo cobra sentido en la escuela pública y para aquellos que no han querido o no han podido optar por un centro con ideario, puesto que la elección de un centro con ideario engloba —por selección o por rechazo— la formación religiosa y moral. Se trataría, en suma, de un derecho frente a los poderes públicos cuyo ámbito de ejercicio es precisamente la escuela pública.

Parece que, según este autor, cuando los padres demandan los servicios de un centro privado, no están ejerciendo el derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, a determinar la formación de sus hijos, dado que el sujeto obligado como fruto de esa elección es un alguien distinto de los poderes públicos. En último término, esto equivale a decir que la única manera que tiene el Estado de garantizar a los padres la posibilidad de determinar la formación de sus hijos es mediante la creación de centros docentes públicos, unida a la posibilidad de intervención de los padres en los órganos de gobierno de dichos centros.

Esta afirmación —pensamos— debe matizarse. Parece cierto que esa será —teniendo en cuenta la estructura actual de nuestro sistema educativo— la manera principal que tendrá el Estado para garantizar el derecho de los padres a que los hijos sean educados conforme a sus propias convicciones. Pero, como afirma CÁMARA VILLAR¹⁷¹, la Constitución deja en manos del legislador la estructura del sistema

¹⁷¹ “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, cit., p. 2179.

educativo, que podrá ser distinta al actual sin necesidad de introducir ninguna modificación en el texto constitucional. Por eso, creemos que ese derecho de prestación frente al Estado, se ejercerá hoy principalmente en la escuela pública, pero podrá ser ejercido de maneras diversas en el futuro, atendiendo a la configuración que tenga en cada momento el sistema educativo¹⁷².

Lo que nos parece claro es que el derecho de libertad de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones se ejerce tanto en la escuela pública como en la privada, con la diferencia de que en la privada se ejercerá normalmente al elegir un centro con un ideario determinado o con ausencia del mismo. Así lo han afirmado tanto el TEDH —Caso Costello-Roberts v. Reino Unido¹⁷³—, como nuestro Tribunal Constitucional —Auto 141/1996, de 18 de diciembre¹⁷⁴—.

Es importante esta aclaración pues, si se afirma —como hace algún autor¹⁷⁵— que este derecho de libertad —al igual que el derecho de prestación para garantizarlo— se ejerce sólo en la escuela pública nos encontraríamos con que el cambio en el ideario de un centro privado o el no seguimiento de ese ideario en la prestación de los servicios

¹⁷² El TEDH —Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, 7.XII.1976, Series A nº 23, pfo. 52—, afirmó que de los trabajos preparatorios del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4.XI.1950) se desprende que el pluralismo educativo no se limita a la libertad de creación de centros docentes, sino que resulta imprescindible que ese pluralismo exista asimismo en los centros docentes creados por el propio Estado, de tal modo que el aseguramiento del derecho de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas no se entiende cumplido por el mero hecho de que coexistan centros docentes privados junto a otros de carácter público.

¹⁷³ Sentencia de 25.III.1993, Series A nº 247-C, pfo. 27.

¹⁷⁴ Az. RTC 1996/141, FJ 4º: “El derecho de todos a la educación, en cuanto derecho de libertad (...), comprende la facultad de elegir el centro docente, incluyendo *prima facie* la de escoger un centro distinto de los creados por los poderes públicos”.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 121.

educativos no supondrían una vulneración del derecho de libertad de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones.

c'.— Contenido

En cuanto al derecho de libertad —e, insistimos, teniendo en cuenta la estructura actual del sistema educativo español— algunos padres podrán ejercerlo eligiendo un centro educativo privado o concertado con un determinado ideario —o con ausencia del mismo¹⁷⁶—. En este caso, el deber del Estado de garantizar el derecho de libertad de los padres se podría ejercer, como ya dijimos, acogiendo posibles reclamaciones de los padres por cambios repentinos en el ideario del centro —provocados, por ejemplo, por un cambio de titularidad— o por inobservancia —al prestar los servicios docentes— de lo previsto en el ideario del centro que los padres tuvieron en cuenta en el momento de la contratación de los servicios.

Otros padres ejercerán su derecho de libertad eligiendo un centro público, caso en el cual el derecho de prestación frente al Estado implica, primariamente, el derecho de los padres a que sus hijos reciban en los centros públicos enseñanza religiosa y/o moral de acuerdo con sus particulares convicciones. Como dice FERNÁNDEZ-MIRANDA, el objeto de este derecho es la formación, y no la mera información. Por consiguiente —sigue el mismo autor— se trata de una verdadera formación religiosa en

¹⁷⁶ *Vid.* art. 22.1 y 52 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

cada una de las diversas confesiones y no una mera información cultural de las diversas doctrinas religiosas y corrientes morales¹⁷⁷.

Sin embargo, no se puede deducir de este derecho la obligación del Estado de organizar y financiar en todos y cada uno de los centros —en los niveles gratuitos— todas las enseñanzas de religión que la pluralidad de convicciones de los padres de los alumnos reclame. El criterio válido debe ser que la organización que el Estado establezca —teniendo en cuenta las demandas reales, la buena administración de los recursos y el principio de eficacia en la gestión— haga posible el ejercicio del derecho¹⁷⁸.

Pero no se restringe a eso el contenido del deber estatal. Este deber de prestación tiene otra dimensión, que podríamos llamar negativa, y que implica que las actividades del centro docente respetan la libertad de las conciencias de los miembros de la

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 123. Cabría preguntarse, añade el mismo autor, si aquellos padres que no deseen una formación religiosa específica para sus hijos pueden exigir para ellos, en virtud del principio de igualdad, enseñanzas de naturaleza meramente informativa y cultural. Sin entrar ahora en esta cuestión, si queremos apuntar que, caso de contestar afirmativamente a esta pregunta, habría que equiparar la enseñanza religiosa con una asignatura que igualase la carga académica de todos los alumnos, pues —pensamos— forma parte del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones el derecho a poder suscitar en sus hijos el interés por esas convicciones, derecho que se vería vulnerado si otros compañeros no tienen una carga académica equivalente.

¹⁷⁸ A partir de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 1972, sobre el *numerus clausus*, es generalmente aceptada la llamada “teoría social de los derechos fundamentales” (*sozialstaatliche Grundrechtstheorie*), que amplía el derecho fundamental en la prestación correspondiente frente al Estado, pero lo restringe simultáneamente, en tanto que las posibilidades económicas y de prestación de servicios del Estado marcan su mismo límite (PAREJO ALFONSO, L, “Garantía institucional y autonomía locales”, *Estudios de Derecho Público*, IEAL, Madrid, 1981, p. 30). Por otra parte, el TEDH, en su sentencia de 23 de julio de 1968 —*Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*, Series A, nº 6—, afirmó que la formulación negativa con la que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales acoge el derecho a la educación (Protocolo Adicional 1º, art. 2.1) significa que las Partes Contratantes no reconocen un derecho a la educación que les obligue a mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinadas.

comunidad escolar. Así, el Convenio de la UNESCO relativo a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza¹⁷⁹ establece, en su artículo 51.b, el deber de los Estados de “no obligar a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones”. Por su parte, el párrafo 2º del artículo I del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanzas y asuntos culturales¹⁸⁰ establece que “en todo caso, la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuoso con los valores de la ética cristiana”. El sentido de esta disposición hay que entenderlo extendido a la totalidad de los valores religiosos y morales compatibles con la Constitución¹⁸¹.

Asimismo, del análisis de la jurisprudencia del TEDH se desprende que este derecho implica la obligación del Estado de respetar las convicciones de los padres en la totalidad de las funciones que el Estado asuma, tanto en relación con la educación, esto es, con el total procedimiento educativo, cuanto respecto de la enseñanza, esto es, de los específicos procedimientos de transmisión de conocimientos¹⁸².

c.— El derecho del menor a recibir el tipo de educación que sus padres determinen: el derecho de los padres a determinar el tipo de educación de sus hijos

a'.— El carácter constitucional del derecho a elegir el tipo de educación

Del mismo modo que cada persona tiene derecho a educarse conforme a las convicciones morales y filosóficas que quiera —derecho que se protege, durante la

¹⁷⁹ Adoptado el 14.XII.1960 por la Conferencia General de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura (BOE, 1.XI.1969).

¹⁸⁰ BOE, 15.XII.1979.

¹⁸¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 122.

¹⁸² *Caso Campbell y Cosans*, 22.III.1983, Series A nº 60.; *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, 7.XII.1976, Series A, nº 23.

minoría de edad del educando, dando a los padres el derecho a elegir para sus hijos una educación que sea conforme a sus propias convicciones morales y religiosas—, también tiene derecho a recibir el tipo de educación que desee, derecho que también se protege, durante la minoría de edad del educando, reconociendo el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos, como fruto de la presunción de que será la mejor manera de mantener un criterio unitario en la educación del menor.

Este derecho, por tanto, se deriva del derecho de educación como derecho de libertad de cada individuo, y del derecho de libertad de enseñanza de los padres; y, a pesar de carecer de reconocimiento constitucional expreso, tiene rango constitucional, en virtud de la interpretación del artículo 27.1 de la Constitución conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 del mismo texto constitucional. Como es bien sabido, según este último artículo “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Pues bien, el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸³ establece que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”; y, en este mismo sentido, el artículo 13.3 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹⁸⁴ establece que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescribe o

¹⁸³ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 217 A (III), de 10.XII.1948.

¹⁸⁴ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.XII.1966, y ratificado por España el 27.IV.1977 (BOE, 30.IV.1977).

aprueba en materia de enseñanza, y a hacer que su hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”¹⁸⁵.

b'.— Contenido

Partiendo de que la estructura de las titularidades activa y pasiva en el seno de este derecho es idéntica a la del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, nos centramos a continuación en el estudio del contenido específico del derecho a elegir el tipo de educación.

El art. 5 de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, del Estatuto de los Centros Escolares¹⁸⁶ disponía que “los padres y tutores tienen el derecho a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos o pupilos, y a que éstos reciban, dentro del sistema educativo, la educación y enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y morales, a cuyo efecto podrán escoger el centro docente que mejor se acomode a esas convicciones”¹⁸⁷. En el recurso de inconstitucionalidad presentado contra dicha ley, los recurrentes tan sólo reconocían el derecho a la elección de la formación moral y religiosa, con lo que —en consecuencia— se limitaba el ámbito del ideario educativo de los centros a los aspectos religiosos y morales¹⁸⁸.

¹⁸⁵ En contra del carácter constitucional de este derecho se muestra EMBID IRUJO, quien considera este derecho como parte de nuestro ordenamiento jurídico aun cuando no a nivel constitucional sino de norma ordinaria (“El contenido del derecho a la educación”, *REDA*, nº 31, 1981, p. 672 ; *Las libertades educativas*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 207)

¹⁸⁶ Az. RCL 1980/1441.

¹⁸⁷ La LOECE fue derogada por la Disposición Derogatoria 1ª de la LO 8/1985, 3 de julio, reguladora del derecho a la Educación (Az. RCL 1985/1604).

¹⁸⁸ Recurso de Inconstitucionalidad nº 189/1980 (Az. RCL 1981/1845).

Esta pretensión, que fue rechazada por el Tribunal Constitucional¹⁸⁹, fue sin embargo matizadamente recogida en el voto particular formulado por el magistrado TOMÁS Y VALIENTE, quien trató de fundamentar su posición en una pretendida distinción entre educación y enseñanza. En su argumentación, el magistrado admite como constitucional el ideario en tanto se interprete que es la expresión pública, sintética e inequívoca del carácter ideológico propio de un centro, tendente a facilitar a los padres el derecho que a éstos reconoce el art. 27.3 de la Constitución —elección de la educación como comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes a una determinada ideología—. Pero con ello no se admite la existencia de un pretendido derecho a elegir el tipo de enseñanza, entendiendo como tal un tipo de transmisión de conocimientos científicos.

La argumentación de TOMÁS Y VALIENTE ha sido criticada, pues, si bien como abstracción analítica la distinción entre educación y enseñanza es posible —y aún útil para distinguir la formación del aprendizaje—, empíricamente el fenómeno se presenta como una realidad inescindible. Sin duda, la casuística presentará supuestos en los que el proceso de comunicación esté más próximo a la comunicación ética o científica, pero es patente que no hay educación sin transmisión de conocimientos, ni hay enseñanza sin transmisión de valores¹⁹⁰.

¹⁸⁹ STC 5/1981, de 13 de febrero (Az. RTC 1981/5), FJ 8º: “Tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario educativo no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa (...) El ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de sus actividad”.

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 95; CÁMARA VILLAR, G, “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, cit., p. 2177.

A nuestro juicio, el art. 14.3 de la reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹¹ zanja esta polémica, tal vez —pensamos— sin darse cuenta de hacerlo así. En efecto, a diferencia de los diferentes textos normativos internacionales en los que se recogía, de un modo u otro, la libertad de enseñanza, este artículo reconoce el derecho de los padres, a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones, no sólo religiosas y filosóficas, sino también conforme a sus convicciones pedagógicas¹⁹².

De este modo, al menos en el ámbito de la Unión Europea, no parece ya posible dudar de que el derecho a elegir el tipo de educación de los hijos se deriva de la libertad de enseñanza, y tiene, por tanto, junto a un contenido propio de una libertad pública — derecho a optar entre los centros existentes—, un contenido propio de un derecho de prestación pública en cuanto garantía de esa libertad: el derecho a que los poderes públicos hagan efectiva esa posibilidad.

Como ocurría con el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa de sus hijos, tampoco aquí se puede deducir una pretensión de creación o modelación del servicio con unas determinadas características: no existe un derecho de prestación pública a que el servicio se modele de acuerdo con las convicciones de cualquier tipo de alumno.

¹⁹¹ Cit., Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18.XII.2000 (2000/C, 364/01).

¹⁹² Sorprende que en el documento presentado por los representantes de los países de la Unión Europea para explicar el contenido de la Carta —“Explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Charte* 4473/00, Convent 49, 11.X.2000— no se hace referencia alguna a esta importante novedad. Se dice, sin más, que “el art. 14 está basado en la común tradición constitucional de los Estados Miembros, y en el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4.XI.1950)”.

La STC 195/1989, de 27 de noviembre¹⁹³, se ocupó de la pretensión de un padre valenciano de que su hijo recibiese la enseñanza obligatoria íntegramente en valenciano —lengua cooficial de la Comunidad Autónoma—, lo cual no hubiese sido problema si la única escuela que ofertaba ese sistema educativo no hubiese estado en las afueras de la ciudad, de lo que se derivaban dos gastos suplementarios: el transporte escolar y la comida en el centro. El recurrente pidió a la Administración el pago de estos gastos, al entender que era ella la culpable de que no existiese centro alguno de esas características más cercano a su casa. El Tribunal Constitucional aclaró que no se puede considerar derivado del derecho a la educación —en cuanto derecho de los hijos a ser educado de acuerdo con las determinaciones de los padres— un derecho a que en el centro docente que cada padre escoja se impongan las preferencias —lingüísticas o de cualquier otra clase— de cada uno de ellos, ni tampoco un derecho a que se tengan que fundar tantas escuelas públicas como sean necesarias para cubrir la proximidad física deseable con respecto al domicilio de cada alumno, impartiendo la enseñanza en la lengua que cada padre elija.

Además, el tipo de educación elegida habrá de adecuarse a las exigencias constitucionales sobre las finalidades y objetivos de la educación, así como, en las enseñanzas regladas, a las exigencias derivadas de las competencias de los poderes públicos en el sistema educativo¹⁹⁴.

Algunos autores han entendido que el actual sistema de elección de centro docente público —que tiene en cuenta criterios de zonificación escolar—, no afecta al ejercicio de este derecho, pues en los centros públicos no caben idearios y existe una necesaria voluntad de neutralidad¹⁹⁵. Al margen de la dificultad de defender la existencia de una enseñanza neutra, se ha de decir que habremos de estar atentos a las modificaciones que, en un futuro no muy lejano, introduzcan en este terreno las

¹⁹³ Az. RTC 1989/95.

¹⁹⁴ “En cualquier caso, la correlación entre este derecho y la existencia de centros adecuados elimina la posibilidad de una extralimitación en su ejercicio, dado que no serán autorizados centros que no respeten las condiciones indicadas” (FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 98).

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *ibidem*, p. 98.

Comunidades Autónomas, algunas de las cuales ya han manifestado su deseo de aumentar la autonomía pedagógica de los centros docentes públicos¹⁹⁶. Operada esa reforma, si se sigue entendiendo que la enseñanza pública logra cumplir con una pretendida vocación de neutralidad, se podrá seguir afirmando que la autonomía pedagógica de los centros no afecta al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, pero será difícil seguir manteniendo que dicha autonomía no afecte al derecho de los padres a elegir el tipo de educación si no se compensa adecuadamente el criterio de zonificación escolar con la presencia en cada zona de la suficiente variedad de proyectos educativos¹⁹⁷.

No cabe duda, por último, de que, para facilitar el ejercicio de los padres del derecho a elegir el tipo de educación y la formación religiosa y moral de sus hijos, los centros docentes habrán de plasmar nítidamente en sus estatutos su proyecto educativo, y deberán informar del mismo con claridad a los padres, en cumplimiento de su obligación precontractual de información —de vital importancia, como veremos, en la contratación educativa—¹⁹⁸.

¹⁹⁶ *Vid.* declaraciones del Consejero de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid en la clausura del Foro para el estudio de la jornada escolar, en las que se hace referencia, entre otros aspectos, a un próximo proyecto de ley para regular la autonomía de los centros docentes no universitarios (Diario ABC, Sección de Madrid, 1.II.2000, p. 3).

¹⁹⁷ Otra novedad en este terreno puede producirse a raíz de las pretensiones de algunos padres de defender el derecho a educar a sus hijos en colegios extranjeros a través de INTERNET. Si dichas pretensiones llegan a ser ocasión de pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Supremo, las novedades —pensamos— no sólo se producirán en lo referente al contenido del derecho a elegir el tipo de educación, sino también en la determinación de si la obligación de escolarización de los hijos entre los 6 y los 16 años puede cumplirse con la educación a través de INTERNET.

¹⁹⁸ *Vid. inf. apdo. IV. 2. C. b.*

d.— La protección de los derechos educativos del menor frente a sus padres: límites del derecho de los padres a determinar el tipo de educación y la formación religiosa y moral de sus hijos

Como ya hemos señalado, los derechos que en esta materia tienen padres y tutores nacen de la asistencia que deben a sus hijos menores y pupilos. El derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres es parte del derecho del hijo a la educación.

Consecuencia de ello es que, dado que el derecho de los hijos a ser educados conforme a las determinaciones de sus padres es fruto de la presunción de que eso es lo más beneficioso para la efectiva satisfacción del derecho a la educación de los hijos, dicha presunción:

1º) tiene como límite el interés del Estado en la educación de los individuos, del cual se deriva la potestad para el establecimiento de una educación básica obligatoria, que permita la buena integración de todos los ciudadanos, el que todos ellos posean un lenguaje común —sin perjuicio de respetar singularidades idiomáticas—, y adquieran los elementos necesarios para convivir con todos los individuos y grupos sociales dentro del pluralismo lógico de situaciones, mentalidades, etc., en un clima de cooperación y mutuo respeto¹⁹⁹;

2º) puede romperse en supuestos de conflicto entre derechos fundamentales de padres e hijos, bien porque los padres atenten en el ejercicio de su libertad de enseñanza contra algún derecho fundamental del menor, bien porque el propio menor, alcanzada

¹⁹⁹ Vid. RUBIO LLORENTE, F, “Constitución y Educación”, en VV.AA, *Constitución y Economía*, EDERSA, Madrid, 1977, pp. 103-108.

una cierta madurez de juicio, decida que desea recibir una educación o una formación distinta a la que sus padres han venido determinando para él —supuesto de conflicto entre el derecho del menor a la educación y la libertad de enseñanza de los padres—.

La STC 5/1981, de 13 de febrero²⁰⁰, señala que “del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3)”. Y añade: “Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador” (FJ 7º).

Asimismo, refiriéndose al contexto educativo, la STC 77/1985, de 27 de junio²⁰¹, apunta que “la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél. El no señalamiento expreso de los límites, derivados de los derechos de los padres, alumnos y profesores, no significa que éstos sean ilimitados, ni que deje de producirse una articulación recíproca entre ellos, sino únicamente que el legislador no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos” (FJ 9º).

De todo ello nos ocupamos a continuación.

²⁰⁰ Az. RTC 1981/5.

²⁰¹ Az. RTC 1985/77.

a'.— El deber constitucional de escolarizar a los hijos en el periodo establecido por la legislación educativa

Dice FERNÁNDEZ-MIRANDA que las finalidades u objetivos constitucionales de la educación operan como límites de los derechos educativos, muy especialmente de la libertad de enseñanza²⁰².

El artículo 27.2 de la CE establece que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos declara, en su art. 26, que “la instrucción elemental es obligatoria”; mientras que el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales²⁰³, establece, en su art. 13.3.a, que, “con objeto de lograr el pleno ejercicio” del derecho a la educación, “la enseñanza primaria debe ser obligatoria”.

Nuestro Tribunal Constitucional, al referirse a la educación que se obtiene como consecuencia de la escolarización de los menores en los niveles en los que la misma es obligatoria, habla de “educación integral”, entendiendo por tal aquella que “tiende al pleno desarrollo de la personalidad humana”²⁰⁴. De este modo, se produce, en la práctica, una identificación en el contenido de las expresiones recogidas en los artículos 154 del CC —educación y formación integral—, y 27.2 de la CE —educación que tiene

²⁰² FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 50.

²⁰³ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.XII.1966, y ratificado por España el 27.IV.1977 (BOE, 30.IV.1977).

²⁰⁴ STC 260/1994, de 3 de octubre (Az. RTC 1994/260), FFJJ 1º y 2º.

por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales—²⁰⁵.

Nuestra Constitución, por tanto, al señalar en su artículo 27.4 que la enseñanza básica es obligatoria, establece el deber de los padres de escolarizar a sus hijos en ese periodo, como un medio para garantizar el derecho de los hijos a recibir una educación integral²⁰⁶. Así, las normas de escolarización obligatoria generan, primariamente, un deber para los padres, aunque lo generan con el mismo objetivo que establecen los contenidos propios de la libertad de enseñanza: el de permitir que los hijos puedan ejercer correctamente su derecho a la educación, del cual se entiende que es contenido básico la formación en aquellos aspectos y materias que permitan la integración del menor en un entorno social y cultural diverso. Evidentemente, con las normas de escolarización obligatoria, se genera un deber para cada educando, pero, por los mismos motivos que hemos venido apuntando en lo relativo a la atribución de derechos educativos a los padres, la responsabilidad de que se cumpla ese deber recae en última instancia sobre los padres.

²⁰⁵ El art. 27.2 CE está inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26.2), y hace referencia al objeto de la educación: fomentar la propia personalidad del educando en el seno de la vida democrática (...). La educación, de conformidad con nuestra Ley Fundamental, no puede quedar reducida a la mera instrucción o simple transmisión de unos conocimientos — que por sí solos no serían capaces de desarrollar la personalidad humana—, sino que debe comprender también una formación de *hombres libres con criterios propios para enjuiciar la realidad y decidir lo que deben hacer, y con iniciativa y aptitudes prácticas para utilizar, y en su caso modificar, el mundo que les rodea*. Y todo ello en el respeto a la convivencia democrática (BARNES VÁZQUEZ, J, cit., p. 42; con cita —en cursiva— de GARCÍA HOZ, V, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, cit., p. 13 y ss.). Como afirmaba DEWEY, la democracia tiene devoción a la educación porque una democracia es algo más que una mera forma de gobierno. Es, ante todo, un tipo de vida asociada, de experiencia comunicada continuamente (*Democracy and Education: An Introduction to the Philosophy of Education*, Nueva York, 1966, p. 87).

²⁰⁶ Así lo subrayaba la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, cuando establecía, en su artículo 5.2 —derogado por la Disposición Final 4ª de la LOGSE—, que “constituye una obligación de los padres, jurídicamente exigible, cumplir y hacer cumplir las normas establecidas en materia de educación obligatoria”.

De esta forma, las normas de escolarización obligatoria operan realmente como una limitación al derecho de los educandos a decidir sobre su educación, y, en consecuencia, operan también como una limitación al derecho de los padres a determinar el tipo de educación y la formación religiosa y moral que habrán de recibir sus hijos²⁰⁷.

b'.— Riesgo de vulneración de derechos fundamentales del hijo menor de edad por la determinación educativa de sus padres

En el ámbito de la prestación de educación doméstica, es decir, no sólo de aquella que los padres proporcionan a sus hijos antes de estar obligados a escolarizarlos, sino también de aquella otra que, llegado ese momento, continúan proporcionándoles en el seno de la familia, también existen ciertos límites para los padres en el ejercicio de su derecho a determinar la educación de sus hijos.

Puede ocurrir que, en algunas manifestaciones de ese derecho de los padres a determinar la educación de sus hijos en el seno familiar, se pueda producir un perjuicio para algún otro derecho fundamental del menor, supuesto en el cual se hace necesaria la intervención del juez, bien a instancias del propio menor, de algún pariente, o de cualquier otra persona que pueda tener noticia del peligro que corre el menor²⁰⁸.

Aunque habitualmente estos casos se traten como supuestos de conflicto entre el interés del menor y las creencias de los padres —potencial o actualmente perniciosas

²⁰⁷ STC, 260/1994, de 3 de octubre (Az. RTC 1994/260).

²⁰⁸ Art. 158 Código Civil.

para el menor—²⁰⁹, pensamos que también pueden tratarse como supuestos de conflicto entre el interés del menor —no ya como libre desarrollo de su personalidad, sino como salvaguarda de los derechos de dicha personalidad— y el derecho de los padres a determinar la educación de los hijos —como manifestación de lo que hemos denominado principio de protección del menor—. O, lo que es lo mismo, como conflicto entre el interés del menor y las creencias de los padres, precisamente en algún momento del proceso de transmisión de dichas creencias²¹⁰.

A pesar de su carácter poco común, los supuestos más numerosos son aquellos en los que, en el intento de los padres de mantener hasta sus últimas consecuencias la determinación de la educación del menor, se pone en peligro su integridad física.

Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a los controvertidos casos de objeción de conciencia de los padres a tratamientos médicos que hayan de ser aplicados a sus hijos.

A diferencia de lo que ocurre en los tratamientos médicos a adultos capaces —en los que la norma general es el respeto de su voluntad, con la consiguiente inhibición del juez—, en los tratamientos médicos a menores de edad cuando ellos mismos o sus padres se oponen a un determinado tratamiento por motivos de conciencia, si ese tratamiento resulta imprescindible para salvar su vida o evitar un grave daño a su salud física o mental, el análisis del Derecho comparado muestra la opinión unánime de que

²⁰⁹ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, cit., p. 1587.

²¹⁰ *Vid.*, a este respecto, la STC 141/2000, de 29 de mayo (Az. RTC 2000/141), que dio lugar al amparo solicitado por un padre, a quien, a instancias de su mujer -de la que acababa de separarse-, la Audiencia Provincial de Valencia había limitado las posibilidades de relación con sus hijos, para evitar que influyese en ellos tras haberse integrado en una secta.

un juez puede y debe ordenar la realización de las oportunas actuaciones sanitarias, subrogándose en el derecho que prioritariamente corresponde a los padres. En algunos países, como Australia, la propia ley atribuye directamente ese poder de subrogación a los médicos involucrados²¹¹.

Ese sentir unánime ha sido bien expresado por la jurisprudencia estadounidense en el caso *Patterson*: “Los padres pueden ser libres, por razones religiosas, para ser mártires ellos mismos. Pero de ahí no se sigue que sean libres en idénticas circunstancias para hacer mártires a sus hijos, antes de que hayan alcanzado la edad de la plena discreción”²¹².

Aunque los casos son más numerosos en la jurisprudencia norteamericana, también la jurisprudencia española se ha ocupado de este particular en varias ocasiones.

Así, y a modo de ejemplo, citamos la STS de 26.IX.1978²¹³, una de las primeras en las que dicho Tribunal tuvo que enfrentarse a una posible colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida. El caso surgía a causa de la firme negativa de un matrimonio —ambos testigos de Jehová—, a que se impusiera una transfusión de sangre a su hija menor de edad, cuya vida peligraba si no se procedía urgentemente a la

²¹¹ NAVARRO VALLS/MARTÍNEZ TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 129.

²¹² *Muhlenberg Hospital v. Geraldine Patterson*, 320 A.2d 518 (1974). El caso se refería a Geraldine Patterson —testigo de Jehová—, quien había dado a luz prematuramente un niño, que padecía ictericia causada por la incompatibilidad con la sangre de la madre. Los padres se oponían a las necesarias transfusiones de sangre que evitarían daños cerebrales irreparables. El Hospital acudió a la Corte Suprema de New Jersey, solicitando mandato judicial que permitiera las transfusiones. El mandato judicial fue expedido, considerando que el peligro para el hijo era grave, y justificaba la interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa de los padres (NAVARRO VALLS/MARTÍNEZ TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, p. 130).

²¹³ Az RJ 2910.

aplicación de dicho tratamiento. El juez en servicio de guardia, requerido por el equipo médico, ordenó que se practicara el tratamiento hemotransfusional, desoyendo las argumentaciones de índole religiosa planteadas por los padres. Interpuesta por ambos querrela criminal contra el juez, el Tribunal Supremo repelió dicha querrela aduciendo que las funciones propias de la patria potestad no pueden extenderse a la menor que se encuentra en situación de peligro de muerte²¹⁴.

Como afirma KISS²¹⁵, remitiéndose a la definición contenida en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20. XI.1989²¹⁶, el interés del niño debe ser lo que guíe a quienes tienen la responsabilidad de su educación y de su orientación; responsabilidad que incumbe prioritariamente a sus padres.

En consecuencia, lo que ocurre en estos casos es que el derecho fundamental del hijo a decidir sobre su educación deja de consistir en el derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres, y pasa a consistir en el derecho a ser educado, al menos en ese aspecto concreto que pone en peligro su vida, conforme a las determinaciones del juez o de quien éste entienda que ha de velar por los intereses del menor en dicho aspecto. Y ello, en virtud del principio enunciado de que la responsabilidad de la educación y de la orientación del menor incumbe *prioritariamente* a los padres, lo cual no quita que, cuando el interés del menor deja de ser la guía de esa educación y de esa orientación, dejando como punto central de la orientación la defensa de principios educativos aún a costa de la integridad física del menor, la responsabilidad

²¹⁴ NAVARRO VALLS/MARTÍNEZ TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, cit., p. 138.

²¹⁵ KISS, A, “La protection internationale du droit de l’enfant à l’éducation”, *Revue des Droits de l’homme*, nº 6, 1973, pp. 483-484.

²¹⁶ Ratificada por España el 6.XII.1990, BOE 31.XII.1990. *Vid.* Principio 7, apdo. 2º.

de los padres cede ante la de quienes están en condiciones —a instancias del juez— de salvaguardar los intereses del menor.

c'.— Madurez de juicio del menor y opción “filosófica, religiosa o pedagógica” distinta a la opción paterna

En el ámbito de la educación institucionalizada existe, a nuestro modo de ver, otro límite al derecho de los padres a determinar la educación de sus hijos. En realidad, más que de un límite, se trata de un hecho que puede provocar que, al igual que ocurría en los casos del epígrafe anterior, el derecho a la educación de cada hijo —como derecho de libertad— deje de consistir en un derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres, y pase a consistir en el derecho del menor a seguir el tipo de educación que él desee seguir.

Nos referimos al supuesto en el que un menor de edad sujeto a la patria potestad de sus padres, alcanzada la suficiente madurez de juicio, tome la decisión de seguir —en el ámbito de su educación institucionalizada— un tipo de educación o una educación religiosa o moral distinta a la que sus padres hayan elegido para él hasta ese momento; supuesto contemplado, por ejemplo, por el Código Civil portugués, cuyo artículo 1886 establece que corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de sus hijos, pero sólo mientras estos sean menores de dieciséis años²¹⁷.

²¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ aporta, a este respecto —y entre otras—, la sentencia del *Tribunal de Grande Instance de Versailles*, de 24 de septiembre de 1962 —*Recueil Dalloz*, 1963, Jurisprudence, p. 52—, en la que se trató el caso de una menor de dieciséis años, bautizada en la religión católica, que era la inicial de sus padres, quienes cuando la niña tenía ocho años ingresaron en la Iglesia Protestante Reformada. La menor solicitó la salida del hogar familiar, ingresando en un internado católico, alegando su derecho a la libertad religiosa. Los padres alegaron que la religión que el hijo tiene de sus padres constituye un elemento de su estado civil, y que, en consecuencia, la práctica de la religión protestante por ellos adoptada de común acuerdo debía ser impuesta a su hija.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que fuese el menor quien hiciese la elección de su formación religiosa y moral aparecía ya denegada por la Orden del Ministerio de Educación de 16 de julio de 1980²¹⁸ — por la que se regulaban la elección de la enseñanza religiosa en los centros de EGB, BUP y FP—, que establecía que “de acuerdo con la aplicación del principio de libertad religiosa, los padres o tutores, o los propios alumnos si fuesen mayores de edad, harán constar por escrito su decisión de que el alumno reciba enseñanza de Religión y Moral de una determinada Iglesia, confesión o comunidad religiosa, o, en caso contrario, su deseo de recibir enseñanza de Ética y Moral no confesional”.

CÁMARA VILLAR afirmó en su momento que esta normativa chocaba abiertamente con los derechos de los educandos, ya que estos, mucho antes de alcanzar la mayoría de edad, disponen ya del suficiente juicio para poder decidir sobre sus orientaciones en estas materias, y podría haberse puesto en duda su constitucionalidad por hacer posible en determinados supuestos la vulneración de lo dispuesto en los arts. 27.2 y 10.1 de nuestra norma fundamental²¹⁹.

Como dice este mismo autor, el derecho de los padres o tutores a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos o pupilos no puede suponer una potestad exclusiva y autoritaria a predeterminar el desarrollo intelectual y humano de los escolares en estos aspectos. Ello significaría un atentado contra la misma esencia de la personalidad: la de poder configurar la propia individualidad mediante el derecho a

²¹⁸ Az. RCL 1980/1639.

²¹⁹ CÁMARA VILLAR, G, “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, cit., pp. 2190-2191.

pensar y actuar libremente. El derecho de los padres y tutores acaba allí donde comienza el derecho de los niños y adolescentes a formarse en un clima de pluralismo, tolerancia y respeto mutuo²²⁰.

También DORAL GARCÍA, durante la génesis de la reforma de 1981, escribía que la patria potestad responde a la necesidad de complementar la capacidad de los hijos sometidos a ella sin anonadar la personalidad de éstos, esto es, con la salvaguarda de la personalidad del menor²²¹. Y, recién promulgada la Ley de 13 de mayo de 1981²²², MARTÍNEZ CALCERRADA afirmaba con rotundidad que la introducción en nuestro Derecho de esa *personalidad* permite sostener la línea progresista o de adaptación a la realidad social de que el hijo menor de edad no emancipado también cuenta con una esfera de autonomía o de respetabilidad de sus cualidades caracterológicas o aptitudes morales que más se ajusten a su actual o futura formación —temas de instrucción, estudio, etc.—, y que, por tanto, habrán de sopesarse, evitando, en su caso, imposiciones o dictados exclusivamente generados por decisiones egoístas o acomodaticias de los padres²²³.

²²⁰ Como señala EMBID IRUJO, en la jerarquía existente entre los derechos fundamentales educativos lleva el predominio el derecho a la educación (“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre enseñanza”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985, p. 202). Cita como apoyo la STC 55/1985, de 22 de abril (Az. RTC 1985/55), originada por el recurso de amparo de unos particulares contra una resolución del presidente de la Junta de Andalucía, por la que se requirió de inhibición a una Magistratura de Trabajo que había embargado la subvención a la gratuidad de un centro docente. En dicha sentencia, el TC subrayó el predominio del derecho a la educación en esa jerarquía.

²²¹ DORAL GARCÍA, J.A, *Principios de Derecho de Familia*, Universidad de Granada, 1980, p. 108.

²²² Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial (Az. RCL 1981/1151).

²²³ MARTÍNEZ CALCERRADA, “El menor no es objeto de conquista de la patria potestad”, *Diario “Ya”*, 15.VII.1981, p. 17.

Sin embargo, el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión²²⁴, volvió a establecer, en su art. 3.1, que “los padres o tutores de los alumnos, o ellos mismos si fueran mayores de edad, manifestarán, voluntariamente, al Director del centro al comienzo de cada etapa o nivel educativos o en la primera adscripción del alumno al centro su deseo de cursar las enseñanzas de Religión, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al inicio de cada curso escolar”, con lo que no se contempla la posibilidad de que el menor de edad con la suficiente capacidad de juicio pueda optar por una educación distinta a la que para él pretendan sus padres.

Como indica RIVERO HERNÁNDEZ, entre las dos posiciones extremas —dar pleno valor o no dar trascendencia alguna a la voluntad del menor—, puede y debe tenerse en cuenta el parecer y la voluntad del menor, no tanto en cuanto expresión de un querer frío, psicológico, abstracto —el querer por el querer—, sino en cuanto voluntad razonada que responde a unos hechos y a unas causas que deben ser valorados en su contexto y justificación: no es lo mismo —señala este autor con ejemplo muy al caso para nuestro estudio— negarse un muchacho de quince años a estudiar justificándolo en su poca aptitud para eso y la clara preferencia por la pintura o los motores, que cuando siendo muy apto quiere dejar de estudiar por holgazán²²⁵.

²²⁴ Az. RCL 1995/225.

²²⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 139. Recoge además este autor la conclusión de BONNARD —“La garde du mineur et son sentiment personnel”, *Droit de l'enfance et de la famille*, nº 33, 1992, pp. 181 y ss.—, quien después de un estudio exhaustivo de la jurisprudencia francesa señala que los tribunales en su país conceden una importancia decisiva a la voluntad claramente afirmada de los niños de entre doce y quince años, después de haber comprobado que dicha voluntad era real, reflexiva y libremente expresada. También hace referencia RIVERO HERNÁNDEZ —*ibid.*, p. 220— al Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), de 3 de febrero de 2000, en el que se subraya que “el interés del menor, de cualquier menor, no pasa necesariamente por hacerlo coincidir con sus deseos, por aplicación de elementales criterios pedagógicos”.

A nuestro juicio, la mencionada regulación debiera ser revisada a la luz de las nuevas tendencias en el ámbito de la protección de menores²²⁶.

En efecto, la protección del menor se articula en nuestros días sobre una noción abstracta, el valor jurídico indeterminado que es “el interés del menor”, que se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores, y que comporta la adopción de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas: art. 39. 4 CE²²⁷, diversos textos internacionales²²⁸, numerosos preceptos del Código Civil después de las reformas de 1981²²⁹, arts. 2.1 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²³⁰, legislación autonómica de atención a la infancia, etc.

Señala RIVERO HERNÁNDEZ que del interés del menor o del *favor minoris* como principio jurídico general no hace mucho que se habla en el Derecho privado español y, en general, en el mundo jurídico occidental: en cuanto principio general de Derecho del nuestro y de casi todos los ordenamientos de nuestro ámbito cultural, y con la intensidad y preocupación con que hoy se esgrime, data de apenas hace veinticinco o treinta años²³¹. Se trata de lo que se ha venido en llamar “revalorización del menor en su calidad de persona”²³².

²²⁶ *Vid.*, a este respecto, el documento presentado por la delegación del Reino Unido a la XVI Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, titulado “The Supremacy of the interest of the child in the field of private law”, Documento del Consejo de Europa, *MJU* (88) 2.

²²⁷ Tras decir el apartado 2 de dicho artículo que los poderes públicos asegurarán “la protección integral de los hijos”, dice este apartado que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

²²⁸ Entre otros: Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1º, 9.1º, 9.3º, 18.1º, 21, 37 c) y 4º); Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, La Haya, 29 de mayo de 1993 (arts. 1.a, 4.b, 16.1.d, 21.1, 24); Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, 12.XII.1996; Recomendación del Consejo de Europa 1286 (1996), de 24 de febrero, relativa a una estrategia europea para los niños.

²²⁹ Arts. 92.2, 154.2º, 156.5º, 159, 161, 170.2º, 172.4º, 176.1º, 180, 216, 224, etc.

²³⁰ Az. RCL 1996/145.

²³¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, cit., p. 23. Para contrastar la especial atención que se ha prestado al interés del menor en la doctrina y en la praxis jurídica de algunos países, este autor recomienda la siguiente bibliografía: M. DOGLIOTI, “Che cosa è l’interesse del minore”, *Il Dir. Fam. e Pers.*, 1992-4, p. 1093, quien dice que en Italia se empezó a hablar del interés del menor a partir de la Ley de Adopción de 1967; CRETNEY-MASSON, *Principles*

Nuestro Tribunal Constitucional, en su Auto 127/1986, de 12 de febrero²³³, subraya la “amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia”, teniendo en cuenta “como criterio básico y preferente el interés de los hijos”, lo que hace que la protección del menor implique un activo papel del juez para determinar de qué forma y con que medidas se defiende mejor ese interés²³⁴.

En este sentido, y refiriéndose al ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, MARTÍNEZ DE AGUIRRE afirma que los principios constitucionales de protección del menor (art. 39 CE), y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10, en relación con el 27.2 CE) se complementan, y, a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad —lo que es especialmente importante en el caso de los menores—, ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente. Por ello, añade el mismo autor, subordinado a estos dos principios —por no ser de procedencia directamente constitucional—, debe tenerse en cuenta también el principio de seguridad jurídica, que desempeña un papel importante a la hora de determinar el régimen jurídico de protección de los menores²³⁵.

of Family Law, Sweet and Maxwell, Londres, 1990, p. 468, para quien el tratamiento de la noción de interés del menor aumenta en el Reino Unido en los años 70; GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, *Before the best interest of the child*, The free press, New York, 1979, p. 9; RUBELLIN-DEVICHY, “The best interests principle in French Law and Practice”, *The best interest of child*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 260.

²³² RESCIGNO, P, “I minori tra famiglia e società”, *Il Dir. Fam. e Pers*, 1982-1, p. 274.

²³³ Az. RTC 1986/127.

²³⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1994, p. 923.

²³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *ADC*, 1992, pp. 1396.

Pues bien, uno de los puntos más conflictivos en la zona de interacción entre los principios constitucionales de protección del menor y de libre desarrollo de su personalidad es el de la capacidad.

Como dice GETE ALONSO, sólo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales justifica la existencia de limitaciones a la capacidad y de situaciones de incapacitación²³⁶. De manera que no se trata, para conseguir la concreción civil de los principios constitucionales, de introducir nuevas instituciones o mecanismos de protección a los menores, sino de insuflar en las instituciones y mecanismos existentes —alguno de ellos milenario: patria potestad, tutela— criterios de interpretación y aplicación que, actuando desde dentro, acentúen su contenido personalístico, convirtiéndose en medios eficaces para lograr los objetivos constitucionalmente formulados²³⁷.

En consecuencia, la razón de protección jurídica otorgada a los menores radica en que les falta aptitud natural —capacidad de conocer y querer, y disposición de conocimientos suficientes— para atender por sí mismos al cuidado de su persona y bienes; es decir, lo que habitualmente se denomina capacidad natural de autogobierno²³⁸.

Por su parte, la DGRN señaló, ya en 1989, que “si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil —con las

²³⁶ GETE ALONSO, C, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

²³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., p. 1398.

²³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., p. 1399.

excepciones legales que se establezcan—, por debajo de esta edad habrá que atender a la actuación concreta que se quiere realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 del CC), y no con el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica de la menor edad”²³⁹.

Se puede decir que, en orden a la atribución de capacidad de obrar general, la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar es una correspondencia teórica —pero con fundamento real—, basada en presunciones reales, con alcance general, y que sitúa a la persona en una posición jurídica fácilmente identificable por quienes tienen que tratar con ella. Este planteamiento supone la apertura de una brecha clara en la correspondencia real, concreta, entre la natural y la de obrar, que ha motivado la introducción de algunas medidas de adecuación en dos sentidos: primero, cuando el ordenamiento reconoce capacidad de obrar a quien naturalmente es incapaz o sólo limitadamente capaz²⁴⁰; segundo —y es el sentido que nos interesa—, cuando quien carece de capacidad general de obrar tiene capacidad natural suficiente, bien en general, bien para la realización de determinados actos. De acuerdo con esto, la capacidad natural, además de fundamentar el reconocimiento de la capacidad —o incapacidad— general de obrar, adquiere relevancia jurídica propia, precisamente en los casos más graves de disociación entre la capacidad de obrar general —capacidad natural presumida legalmente— y la capacidad natural real de una persona determinada, como mecanismo corrector de las disfunciones que esa disociación podría producir²⁴¹.

²³⁹ Resolución de la DGRN de 3.III.1989 (Az. RJ 2380).

²⁴⁰ Sería el caso, por ejemplo, del mayor de edad afectado por una enfermedad mental que le impide hacer frente a sus propios asuntos, pero que no ha sido incapacitado.

²⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., pp. 1407-1408.

Uno de los campos en los que puede producirse esa disociación es en el del ejercicio por los menores de los derechos fundamentales consagrados en la Convención de los Derechos del Niño de 1989²⁴², uno de los cuales es el derecho a la educación. Como afirma LINACERO DE LA FUENTE, el “interés del menor” ha de materializarse tomando como guía el respeto a los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico le reconoce²⁴³.

Aunque la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor establece medidas específicas para garantizar determinados derechos fundamentales del menor —derecho al honor, intimidad y propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a la libertad de expresión y derecho a ser oído—, omite algunos de los derechos fundamentales más importantes, incluyendo en dicha omisión el derecho a la educación²⁴⁴.

La posibilidad de que sea el menor quien determine, a partir de cierta edad, el tipo de educación o la formación religiosa y moral que quiere recibir —como ejercicio de su derecho a la educación en cuanto derecho de libertad—, podría tener cabida como ejercicio del derecho de audiencia en decisiones que afecten a su esfera personal (art. 9 Ley 1/1996). Sin embargo, aunque los deseos, preferencias, y opiniones manifestadas por los menores —en cualquier ámbito o procedimiento— son expresión de unos sentimientos y de una personalidad que habrán de tenerse en consideración, y en muchos casos, especialmente a partir de determinada edad (14-16 años), serán

²⁴² Cit., BOE 31.XII.1990.

²⁴³ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Actualidad Civil*, 1999, p. 1586.

²⁴⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, cit., p. 1600.

esenciales para adoptar una decisión, lo cierto es que, en nuestro ordenamiento jurídico, no está establecida la relevancia jurídica de la voluntad del menor²⁴⁵.

También se podría dar cabida a esa decisión del menor a través de su derecho a la libertad ideológica, cuyo ejercicio aparece expresamente regulado en el art. 6 de la Ley 1/1996²⁴⁶. La adecuada interpretación del art. 162.1 del CC en relación con los arts. 2.2 y 3.9 de la LO 1/1996 potencia y legitima la intervención de los menores de 18 años en el ejercicio de los derechos de la personalidad. A este respecto, el tenor literal de dicho artículo, así como el del art. 162 CC —que excluye la representación de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad del menor— fundamentan la autonomía del menor en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa —y, por tanto, de la elección de su formación—, y la prevalencia de sus opiniones en caso de oposición con los padres²⁴⁷. Sin embargo, por esta vía sólo se permitiría que el menor eligiese la formación religiosa y moral en la que ha de ser educado desde que tenga determinadas condiciones de madurez, pero no se le permitiría elegir el tipo de educación que desea recibir, pues dicha elección, siendo parte del contenido de su derecho de libertad educativa, no es parte del derecho de libertad ideológica, que es el expresamente recogido en el art. 6 de la Ley 1/1996²⁴⁸.

²⁴⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español”, cit., p. 1622.

²⁴⁶ “Artículo 6. *Libertad ideológica*: 1.— El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión; 2.— El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente los límites prescritos en la Ley y el respeto a de los derechos y libertades fundamentales de los demás; 3.— Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”

²⁴⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español”, cit., p. 1609.

²⁴⁸ Nos parece conveniente recoger el planteamiento y la conclusión a la que llega ROCA TRIAS —*Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 230-232— acerca de esta cuestión: “¿Quién ha de decidir en los casos de confrontación entre la postura de los padres y la de un menor con suficiente madurez para ejercer por sí mismo el derecho a la educación previsto en el art. 27.1 CE? ¿Es que los padres pueden imponer el sistema educativo que crean

Por ello, creemos el derecho del menor a elegir su propia educación desde que tiene la suficiente madurez de juicio —como límite a la libertad de enseñanza de los padres— se debe inferir de la misma estructura jurídica que nuestra Constitución da a los derechos educativos fundamentales —que hemos estudiado en el apartado anterior—, así como el carácter de función, y no de poder, que corresponde a la concepción moderna de la patria potestad.

Por demás, somos conscientes de que la tendencia actual en la doctrina y en la jurisprudencia comparada no es otra que la protección de los intereses del menor.

Como dice FERRER RIBÁ, si el desarrollo de la personalidad es fundamento de nuestro orden político (art. 10.1 CE), el ordenamiento debe legitimar a toda persona para ejercer —o, en su caso, reclamar— por sí misma los derechos preordenados a esa maduración personal, en tanto ello sea compatible con su aptitud para el discernimiento. Ello debe permitir el ejercicio por el menor de derechos que en ocasiones pueden

más conveniente, omisión hecha de la opinión del propio afectado, sobre la única base de su minoría de edad? La respuesta negativa aparece confirmada en el art. 154.3 CC: los padres deben consultar esta decisión con su hijo. Pero se trata de una simple consulta, que si se permite el símil, no es vinculante para los padres. Y entonces surge una nueva pregunta: ¿qué ocurriría si, después de efectuada la consulta, deciden en contra de la opinión de un menor que demuestra tener el grado de madurez suficiente como para tomar por sí mismo esta decisión que le afecta? El desarrollo del art. 27 CE se ha efectuado a través de la LODE. La garantía que ofrece es doble: por una parte, se asegura a los padres la libertad de elegir el tipo de enseñanza que consideren más conveniente para sus hijos, pero, además, el art. 6 LODE garantiza los derechos de los alumnos, reconociendo los siguientes: ‘a) Derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de la personalidad; (...); c) Derecho a que su libertad de conciencia sea respetada, así como sus convicciones religiosas y morales de acuerdo con la Constitución; d) Derecho a que se respete su integridad y dignidad personales’. Los apartados que se han reproducido constituyen la aplicación en el ámbito de la regulación del derecho a la educación de los derechos fundamentales a la vida e integridad física (art. 15 CE), a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) y a la finalidad y objetivos de la propia educación (art. 27.2 CE). Asimismo, el art. 6.c) LODE coincide con el art. 6 LO 1/1996, que también lo reconoce, sin más limitaciones que las prescritas en las leyes. Estos derechos corresponden directamente a los alumnos, que son menores de edad y no parece que deban ejercerse por medio de intermediario; por ello me parece que en este caso se aplica claramente lo dispuesto en el art. 162.1º CC”.

revelarse como conflictivos frente a las potestades de los padres o guardadores, como, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión. Es el fenómeno que este mismo autor denomina “modulación del contenido de las potestades familiares por razón del reconocimiento de los intereses del menor”²⁴⁹.

EEKELAAR, con tesis que aparece como pionera en este terreno, propone que, en los casos en que esté en juego la autonomía del menor sobre su persona, el posible conflicto debe enjuiciarse atendiendo al criterio de evolución dinámica de las relaciones entre el titular de la potestad y el menor. Según este criterio, lo deseable, tratándose de derechos de la personalidad —cuyo ejercicio no plantea, por lo común, las dificultades que acarrea el ejercicio de los derechos patrimoniales—, es que las potestades evolucionen desde la total subrogación en las decisiones hasta una mera facultad de supervisión²⁵⁰.

Como afirma FERRER RIBA²⁵¹, en Derecho comparado se va imponiendo el criterio de que las potestades privadas tienen como objetivo último capacitar a la persona para autodeterminarse; por ello, si queda acreditado que el menor tiene la

²⁴⁹ FERRER RIBÁ, J, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 7, 1995, p. 50. Como manifestación específica de esa modulación se puede citar el art. 55 de la Ley catalana 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares (BOE 24.II.1992), que establece la necesidad de recabar autorización judicial para que el tutor pueda tomar las decisiones relativas a la educación y formación en las que el menor de más de doce años haya manifestado una opinión diversa.

²⁵⁰ EEKELAAR, J, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination”, *International Journal of Law and the Family*, nº 8, 1994, pp. 47 y ss. *Vid.* también, a este respecto, del mismo autor: “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, *The Law Quarterly Review*, nº 107, 1991, pp. 386 y ss.

²⁵¹ FERRER RIBÁ, J, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña”, *cit.*, p. 63. *Cfr.* la jurisprudencia alemana en esta dirección en GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994, pp. 883-884.

suficiente madurez como para tomar la decisión, la potestad debe quedar inoperante y la decisión del menor prevalecer.

En el Reino Unido, la sentencia del caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* sentó, en este sentido, uno de los principios de mayor trascendencia en el Derecho de menores de ese país, que, de hecho, se conoce como el principio *Gillick*. Su formulación es la siguiente: el derecho de los padres cede ante el derecho del hijo de adoptar sus propias decisiones cuando éste alcanza entendimiento e inteligencia suficientes para ser capaz de decidir por sí mismo sobre el asunto que requiera decisión²⁵².

El art. 93 del Proyecto de Código de Familia de Cataluña, adoptaba plenamente este criterio, al establecer que “los padres, teniendo en cuenta la madurez y el grado de discernimiento del menor, han de respetar su autonomía con relación a las decisiones que pueda tomar por sí mismo”. Sin embargo, la versión definitiva de esta disposición, recogida en el art. 133.2 de la Ley catalana 9/1998, establece más recatadamente que “antes de tomar decisiones que les afecten, el padre y la madre siempre han de informar y oír al hijo o hija de 12 años o más, y al de menos de 12 si tiene suficiente conocimiento²⁵³”.

Por demás, no se pueden pasar por alto algunas de las expresiones utilizadas por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 de Protección del Menor: el “nuevo enfoque dado a la construcción del edificio de los derechos humanos de la

²⁵² *Caso Gillick* (1986), AC 112, 186 D. La formulación está tomada de las palabras de Lord Scarman. La sentencia es comentada por CRETNEY/MASSON, *Principles of Family Law*, Londres, 1990, pp. 470-474.

²⁵³ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña (Az. LCAT 422/1998).

infancia”; “el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores y de una capacidad progresiva para ejercerlos”; la concepción de los menores como “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social”; y, por último, la idea de que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”.

Como se puede ver, la tendencia parece imparable. Somos conscientes de que nos movemos en el difícil terreno de lo que JORDANO FRAGA denominó “capacidad natural” del menor²⁵⁴. Sin embargo, no pretendemos adentrarnos aquí en la discusión de si conviene o no que el legislador fije una edad a partir de la cual el menor pueda decidir sobre su educación y su formación, ni, caso de que dicha edad se fije, cuál haya de ser²⁵⁵. Lo que nos interesa subrayar es que en el ámbito de las relaciones educativas el

²⁵⁴ Para este autor, el menor, pese a su incapacidad legal —relativa, de protección— posee una cierta capacidad natural, una cierta capacidad de comprender y querer que varía según la edad y en relación al contenido y naturaleza del acto de que se trate (JORDANO FRAGA, F, “La capacidad general del menor”, *RDP*, nº 68, 1984, p. 892).

²⁵⁵ TAULER ROMERO (*El contrato de educación*, cit., pp. 216) intuyendo esa prioridad del derecho a la educación de los hijos respecto a la libertad de enseñanza de los padres, se plantea la cuestión de si, alcanzada una cierta “capacidad natural” por el menor, puede éste contratar su propia educación. Según ella, puede ocurrir que el menor no emancipado, alcanzada una suficiente madurez de juicio, decida contratar su propia educación, quedando entonces su propio patrimonio vinculado, de modo análogo a lo que prescribe el art. 323 CC respecto al menor emancipado. Esta posibilidad nos parece remota —pues la circunstancia más normal es la falta de patrimonio de los menores—, pero no nos lo parece tanto la posibilidad que nosotros planteamos en este apartado: que el menor, alcanzada una cierta madurez de juicio decida escoger una educación distinta a la que sus padres quieran escoger para él.

Para esta autora, el poseer suficientes “condiciones de madurez” supone dar entrada al componente subjetivo y concreto en cuanto a la madurez de cada menor en relación al acto concreto que deba realizar. En cualquier caso —continúa— ambos conceptos actúan conjuntamente y pueden sintetizarse perfectamente en el criterio de la capacidad natural, sentir que, por otra parte, recoge la teoría sobre los “grandes adolescentes” o “grandes menores” de la jurisprudencia francesa e italiana.

Según ella, la edad mínima a partir de la cual podría plantearse la posibilidad de que el menor, si concurren las condiciones de madurez para ello, contratase su propia educación serían los doce años, ya que a ésta edad se requiere al menor para que consienta a la hora de tomar decisiones con trascendencia jurídica que le afecten a él personalmente. No obstante, hace la advertencia de que, aunque esas alusiones a la edad de doce años como determinante de cierta capacidad de obrar o ser oído en cuestiones personales o familiares que afecten directamente al menor hacen que tome esa edad como punto de referencia a la hora de reconocer, en ciertos

derecho de educación del menor puede chocar en ocasiones con la libertad de enseñanza de los padres, y que, en dicha colisión, el derecho de educación del menor que tiene la suficiente madurez de juicio ha de prevalecer. Y esta posibilidad habrá de ser tenida en cuenta a la hora de estudiar la naturaleza jurídica del complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad, pues si no, el derecho a la educación del menor —en cuanto derecho de libertad de elección de la educación y la formación— puede quedar ahogado por una estructura jurídica que tenga como objetivo prioritario proteger la libertad de enseñanza de los padres²⁵⁶.

En cuanto a la manera en que el menor podría hacer valer su derecho de elección en caso de desacuerdo con sus padres, hemos de recordar que la oposición de intereses entre los padres y el hijo no emancipado se resuelve en el art. 163 CC mediante el nombramiento de un defensor judicial²⁵⁷. No obstante, *de lege ferenda*, se podrían tener en cuenta principios de audiencia judicial y administrativa del menor tales como el recogido en el art. 11.6 de la Ley Catalana de Protección del menor, en el que se regula una modalidad singular del derecho de los menores a dirigirse a las Administraciones públicas encargadas de la protección y asistencia de menores. En dicha modalidad, el ejercicio de ese derecho se lleva a cabo sin conocimiento de los padres, tutores o guardadores, y tiene lugar por motivos de urgencia o situación de conflicto, y en la medida en que la comunicación con aquellas personas pudiese frustrar la finalidad pretendida. Esta norma es una importación del Derecho alemán. El parágrafo 8.3 SGB VIII KJHG permite a los menores recibir asesoramiento sin conocimiento de sus padres o guardadores en las situaciones que han sido luego

casos, “condiciones de madurez” o “suficiente juicio”, lo cierto es que se trataría de un tope mínimo a partir del cual había que averiguar, en cada caso, si la capacidad natural existe.

²⁵⁶ “La Ley Orgánica 1/1996 transpone muchos de los derechos recogidos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, algunos de los cuales pueden tener incidencia en el Centro escolar. En efecto, el derecho a la educación, el de la libertad religiosa con la elección de centro por el menor, el derecho a la imagen y a la intimidad, el derecho de asociación, etc., son cuestiones que pueden afectar a los alumnos, y, por extensión, al centro. En todo caso, estas cuestiones deben plantearse al Fiscal de Menores” (PANTOJA GARCÍA, F, “El fiscal como defensor del menor”, *Educadores*, nº 193-194, 2000, p. 124).

²⁵⁷ El vigente art. 163 del Código Civil fue introducido por la Disposición Final 18ª de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que introdujo también el vigente art. 300 del mismo Código, de acuerdo con el cual “el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo”.

transcritas por la ley catalana. La *ratio* del precepto es garantizar el derecho de reserva (*Schweigerecht*) de aquellas personas que cumplen funciones o ejercen profesiones en las que deban aconsejar a los menores; a tenor del mismo, los padres o guardadores no pueden enervar tal reserva con su derecho a ser informados de las cosas importantes que le pasan al menor, a fin de poder ejercer debidamente sus responsabilidades. El derecho se pretende operativo para situaciones de grave conflicto generacional, en las que falta la confianza para informar y dejarse aconsejar por los padres acerca de problemas personales del menor (embarazo, drogadicción, etc.) o de problemas que tienen su raíz precisamente en la mala relación familiar; casos, en suma, en que es aconsejable para el interés del menor que los padres o guardadores no tengan —al menos en un estadio inicial— conocimiento de los hechos²⁵⁸.

Antes de cerrar este apartado, hemos de plantarnos la siguiente cuestión: si un menor opta por un tipo de educación o por una formación distinta a la pretendida por sus padres, ¿seguirán estos obligados a contratar la educación de su hijo menor de edad, o, al ceder su derecho a decidir sobre la educación de su hijo, cede también su obligación de prestarle una formación integral?

Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que, al haber adquirido el menor la suficiente madurez de juicio para ejercitar su derecho de educación como derecho de libertad de elección del tipo de educación y de la formación que quiera recibir, desaparece el derecho de los padres a decidir en ese campo. Sin embargo, al cambiar el contenido del derecho a la educación como derecho de libertad —que ahora consiste en ser educado como el menor quiera— no cambia el contenido del derecho a

²⁵⁸ FERRER RIBÁ, J, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña”, *Derecho Privado y Constitución*, cit., p. 58. La cuestión fue debatida por el Tribunal Constitucional alemán (BverfGE 59, 360/384), a raíz de la información recibida y el asesoramiento prestado por un responsable educativo sin conocimiento de los padres del menor. El tribunal admitió la restricción del derecho de los padres a ser informados, entendiendo que no había mengua del precepto constitucional que les garantiza su primacía en la formación de sus hijos.

la educación como derecho de prestación, que sigue consistiendo, en primer lugar, en el derecho a que sus padres le proporcionen una formación integral.

A este respecto, hemos de señalar que algunos ordenamientos han dispuesto sistemas especiales de protección a favor de quien acaba de entrar en la mayoría de edad, orientados a solucionar las dificultades de inserción social con que puedan tropezarse. El dispositivo más extendido de esa modalización del régimen de la mayor edad está constituido para hacer frente al problema de quienes, habiéndola alcanzado, carecen de autonomía económica —viven con su familia y no tienen patrimonio propio— y de la formación profesional necesaria para conseguirla —están todavía realizando sus estudios—. Con dicha finalidad, es habitual, en los países de nuestro entorno, establecer a cargo de los padres, legal o jurisprudencialmente, una obligación de mantenimiento que se extiende hasta el final de los estudios, o de la formación profesional de que se trate. Nuestro Código Civil, en relación con ello, prevé expresamente que “los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable” (art. 142.2). Se puede hablar, entonces, de un mayor protegido, pero protegido en dependencia directa con su situación anterior de minoría, durante la que no ha podido —en virtud de la organización del sistema educativo— finalizar su formación, ni tampoco, por tanto, obtener autonomía económica²⁵⁹.

Si el mayor de edad tiene capacidad para decidir sobre su educación y su formación, y, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico prolonga el deber de los padres

²⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., pp. 1424-1425.

de subvenir a sus necesidades educativas, con más motivo habrá de entenderse que los padres están obligados a proporcionar a su hijo menor de edad la formación y la educación que desee recibir alcanzada una determinada madurez de juicio, aunque, lógicamente, dicha obligación esté limitada por las posibilidades económicas de los padres²⁶⁰.

Por otro lado, el art. 149 del Código Civil dispone que “el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”. En los casos del hijo mayor de edad que sigue conviviendo con sus padres, puede ser más normal que estos le entreguen una cantidad periódica con la que el hijo se encargue de contratar unos determinados servicios educativos. Sin embargo, no será esto lo normal en el caso del menor de edad, cuya educación seguirán contratando sus padres, aunque sea a instancias de la elección del hijo²⁶¹.

C.— EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO DE PRESTACIÓN FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS: ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO A UNA ENSEÑANZA BÁSICA GRATUITA

a.— El derecho a una enseñanza básica gratuita como “dimensión prestacional” del derecho fundamental a la educación

²⁶⁰ Art. 146 Código Civil.

²⁶¹ “En el Derecho alemán MORITZ, dentro de un replanteamiento general de las edades jurídicamente relevantes en ese ordenamiento, ha intentado la creación de una figura intermedia entre el menor y el mayor de edad, designada *Heranwachsende*, distinta de la de la mayoría de edad, de contenido flexible —ligado también, pero no sólo, a la prestación de alimentos a estudiantes—, que no está unida necesariamente a limitaciones en la capacidad (el término que emplea el autor es *Mündigkeit*, cuya frontera inferior se situaría en los 18 años, y la superior en los 27) —*Die zivil rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie*, Berlín, 1989— (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., p. 1427).

Como ya hemos dicho, el art. 27.4 de la Constitución establece que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Por lo tanto, en dicho artículo, además de un deber de escolarización en la etapa de enseñanza básica, se establece el derecho a que dicha enseñanza sea gratuita.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho de todos a la educación incorpora, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho, y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º del artículo 27 de nuestra norma fundamental²⁶². Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el nº 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su nº 9, de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca²⁶³.

Nuestro texto constitucional, siguiendo sin duda una tradición doctrinal muy arraigada, trata el derecho a la educación como derecho humano fundamental, mientras que considera el derecho a enseñar como una libertad pública. Como ya vimos, hay, en esta diferencia terminológica, una referencia implícita a que el derecho a la educación entraña, no solamente las facultades propias de una libertad de hacer o no hacer o de cómo hacer —con el consiguiente poder jurídicamente protegido de excluir toda clase de inmisiones e interferencias restrictivas, *erga omnes*—, sino también un poder de

²⁶² STC 86/1985, de 10 de julio (Az. RTC 1985/86), FJ 3º.

²⁶³ Art. 27.5: “Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”. Art. 27.9: “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”.

exigir a otros unas prestaciones positivas dirigidas a producir el resultado de la instrucción educativa²⁶⁴.

De esta manera, nuestra norma fundamental une, al contenido de derecho de libertad propio del derecho fundamental a la educación —del que nos hemos ocupado en los apartados anteriores—, un contenido prestacional cuya estructura jurídica nos encargamos de concretar a continuación.

b.— Estructura jurídica del derecho a una enseñanza básica gratuita

a'.— Titularidad activa

Como es lógico, el derecho fundamental a la educación no cambia de sujeto en su dimensión prestacional. Cada educando entre los seis y los dieciséis años es el titular activo del derecho a recibir gratuitamente la enseñanza básica que corresponda.

Sin embargo, como ya dijimos, el art. 27.4 de la CE, al señalar que la enseñanza básica es obligatoria, establece el deber de los padres de escolarizar a sus hijos en ese periodo, como un medio para garantizar el derecho de los hijos a recibir una educación integral, y, al mismo tiempo, como un medio para hacer posible que los padres cumplan el deber de proporcionar a sus hijos dicha formación.

Por ello, si la escolarización obligatoria de los hijos en el periodo de la educación básica actúa como límite al derecho de los padres a determinar la educación de sus hijos, pensamos que lo más correcto es mantener que, al ser los padres los

²⁶⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española”, cit., p. 235.

obligados a proporcionar a sus hijos una formación integral —y no de cualquier manera, sino escolarizándolos entre los seis y los dieciséis años—, son ellos los verdaderos sujetos del derecho a contratar gratuitamente, si así lo desean, la educación de sus hijos.

Del mismo modo que manteníamos que el derecho de cada educando a educarse como quiera se traduce en un derecho ser educado conforme a las determinaciones de sus padres —y, al mismo tiempo, en un derecho de los padres a determinar, con los límites indicados, la educación de sus hijos—, sostenemos ahora que el derecho de cada educando a recibir gratuitamente la enseñanza básica se traduce, mientras sean los padres quienes contraten dicha educación, en un derecho de estos a no tener que hacer ningún desembolso económico a cambio de los servicios educativos que se presten a sus hijos.

La dimensión prestacional básica del derecho a la educación de cada persona tiene, como ya vimos, carácter eminentemente privado: es un derecho de cada hijo frente a sus padres en virtud de la relación que les une y de la obligatoriedad establecida en los arts. 39.3 de la CE y 154 del Código Civil, así como en todas las normas de Derecho Internacional que se ocupan de la materia. Sin embargo, la modalización que de esa prestación se hace al obligar a los padres a proporcionar a sus hijos una formación integral, conlleva el derecho de los padres a ser ayudados —recibiendo gratuitamente la ayuda necesaria para completar una formación integral de sus hijos— en el cumplimiento de una prestación que, de otro modo, sería irrealizable en muchos casos.

De este modo, si no se permitiese —de cualquier manera— el ejercicio por parte de los padres de su derecho a ser ayudados en su tarea de formar integralmente a sus hijos, se estaría vulnerando al mismo tiempo del derecho de los hijos a recibir una formación integral de sus padres, y, en definitiva, se estaría vulnerando la dimensión prestacional del derecho a la educación de cada persona.

Cuestión distinta es la de aquellos casos en los que sea el propio menor —con suficiente madurez de juicio y con capacidad de obrar suficiente— el que contrate su educación, pues entonces, no sólo tendrá derecho a determinar él la educación que quiere recibir, sino también a recibir gratuitamente los servicios propios de la educación básica.

En ocasiones se ha querido entender que el derecho a una educación básica gratuita es un derecho del hijo ejercido por los padres, los cuales actuarían como representantes de su hijo en la contratar los servicios educativos que se hayan de prestar gratuitamente. Así, en la STC 260/1994, de 3 de octubre²⁶⁵, el Magistrado don José Gimeno Sendra emitió un voto particular en el que afirmaba, entre otras cosas, que el derecho del art. 27.1 es de titularidad de los niños —a los que, obligatoriamente, se debe garantizar la escolarización—, pese a que, en circunstancias normales lo ejerzan los padres.

Sin embargo, dar esa estructura jurídica al ejercicio del derecho a una educación básica gratuita significaría disociar las dimensiones de libertad y prestacional de dicho derecho. Si, cuando unos padres, al contratar una modalidad de servicios educativos —

²⁶⁵ Az. RTC 1994/260.

determinando así la educación de su hijo—, no le representan en esa elección, sino que hacen una elección personal, ejerciendo su derecho a determinar su educación —y satisfaciendo al mismo tiempo su derecho a ser educado, con ciertos límites, conforme a su elección—, sería incongruente —y supondría una quiebra en la estructura jurídica de los derechos educativos—, entender que sí representan al hijo en la dimensión patrimonial de dicha contratación, precisamente donde es más patente que son ellos quienes contratan los servicios para cumplir su obligación de proporcionarme una formación integral.

Además, defender que la actuación de los padres al contratar servicios educativos para sus hijos se inserta en el ámbito propio de la representación legal que ostentan en virtud de la patria potestad equivaldría a dejar sin cobertura jurídica propia los derechos e intereses de los padres en el proceso educativo de sus hijos. Como veremos, como consecuencia del contrato de educación los padres ocupan una posición específica, distinta de la del menor, en la vida del contrato, con unos deberes y unos derechos que gozan de autonomía respecto a los derechos y deberes que, en virtud del mismo contrato, nacen a favor de sus hijos²⁶⁶.

Dejamos esto apuntado con intención de volver sobre el asunto en un momento posterior de nuestro estudio²⁶⁷.

²⁶⁶ De hecho, es normal que, al estudiar los efectos personales de la patria potestad, y, concretamente, al tratar las funciones típicas de la patria potestad, se traten en epígrafes distintos la funciones guarda y dirección —alimentación, convivencia, educación— y la función de representación de los hijos (*cf.* CASTÁN VAZQUEZ, J.M., *La patria potestad*, EDERSA, Madrid, 1960).

²⁶⁷ *Vid. inf.* apdo. IV. 2. B.

b'.— Titularidad pasiva

El derecho a una educación básica gratuita consiste en un poder exigir una prestación, legalmente determinada en cuanto al objeto, aunque inicialmente indeterminada en cuanto al sujeto obligado, que sólo subsidiaria y supletoriamente puede identificarse con los poderes públicos. Esta inicial indeterminación del sujeto obligado debe convertirse, a nivel legislativo, en determinabilidad, por referencia a criterios supletorios de tipo geográfico —territorial— o de otra índole, que permitan fijar en cada caso el sujeto obligado a otorgar en debida forma aquella prestación²⁶⁸.

Históricamente se defendió por parte de algunos autores que, dentro del sistema educativo español, el derecho a una educación básica gratuita sólo se podría ejercer en los centros de enseñanza públicos²⁶⁹.

Hoy día, a través del sistema de conciertos, la realidad es que existe la posibilidad de ejercer ese derecho tanto en los centros públicos como en los concertados²⁷⁰.

²⁶⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española”, cit., p. 242.

²⁶⁹ COLMEIRO, M, *Derecho Administrativo español*, I, Madrid, 1876, p. 487.

²⁷⁰ Del equilibrio Estado docente-libertad de enseñanza, trazado en el art. 27.1 de la Constitución, parece desprenderse que la garantía asumida por los poderes públicos de satisfacer el derecho a la educación no se hace efectiva, desde un punto de vista constitucional, tan sólo mediante la creación de centros públicos —como queda claro en el art. 27.5 CE—, sino también a través de los centros privados ya existentes (...) La potestad que tiene el Estado de hacer cumplir la obligación de la enseñanza básica no significa la ruptura del equilibrio Estado docente-libertad de enseñanza, a favor de aquél, sino que, una vez más, los poderes públicos actuarán —para hacer efectivo el art. 27.4— a través de los centros públicos y de los centros privados existentes que impartan la enseñanza que nuestro Derecho interno considere en cada circunstancia como básica. Ello nos invita a considerar que el Estado está obligado a financiar a los centros privados que den satisfacción a la demanda educativa básica (BARNES VÁZQUEZ, J, “La educación en la Constitución de 1978: una reflexión conciliadora”, cit., pp. 40 y 45).

Sin embargo, el hecho de que el sistema actual no permita el ejercicio del derecho a una educación básica gratuita en los centros docentes privados sin concierto no significa que no se pueda dar esa opción en futuros sistemas de elección y financiación de centros docentes.

Como dice CÁMARA VILLAR, la Constitución española de 1978 renuncia a constitucionalizar un modelo determinado de educación de entre los que históricamente han sido propuestos, actitud en la que advierte también una renuncia a concretar en una dirección determinada los contenidos y la forma de organización de la educación institucionalizada. El resultado —concluye— así conseguido es jurídicamente impecable: quedan teóricamente abiertas al máximo las posibilidades del pluralismo²⁷¹.

También la Comisión de la entonces CEE, en su preceptivo informe al TEDH en el *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*, afirmó que el derecho de todos a la instrucción es un derecho cuya extensión no está definida ni precisada en el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (4.XI.1950)²⁷², y cuyo contenido varía “en el tiempo y en el espacio en función de las circunstancias económicas y sociales”²⁷³.

Sin analizar la conveniencia de estas medidas —pues no entra en el ámbito de nuestro estudio—, queremos señalar que en diversos países se han adoptado ya sistemas de financiación educativa que permiten el ejercicio del derecho a una educación básica gratuita en centros privados, mediante el sistema de cheque escolar o modelos

²⁷¹ CÁMARA VILLAR, G, “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, cit., p. 2179.

²⁷² Ratificado por España el 3.IX.1953 (BOE 10.X.1979).

²⁷³ Sentencia del TEDH de 23.VII.1968, Series A, nº 6, pfo. 1.

asimilados²⁷⁴. No podemos dejar de apuntar explícitamente este dato, pues supone que, dentro de esos sistemas, todos los centros de enseñanza son sujetos pasivos del derecho de todo educando a recibir gratuitamente la enseñanza básica, lo que supone que, en ciertos casos de cumplimiento defectuoso de sus prestaciones educativas, se pueda entender vulnerado dicho derecho fundamental.

c'.— Contenido

El contenido concreto de este derecho consiste en que todo español tiene derecho a estar escolarizado en algún centro que imparta legítimamente el nivel básico de la enseñanza, entre los 6 y los 16 años de edad, lo cual debe ser asegurado por los poderes públicos competentes por medio de una legislación conveniente y de las medidas administrativas necesarias²⁷⁵.

Ahora bien, como dice FERNÁNDEZ-MIRANDA²⁷⁶, el que en principio el contenido de la gratuidad se circunscriba a la enseñanza en sentido estricto no quiere decir que el coste de otros servicios instrumentalmente imprescindibles resulte jurídicamente irrelevante, no sólo para exonerar de la obligación recogida en el art. 27.4 CE, cuando resulten de muy difícil o imposible satisfacción, sino también para fundamentar una prestación subjetiva en determinadas circunstancias. Así, la asignación de una plaza geográficamente alejada por inexistencia de un centro docente más próximo puede llegar, en circunstancias concretas, a fundamentar la exigibilidad

²⁷⁴ Durante la década de los 90, las distintas modalidades de este sistema fueron implantados en diversos segmentos educativos de unos veinte países de todo el mundo. Algunos de los más representativos: Dinamarca, Colombia, Chile, Estados Unidos (Milwaukee, Cleveland), Japón, Holanda, Australia, Suecia, Reino Unido, Hungría (PATRINOS, H, “Market Forces in Education”, *European Journal of Education*, nº 35-1, 2000, pp. 61-80).

²⁷⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española”, cit., p. 242.

²⁷⁶ *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 49.

constitucional de la gratuidad del transporte, so pena de vaciar radicalmente de contenido esencial —al hacer imposible su ejercicio real, el derecho constitucionalizado—.

Otra cuestión importante —especialmente relevante en materia de responsabilidad de centros docentes por prestación defectuosa de servicios educativos— es la de si se puede entender satisfecho el derecho a la educación básica gratuita con la mera asignación de una plaza, o si, por el contrario, se habrá de prestar al alumno un determinado nivel de calidad en la prestación de los servicios docentes.

Esta cuestión fue uno de los fundamentos de derecho más utilizados en las primeras demandas presentadas en Estados Unidos contra centros docentes por prestación defectuosa de sus servicios educativos (*educational malpractice*)²⁷⁷.

En la Constitución federal norteamericana no hay un reconocimiento expreso del derecho a la educación. Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano es contraria a la opinión de que dicho derecho esté reconocido implícitamente en el texto constitucional²⁷⁸. Por ello, las demandas reclamando responsabilidad a centros docentes por prestación defectuosa de sus servicios educativos basadas en la violación de un derecho constitucional implícito a la educación —con un nivel mínimo de calidad— han sido rechazadas sistemáticamente.

²⁷⁷ Vid., entre otros, *Kadrmas v. Dickinson Public Schools* —487 U.S. 450, (1988)—, y *Papasan v. Allain* —478 U.S. 265 (1986)—.

²⁷⁸ La sentencia en la que la Corte Suprema sentó esta doctrina de modo más contundente fue la que puso fin al caso *San Antonio Independent School v. Rodríguez* —411 U.S. 1 (1973)—.

Sin embargo, todas las constituciones estatales norteamericanas contienen alguna previsión respecto a la educación. Y ello ha permitido que, aunque los tribunales —en la mayoría de los estados— no se han mostrado receptivos cuando, en acciones de *educational malpractice*, los demandantes han invocado como contenido del derecho a la educación la exigencia de unos niveles mínimos de calidad, se hayan dado algunas excepciones.

Así, en el caso *Mc Duffy v. Secretary of the Executive Office of Education*, la Corte Suprema de Massachusetts estableció que las previsiones relativas al derecho a la educación contenidas en la Constitución de dicho estado no son una mera aspiración, sino que, por el contrario, imponen implícitamente un deber positivo de prestación que requiere que las instituciones educativas estatales impartan a los estudiantes una educación “adecuada”²⁷⁹.

En cuanto a la Constitución española, dice FERNÁNDEZ-MIRANDA que resultaría inadmisibles entender que el derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 tiene una mera dimensión formal, de suerte que se agotaría con el simple ingreso y permanencia en un centro educativo, sin referencia alguna al contenido material de la prestación, y concluye que, atendiendo a situaciones reales y concretas, podría llegar a determinarse una violación constitucional deducida de los contenidos mínimos de calidad y eficiencia enjuiciados desde las posibilidades reales del servicio público²⁸⁰.

²⁷⁹ 615 N.E.2d 516 (Mass.1993). Las reclamaciones fundadas en las constituciones estatales han sido fundamentalmente de dos clases: por un lado, las dirigidas a impugnar el modelo de fundación de centros docentes utilizado por las autoridades educativas de un determinado estado, y, por otro lado, las dirigidas contra las deficiencias en la labor educativa de un colegio concreto. Las primeras han prosperado en algunas ocasiones; no así las segundas.

²⁸⁰ *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, cit., p. 43.

Por otro lado, en aquellos países donde el sistema educativo adopta medios de financiación educativa que permiten el ejercicio del derecho a una educación básica gratuita en centros privados —donde, como hemos señalado, todos los centros de enseñanza son sujetos pasivos del derecho de todo educando a recibir gratuitamente la enseñanza básica—, en casos de cumplimiento defectuoso de prestaciones educativas por parte de centros privados también se estaría vulnerando dicho derecho fundamental.

Si no se entendiese así, se tendría que concluir que un centro público podría vulnerar el derecho a la educación —en su dimensión prestacional— al prestar sus servicios educativos con una calidad inferior a la prometida —en la correspondiente carta de servicio de la Comunidad Autónoma, por ejemplo—, mientras que un centro privado, al que se pudiese acceder con cheque escolar o sistemas similares, no vulneraría el derecho a la educación de sus alumnos cuando prestase sus servicios con un nivel de calidad inferior al descrito en su oferta contractual.

Con el agravante de que, en esos sistemas —tanto si quien incumple es un colegio público, como si es un colegio privado— pensamos que se estaría vulnerando el derecho a la educación en sus dos dimensiones: la prestacional, tal y como hemos dicho, y la dimensión de libertad, pues, con la prestación defectuosa —y dependiendo de en que campo se produjese—, pensamos que se estaría vulnerando el derecho de los padres a elegir, bien la formación religiosa o filosófica, bien el sistema pedagógico, que se hayan de seguir en la educación de sus hijos²⁸¹.

²⁸¹ Como dice EMBID IRUJO, la afirmación del derecho a cursar la enseñanza que en cada momento sea considerada básica por la legislación ordinaria en nuestra Constitución deja en el aire, sin embargo, problemas básicos de cuya resolución puede depender su posibilidad de ejercicio. Así, por ejemplo, la ubicación física de los centros escolares en los lugares rurales, de hábitat disperso o, incluso, en las grandes ciudades, puede definir el futuro educativo de los presuntos escolares. Es obvio que nunca puede ser contenido del derecho a la educación la

pretensión de erección de escuelas aun en los últimos caseríos del país y que, por tanto, no habría recurso judicial o de amparo que pudiera obligar a la Administración a una actividad de este tipo. Sin embargo, como la doctrina alemana —desde KAUFFMANN y SMEND— ha afirmado, los derechos fundamentales son además derechos subjetivos, informadores del completo orden político, fijadores e irradiadores de unos determinados valores queridos por el constituyente. Quiere ello decir que, con base en el derecho a la educación, se podrían controlar perfectamente medidas administrativas o la misma inactividad material de la Administración que violentaran en el fondo el derecho a cursar esta enseñanza básica (EMBID IRUJO, A, “El contenido del derecho a la educación”, cit., p. 658).

IV.— EL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO PADRES-CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

1.— LAS TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD. A.— DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y BÉLGICA. LOS PADRES COMO REPRESENTANTES DEL ALUMNO MENOR DE EDAD EN LA CONTRATACIÓN EDUCATIVA. a.— Estados Unidos: la excepción del caso Paladino. *a'.*— *La doctrina de la “academic abstention”.* *b'.*— *Teorías acerca de la naturaleza jurídica del complejo relacional educativo.* b.— Bélgica y Holanda: la confusión acerca de la posición del alumno menor de edad en la contratación educativa. B.— EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

2.— EL CONTRATO DE EDUCACIÓN COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. A.— NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN ESTIPULANTE (PADRES)-PROMITENTE (CENTRO DOCENTE). a.— El contrato como marco de la estipulación a favor de tercero. b.— El contrato de servicios educativos como marco de la estipulación educativa a favor del menor. c.— La naturaleza contractual del complejo relacional padres—centro docente de titularidad pública—alumno menor de edad. *a'.*— *La prestación de servicios educativos en centros docentes de titularidad pública.* *b'.*— *La ausencia de ejercicio de potestad en el “desarrollo concreto de la actividad docente”.* B.— FORMACIÓN DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO. a.— Nacimiento de la relación padres-centro docente. b.— Nacimiento de la relación centro docente-alumno menor de edad. *a'.*— *No intervención del menor en el contrato.* *b'.*— *Aceptación del beneficiario: la declaración de voluntad del menor educando.* C.— DERECHOS, DEBERES Y CARGAS DEL MENOR EDUCANDO Y DE SUS PADRES. a.— Derechos y cargas del alumno menor de edad. *a'.*— *El derecho de menor educando a recibir la prestación educativa conforme a la legislación educativa vigente y a lo pactado por sus padres con el centro docente.* *b'.*— *La carga del menor educando de colaborar en el cumplimiento de la prestación educativa.* b.— Derechos, deberes y cargas de los padres. *a'.*— *El derecho a que los servicios educativos se presten conforme a lo pactado en el contrato de educación. El derecho de información de los padres.* *b'.*— *El deber de pagar y la carga de cooperar al concurso del hijo menor en la recepción de la prestación educativa.* D.— LA “YUXTAPOSICIÓN DE ACCIONES” EN CASOS DE RESPONSABILIDAD DE CENTROS DOCENTES Y PROFESORADO POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE SERVICIOS EDUCATIVOS. a.— Las acciones del menor educando. *a'.*— *Acción propia del menor.* *b'.*— *El carácter contractual de la acción del menor.* b.— Acción de los padres. La posible yuxtaposición de acciones. c.— Incumplimiento del centro docente y vulneración simultánea del derecho a la educación del menor educando y de la libertad de enseñanza de los padres.

1.— LAS TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN CENTRO DOCENTE-ALUMNO MENOR DE EDAD

Una vez finalizado el tratamiento jurídico privado de los derechos fundamentales presentes en la contratación educativa, estamos en condiciones de elaborar pausadamente el soporte doctrinal necesario para tratar de mostrar que el contrato de educación es un contrato del titular de la patria potestad a favor del menor educando. La cuestión, reiteramos, no es meramente teórica, pues sólo teniendo en cuenta esta característica del contrato de educación es posible una adecuada articulación de los derechos educativos fundamentales de todas y cada uno de los sujetos que se relacionan por medio de dicho contrato: padres, centro docente-profesionales de la educación y alumnos.

Afirma RAMS ALBESA que, en el contrato a favor de tercero: a) no estamos ante un tipo contractual específico; b) la relación entre promitente y tercero puede estar regida por cualquier disciplina contractual interna —el promitente se obliga a donar, o a prestar, o a vender algo al tercero—; c) se nos presenta la estipulación a favor de tercero como marco de un sistema de relaciones obligacionales caracterizado porque tanto el estipulante como el beneficiario son acreedores de una prestación que se pacta por uno y puede aceptarse y recibirse por el otro²⁸².

Por ello, vemos conveniente, antes de estudiar la caracterización del contrato de educación como contrato a favor de tercero, analizar otras teorías que se han elaborado acerca de la configuración jurídica del haz de relaciones que nace del acuerdo entre los

²⁸² RAMS ALBESA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp. 551-552.

padres del educando y el centro educativo, con el objeto de alcanzar una comprensión más exacta del sistema de relaciones obligacionales que se encuentra insita en el seno del contrato de educación.

A.— DERECHO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y BÉLGICA. LOS PADRES COMO REPRESENTANTES DEL ALUMNO MENOR DE EDAD EN LA CONTRATACIÓN EDUCATIVA

a.— Estados Unidos: la excepción del Caso Paladino

a'.— La doctrina de la “academic abstention”

En Estados Unidos es donde se ha producido el mayor número de reclamaciones de responsabilidad frente a centros docentes por prestación defectuosa de servicios educativos.

La reacción inicial de la doctrina respecto a esta clase de reclamaciones fue muy favorable. No sólo porque los autores se mostraban en general de acuerdo sobre la posibilidad de conceder una acción de *educational malpractice* a esta clase de demandantes —cuando el incumplimiento del centro docente apareciese suficientemente probado—, sino también porque algunos expertos en educación consideraron que la admisión por parte de los tribunales de esta clase de pretensiones redundaría en beneficio del sistema educativo norteamericano, pues obligaría a introducir reformas a aquellos centros educativos que ordinariamente incurriesen en

irregularidades, las cuales, en muchas ocasiones, se presentaban como causa remota de la prestación defectuosa de servicios educativos²⁸³.

Según esos autores, la amenaza de esta clase de reclamaciones de responsabilidad serviría como elemento disuasorio para los colegios²⁸⁴. Por un lado, los colegios privados serían más cuidadosos a la hora de ofertar contenidos específicos de su prestación educativa que luego no coincidiesen con la realidad. Por otro lado, los colegios públicos serían más cuidadosos en el cumplimiento de las leyes de educación establecidas por el Estado correspondiente²⁸⁵.

Sin embargo, la reacción fue muy diferente en los tribunales norteamericanos. Aunque los razonamientos jurídicos que han llevado a los jueces a rechazar esta clase de reclamaciones son muy variados, en todos ellos subyace una doctrina jurisprudencial común, que se ha venido denominando “doctrina de la abstención académica” (*academic abstention*)²⁸⁶.

Originariamente, la mayoría de las instituciones educativas norteamericanas eran propiedad de algunas de las confesiones religiosas presentes en el país. Se consideraba que los tribunales, como entidades gubernamentales, no debían interferir de ningún

²⁸³ Contratación de profesores o psicólogos no suficientemente preparados; uso ineficiente de sus recursos; incumplimiento de las directrices estatales en materia educativa; no adopción de ninguno de los métodos existentes para detectar si un alumno tiene o no las habilidades suficientes para comenzar la siguiente etapa educativa, etc. (SANDOW, S, “Educational Malpractice”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº 124, 1976, p. 755).

²⁸⁴ DAVIS, T, “An Absence of Good Faith: Defining a University’s Educational Obligation to Student-Athletes”, *Houston Law Review*, nº 28, 1991, p. 785.

²⁸⁵ SUGARMAN llega a decir que cuando se adopta una perspectiva del estudiante como consumidor de educación, los tribunales deben esperarse que los consumidores de educación reclamen sus derechos del mismo modo que lo hacen el resto de los consumidores (“Accountability through the Courts”, *Sch Review*, nº 82, 1974, p. 236).

²⁸⁶ NORDIN, “The Contract to Educate: Toward a More Workable Theory of the Student-University Relationship”, *J.C. & U.L.*, nº 8, 1982, p. 145.

modo en los asuntos de las distintas confesiones religiosas. En consecuencia, los tribunales se negaron a admitir acciones legales en contra de las instituciones educativas propiedad de cualquiera de las confesiones. Esa fue la justificación inicial para la doctrina de la *academic abstention*.

Aunque esta justificación para abstenerse de conocer en esa clase de casos devino menos relevante con la proliferación de instituciones educativas públicas, o privadas no dependientes de ninguna confesión religiosa²⁸⁷, los tribunales han conseguido los mismos resultados que habían conseguido con la doctrina de la *academic abstention*, alegando otra serie de razones de política pública (*public policy reasons*) por las que se veía inconveniente la injerencia judicial en asuntos de enseñanza y educación, con la excepción de los casos de custodia negligente.

Así, en muchos casos, los tribunales han entendido que, si se acogiesen esta clase de reclamaciones, los órganos jurisdiccionales se verían obligados a enjuiciar la calidad de políticas educativas amplias, así como su ejecución por parte de los centros educativos, labor para la cual no están preparados dichos órganos²⁸⁸.

Este razonamiento ha sido criticado por la doctrina norteamericana, subrayando que los tribunales ya se ocupan habitualmente de enjuiciar otros aspectos de la administración educativa, relativos a financiación de centros docentes, diseño de curricula, etc²⁸⁹.

²⁸⁷ NORDIN, "The Contract to Educate: Toward a More Workable Theory of the University-Student Relationship", cit., pp. 146-149.

²⁸⁸ *Torres v. Little Flower Children*, 474 N.E.2d 223 (N.Y. 1984), p. 225; *Donohue v. Copiague Union Free School District*, cit., p. 1354.

²⁸⁹ COLLINGSWORTH, T, "Applying Negligence Doctrine to the Teaching Profession", *J.L. & Educ.*, n° 11, 1982, pp. 492-493.

En otras decisiones, los tribunales norteamericanos han declarado que no deben permitir esa clase de acciones contra instituciones educativas —especialmente si son de carácter público— porque ello podría suponer una carga económica demasiado fuerte para dichos centros, y podría desestabilizar el sistema de financiación de los mismos²⁹⁰.

Además, y siempre de acuerdo con las resoluciones judiciales, la aceptación de esa clase de reclamaciones provocaría una avalancha de demandas. La doctrina se apresuró a criticar este último argumento judicial, por cuanto es doctrina jurisprudencial consolidada en los sistemas de *Common Law* que el temor a un incremento en las demandas no puede servir de base para rechazar una reclamación de daños que no tiene ningún otro inconveniente legal en su planteamiento²⁹¹.

También han entendido los jueces norteamericanos que la indemnización económica no es la forma de resarcimiento adecuado para el que ha sufrido un daño como consecuencia de la prestación defectuosa de servicios educativos. Sin embargo, como ha señalado algún autor, aunque es cierto que con una suma de dinero no se puede indemnizar la falta de habilidades académicas básicas que se esperaban obtener con la asistencia a un centro docente, con ella se puede hacer frente a los gastos suplementarios de educación que se hayan de realizar, y se indemniza el daño moral que —como veremos— puede suponer la recepción de una enseñanza defectuosa²⁹².

²⁹⁰ *Donohue v. Copiaghe Union Free School District*, cit., p. 1353.

²⁹¹ *State Rubbish Collectors Ass'n v. Siliznoff*, 240 P.2d 282 (Cal. 1952), p. 286. ELSON, J, "A Common Law Remedy for the Educational Harms Caused by Incompetent or Careless Teaching", *Northwestern University Law Review*, nº 73, 1978, p. 652.

²⁹² *Vid. inf.* IV. 2. D. c.

b'.— Teorías acerca de la naturaleza jurídica del complejo relacional educativo. La fundamentación jurídica de las acciones de “educational malpractice”

Los fundamentos jurídicos que los demandantes han empleado en esta clase de reclamaciones han sido muy variados. El motivo principal de esa variedad ha sido la mencionada reticencia de los tribunales norteamericanos a conceder acción al demandante en estos casos. Después de intentar —sin éxito— sustentar la existencia de una acción de responsabilidad extracontractual a su favor en estos casos (*tort*), los demandantes han basculado hacia fundamentos jurídicos de carácter constitucional primero, y de carácter contractual después.

Esta profusión de intentos de fundamentar las reclamaciones de *educational malpractice* ha provocado, paralelamente, un desarrollo notorio de los intentos de definir la configuración jurídica del haz de relaciones que nace del acuerdo entre los padres del educando y el centro docente.

Para dar mayor claridad a la exposición de cómo se han planteado las demandas según el fundamento elegido para reclamar tomaremos como referente el caso *Peter W. v. San Francisco Unified School District*, ya que en dicho caso, el demandante utilizó nueve fundamentos jurídicos en los que prácticamente se contenía ya el germen de todas los razonamientos utilizados en reclamaciones posteriores. Tomando como base los argumentos utilizados en este caso haremos referencia a las variaciones o matices que de esos argumentos se hicieron en casos similares.

Si bien, en lo que a nuestro trabajo concierne, goza de mayor interés el estudio de las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el centro

docente y el alumno menor de edad, queremos detenernos previamente en el estudio de las reclamaciones de responsabilidad educativa que han utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual. Y ello porque, como hemos indicado, la reflexión acerca de la naturaleza jurídica de la relación docente ha estado precedida en Estados Unidos por el fracaso casi generalizado de las reclamaciones que han pretendido la existencia de una acción de responsabilidad extracontractual a favor del demandante en este tipo de casos.

La vía extracontractual ha sido la más utilizada en esta clase de reclamaciones, en gran medida porque los autores de la doctrina jurídica norteamericana, al ocuparse de esta materia, recomendaron desde un principio seguir esta vía para exigir responsabilidad a un centro docente, por entender que existe un *duty of care* de los centros docentes de prestar los servicios docentes con unas determinadas condiciones²⁹³.

Como es bien sabido, en los sistemas de *Common Law*, el demandante que pretende el reconocimiento de la existencia a su favor de una acción de responsabilidad extracontractual por negligencia (*tort of negligence*), ha de probar los siguientes presupuestos: en primer lugar, la previa existencia de un *duty of care*, es decir, de un

²⁹³ Para COLLINGSWORTH (“Applying Negligence Doctrine to the Teaching Profession”, *Journal of Law and Education*, nº 11, 1982, p. 479), los principios generales de la responsabilidad extracontractual por negligencia son fácilmente aplicables en las acciones de responsabilidad educativa, y no se hace necesario introducir elementos nuevos para fundamentar la responsabilidad en estos casos, por lo que la admisión de esta clase de acciones no supondría una novedad respecto a otras acciones de responsabilidad profesional. Para PARKER (“Educational Malpractice: A Tort is Born”, *Cleveland State Law Review*, nº 39, 1991, p. 301), aunque sea difícil, es posible probar la relación de causalidad entre la actuación del centro docente y el daño provocado al alumno, y esa dificultad no puede suponer un límite a la hora de aceptar inicialmente esta clase de acciones. KLEIN (“Educational Malpractice: Can the Judiciary Remedy the Growing Problem of Functional Illiteracy”, *Suffolk University Law Review*, nº 13, 1979, p.27) entiende que los *minimum competency standars* pueden ser utilizados para establecer un *duty of care* en las acciones de *educational malpractice*. En contra de esta opinión generalizada se muestra D’AQUILA (“Educational Malpractice: A Tort in Ventre”, *Cleveland State Law Review*, nº 39, 1991, p. 323), quien entiende que las acciones de responsabilidad profesional son inapropiadas en el campo de la educación, en parte porque los educadores —dice— no son profesionales.

deber preexistente por parte del demandado de conducirse con prudencia y un cierto cuidado respecto del demandante; en segundo lugar, el quebrantamiento de ese previo *duty of care*, sin ánimo doloso, ni intención, es decir, de forma negligente y descuidada (*negligence*); y, en tercer lugar, la producción de un daño como consecuencia de ello al demandante²⁹⁴. Este sistema de imputación, en el que la acción reparatoria viene ceñida a daños referentes a materias o intereses concretos, en algún sentido tipificados o de alguna forma atendidos explícitamente en una norma, es también el que acogieron los redactores del BGB. Frente a este modelo de imputación de la responsabilidad está el modelo del Código Civil francés y de los demás códigos de la misma inspiración — entre los cuales se encuentra el nuestro—, modelo inspirado en la atipicidad de una cláusula general según la cual, en principio, todo daño injusto es resarcible²⁹⁵.

Pues bien, la sentencia del caso *Peter W. v. San Francisco Unified School District* fue originada por una demanda presentada en California en 1972. Nunca hasta este momento se había planteado una acción de responsabilidad por negligencia en la enseñanza, por lo que el demandante trató de demostrar la presencia de todos los presupuestos necesarios para que el tribunal se plantease la posibilidad de crear un nuevo *tort*.

En cuanto al *duty of care*, el demandante alegó que asumir la función de instruir a un estudiante impone a un colegio el deber de observar la diligencia razonablemente exigible en el cumplimiento de esa función; el mero hecho de asumir esa función genera ese *deber de diligencia*²⁹⁶. Sin embargo, el tribunal entendió que ese deber de diligencia consiste únicamente en el ejercicio del razonable cuidado en el cumplimiento del deber de velar por la integridad física de los alumnos, y, aunque existe un deber de los centros docentes de instruir a sus alumnos, no se puede exigir un grado de diligencia

²⁹⁴ LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, cit., p. 99.

²⁹⁵ LÓPEZ JACOISTE, J.J., *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 92 y 93.

²⁹⁶ *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., pág. 857.

determinada en el cumplimiento de ese deber²⁹⁷. Además, de acuerdo con el tribunal, la inexistencia de ese deber de diligencia hace inviable el posible reconocimiento de una nueva acción —de *educational malpractice*— en este tipo de casos²⁹⁸.

De este modo, tanto en este caso, como en los posteriores, el principal problema de las reclamaciones de responsabilidad educativa que han pretendido seguir esta vía ha sido que los tribunales sistemáticamente se han negado a reconocer que las instituciones educativas tienen respecto a sus alumnos el deber de ejercitar un determinado grado de diligencia en el cumplimiento de su función de instrucción o educación²⁹⁹.

Por ello, los tribunales se han negado —casi sin excepción— a reconocer la existencia de una acción de negligencia en contra de un colegio o de un profesor por instrucción inadecuada³⁰⁰.

Sí que se ha aceptado alguna reclamación cuando se ha utilizado la vía del *intentional tort*³⁰¹. Tal fue el caso en *Hunter v. Board of Education*, en el que el tribunal

²⁹⁷ “Of course, no reasonable observer would be heard to say that these facts did not impose upon defendants a duty of care within any common meaning of the term; given the commanding importance of public education in society, we state a truism in remarking that the public authorities who are duty-bound to educate are also bound to do it with care. But the truism does not answer the present inquiry, in which duty of care is not a term of common parlance; it is instead a legalistic concept of duty which will sustain liability for negligence in its breach, and it must be analyzed in that light” (*Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., pág. 858).

²⁹⁸ *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., pág. 860.

²⁹⁹ *Vid.*, entre otros, *Loughman v. Flanders*, 470 F. Supp. 110 (D. Conn. 1979); *D.S.W. v. Fairbanks N. Star Borough School District*, 628 P. 2d. 554 (Alaska, 1981); *Helm v. Professional Children’s School*, 431 N.Y.S.2d 246 (Sup. Ct. 1980).

³⁰⁰ Sí han tenido más éxito las reclamaciones en los casos de encuadramiento erróneo —sobre todo en el ámbito de la educación especial—. Así, de los diecisiete casos analizados en profundidad por ZIRKEL y GLUCKMAN (“Educational Malpractice”, *NASSP Bulletin*, nº 34, 1991, pp. 2 y ss), sólo en cuatro de ellos prosperó la demanda, y los cuatro eran de esa clase (*Snow v. State*, 61 N.Y.2d 608, 475 N.Y.S.2d 1026, 464 N.E.2d 1004, 1984; *Hoffman v. Board of Education*, cit.; *Doe v. Board of Education*, 295 Md. 67, 453 A.2d 814, 1982; *B.M. v. State of Montana*, 200 Mont. 58, 649 P.2d 425, 1982).

apreció que el daño sufrido por el alumno cuyos padres presentaron la demanda fue consecuencia de actos realizados intencionadamente por las personas encargadas de su educación³⁰². El tribunal entendió que en este caso, a diferencia de los anteriores, la causación intencionada del daño al alumno hacía viable una acción de responsabilidad extracontractual³⁰³, obligando al tribunal a obviar las consideraciones de política pública que habían enervado la acción en reclamaciones anteriores. Como hemos dicho, la vía utilizada en este caso no era, por tanto, la del *tort of negligence*, sino la del *intentional tort*³⁰⁴.

Por lo que se refiere a la negligencia, según la jurisprudencia norteamericana, ésta existe cuando una persona no observa el deber de cuidado que estaba obligado a observar respecto a otra persona, a consecuencia de lo cual ésta última sufre un daño por el que puede reclamar una indemnización³⁰⁵.

En la demanda del caso *Peter W.* se alegó que los demandados —el distrito escolar de San Francisco, su director y sus miembros— no utilizaron la diligencia que razonablemente puede ser exigida a los profesionales de la educación en la prestación de los servicios que les son propios, especialmente en la instrucción, asesoramiento y

³⁰¹ “*Tort or wrong perpetrated by one who intends to do what which the law has declared wrong as contrasted with negligence, in which the tort-feasor fails to exercise that degree of care in doing what is otherwise permissible*” (BLACK, H.C., *Black’s Law Dictionary*, West Publishing Co., 1998, p. 1335).

³⁰² Como ya señalamos, en este caso varios responsables del centro docente al que asistía el hijo de los demandantes, además de obligar al alumno a estudiar los mismos materiales que había estudiado en el año anterior, falsearon la información que llegaba a sus padres, e insultaron y ridiculizaron al menor tanto en público como en privado.

³⁰³ 439 A.2d 582 (Md. 1982), pp. 587-589.

³⁰⁴ Algún autor, al tratar el tema del *intentional tort* en el ámbito educativo, pone un ejemplo hipotético: el del profesor de literatura inglesa en un colegio de un suburbio que, con prejuicios acerca de la capacidad de aprendizaje de los alumnos de la zona, decide por su cuenta darles comics para entretenerse en clase, en lugar de enseñarles literatura inglesa (SANDOW, S, “Educational Malpractice”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº 124, 1976, p. 767).

³⁰⁵ *Restatement (Second) of Torts*, 1965, parágrafo 848.

supervisión de los progresos de un alumno en las habilidades académicas básicas. En concreto: 1.— no se percataron de las graves dificultades que el alumno tenía para la lectura, a pesar de que las mismas eran evidenciadas por sus test de lectura y por su actuación en clase; 2.— incluyeron al demandante en clases en las que los libros y otros materiales empleados eran difícilmente comprensibles por un alumno con sus dificultades para la comprensión escrita; 3.— permitieron que pasase de unos cursos a otros a pesar de que sabían —o, con el ejercicio de la debida diligencia, debían haber sabido— que el demandante no había alcanzado el nivel de comprensión necesario para poder aprovechar la enseñanza impartida en las sucesivas etapas del proceso educativo³⁰⁶.

El tribunal entendió, a este respecto, que son múltiples —y discordantes— las teorías pedagógicas acerca de cómo un niño debe ser instruido, lo cual haría que, para el caso de que se entendiese que existe un deber de diligencia del profesional de la educación respecto a sus alumnos, no se pudiese determinar el grado de diligencia —ni un contenido específico del mismo— que se debe emplear en el ejercicio de la profesión educativa³⁰⁷.

Sin embargo, en el caso *Donohue v. Copiague Free School District*, aunque el tribunal negó la existencia de una acción a favor del demandante para ese supuesto concreto —alegando las mencionadas “razones de política pública”—, aclaró en su decisión que, del mismo modo que se había establecido un grado de diligencia para abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, y otros profesionales en la prestación de sus

³⁰⁶ *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., p. 856.

³⁰⁷ *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., p. 860.

servicios profesionales, veía posible establecer un *standard* de diligencia para juzgar la actuación de un profesional de la educación³⁰⁸.

Respecto al daño como consecuencia de la actuación negligente, en el caso *Peter W.* se alegó en la demanda que, como resultado directo de las acciones y omisiones negligentes de los demandados, el demandante se graduó de su *high school* con un grado de comprensión escrita propio de un alumno de 10 años, a consecuencia de lo cual sufrió un menoscabo en sus posibilidades de obtención de recursos económicos, debido a su inaptitud para desempeñar trabajos intelectuales, e incluso trabajos manuales que requiriesen una mínima capacidad de leer y escribir para ser desarrollados con fiabilidad. Además, Peter tuvo que recibir —y continuaba recibiendo en el momento de presentarse la demanda— clases particulares por especialistas en lectura para alcanzar un grado de comprensión lectora que después le permitiese adquirir el nivel de instrucción básico propio de un alumno graduado del *high school*.

En cuanto a la causalidad, el tribunal entendió que la instrucción y educación escolar —formalmente entendidas— no son el único elemento que educa al individuo. En la educación confluyen un conjunto de factores que afectan al educando y que están fuera del control de los profesionales de la educación. Dichos factores, según el tribunal, pueden ser físicos, neurológicos, emocionales, culturales, ambientales; pueden estar presentes y no ser percibidos, reconocidos o identificados por los encargados de la enseñanza de un alumno³⁰⁹.

³⁰⁸ *Donohue v. Copiague Union Free School District*, cit., p. 1354.

³⁰⁹ *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., p. 861.

Sin embargo, en el caso *Donohue*, el tribunal estableció que, aunque la prueba de la relación de causalidad entre la actuación del colegio y la instrucción o educación defectuosa de un alumno puede ser difícil debido a ese conjunto de factores que intervienen en la educación de una persona, no ha de ser necesariamente imposible. ¿Quién puede negar —decía el tribunal en su fallo— que un estudiante que después de su graduación en un instituto es incapaz de comprender el inglés escrito con el nivel necesario para desenvolverse en las relaciones sociales básicas —una deficiencia presumiblemente atribuible a la negligencia de sus educadores— ha sido, de alguna manera, “dañado”?³¹⁰.

Años más tarde, en un artículo aparecido en el *West Educational Law Reporter*³¹¹, se comentaba una sentencia de la Corte Suprema de California cuya doctrina relativa a la prueba de la relación de causalidad se estimaba podía ser de utilidad a los demandantes a la hora de plantear sus reclamaciones en los casos de *educational malpractice*, especialmente para hacer posible la prueba de la relación de causalidad existente entre la actuación de un centro educativo y las deficiencias educativas de un alumno. Se trataba del caso *Mitchell v. Gonzalez*³¹², en el que los hechos fueron los siguientes:

Dos menores de edad remaron con un bote hasta el centro de un lago. El mayor de ellos balanceó reiteradamente el bote, provocando la caída al agua del más pequeño, que, al no saber nadar, terminó ahogándose. Los padres de la víctima demandaron a los padres del otro menor, alegando que fueron negligentes en el cumplimiento del deber de vigilancia de su hijo, y que, por tanto, eran civilmente responsables.

El jurado entendió que el comportamiento de los padres había sido negligente, pero, siguiendo las instrucciones del juez, entendió también que dicho comportamiento no había sido la causa próxima del daño. Sin embargo, en apelación, la Corte Suprema de California entendió que, al analizar la relación de causalidad en este caso, no se debía

³¹⁰ *Donohue v. Copiague Union Free School District*, cit., p. 1354-1355.

³¹¹ JURENAS, A, “Will Educational Malpractice be revived?”, n° 74, 1992, pp. 499-508.

³¹² 54 Cal.3d 1041, 1 Cal. Rptr.2d 913, 819 P.2d 872 (1991).

aplicar el razonamiento de la “causa próxima”, sino el test del “factor sustancial” (*substantial factor*) para determinar la responsabilidad de los padres en el caso³¹³.

Como se puede ver, prácticamente sin ninguna excepción, los jueces norteamericanos se han negado a reconocer la existencia de una acción basada en la negligencia en contra de un profesor o de un centro docente por *inadequate instruction*³¹⁴.

El principal motivo de rechazo de esta clase de acciones por parte de los tribunales es que éstos entienden que no existe un deber jurídico de los profesores y los centros docentes respecto a los educandos de ejercitar un determinado grado de diligencia en la prestación de sus servicios educativos. Los demandantes que han planteado las acciones de *educational malpractice* por la vía de la responsabilidad extracontractual por negligencia han sostenido que ese deber jurídico de centros docentes y profesorado, o bien surge de las normas constitucionales —federales o estatales según los casos— relativas a la educación³¹⁵, o bien surge de la normativa encargada de regular el sistema educativo en cada estado³¹⁶.

³¹³ 819 P.2d 876 (1991).

³¹⁴ *DSW v. Fairbanks N. Star Borough School District*, 628, P.2d 554 (Alaska, 1981); *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., p. 854; *Rich v. Kentucky Country Day*, 793 South Western Rptr. 832, 1990. Sí que se admitió la reclamación de responsabilidad extracontractual por negligencia en el caso *Hunter v. Board of Education*, 439 A.2d 582 (Md. App. 1982), aunque con voto particular en contra del juez Davidson.

³¹⁵ *Peter W. v. San Francisco U. School District*, cit., pág. 862; *Donohue v. Copiague Union Free School District*, cit., p. 880.

³¹⁶ En los sistemas de *Common Law*, la regla general es que la norma jurídica establecida por el legislador (*statute*) puede ser fuente de una obligación jurídica cuando dicha norma: 1º trata de proteger a un determinado grupo de individuos, y no a la comunidad en general; 2º el demandante que reclama forma parte de ese determinado grupo; 3º el daño sufrido por el demandante es el tipo de daño contra el que la ley trata de proteger a los miembros de ese grupo (KEETON, W, *Prosser and Keaton on the Law of Torts*, 5ª ed., 1984, parágrafo 36). Sin embargo, los tribunales tienen autonomía para negarse a utilizar la previsión legal para establecer un deber jurídico no reconocido anteriormente por la jurisprudencia (PROSSER, W, *Torts: Cases and Materials*, 8ª ed., 1988, p. 220).

Esa negativa casi generalizada ha obligado a los demandantes a buscar otras vías de reclamación, cada una de las cuales ha ido precedida de una reflexión acerca de la configuración jurídica del conjunto de relaciones en la que se halla inscrita la relación centro docente-alumno menor de edad.

En general, entiende la doctrina norteamericana que el encuadre de dicha relación en un marco contractual ayuda a definirla jurídicamente con mayor precisión, y, por ello, a eliminar muchos de los inconvenientes que los tribunales encuentran en la resolución de esta clase de reclamaciones. Por otro lado, la toma de conciencia por parte de los centros docentes del carácter contractual de la relación que les une con los padres de sus alumnos, permitiría a dichos centros tomar las medidas necesarias para cumplir satisfactoriamente su prestación, haciéndoles más plenamente conscientes de sus deberes para con los alumnos, de modo que esos deberes se cumplan por todos los centros.

Además —y siempre según los autores que en aquel país se ha ocupado de esta materia—, si se contempla la relación educativa desde una perspectiva contractual, los tribunales no estarían obligados a enjuiciar la calidad ni el cumplimiento de políticas educativas globales, sino que su actividad se ceñiría a revisar si un determinado centro docente ha cumplido los términos contenidos en el contrato que concluyó con los padres de un alumno, términos que pueden incluir determinadas normas legales en materia educativa, respecto a las cuales los tribunales no tendrían que emitir un “juicio de

calidad”, sino tan sólo decidir si el centro docente las ha observado o no al prestar sus servicios educativos³¹⁷.

Así, señala McJESSY³¹⁸ que la relación centro docente-alumno es especialmente apta para la aplicación de principios contractuales. Hace notar este autor, citando una copiosa jurisprudencia, que los tribunales norteamericanos, ya desde finales del siglo pasado, han venido aceptando reiteradamente que dicha relación está regida por los principios generales de la contratación³¹⁹, y que, más recientemente, la posición del alumno y de sus padres empieza a parecerse a la posición de cualquier otro usuario de servicios, con todas las consecuencias que de esa posición se derivan.

Como indica este mismo autor, la relación centro docente-alumno nace del contrato educativo, en el que se da una oferta del centro docente y una aceptación, bien por parte del alumno, cuando tiene capacidad para ello, bien por parte de sus padres, cuando no la tiene³²⁰. Los términos del contrato están constituidos por el conjunto de promesas orales o escritas de los representantes de la institución educativa, así como por las que están contenidas en folletos publicitarios, boletines de la institución, etc., y, especialmente, por aquellas promesas que constituyen el proyecto educativo del centro docente³²¹. Se da también en dicho contrato el requisito de la *consideration*, que puede

³¹⁷ COLLINGSWORTH, T, “Applying Negligence Doctrine to the Teaching Profession”, *J.L. & Educ.*, n° 11, 1982, pp. 492-493.

³¹⁸ McJESSY, K, “Contract Law: The Proper Framework for Litigating Educational Liability Claims”, *Northwestern University Law Review*, n° 89, 1995, pp. 1767-1815.

³¹⁹ Cita, entre otros, *Feesman v. Seeley*, 30 S.W. 268 (Tex. Civ. App. 1895); *Horner School v. Wescott*, 32 S.E. 885 (N.C. 1899); *Mason v. Culver Military Academy*, 141 Ill. App. 250 (1908); *Hall v. Mount Ida School*, 155 N.E. 418 (Mass. 1927).

³²⁰ McJESSY, K, “Contract Law: The Proper Framework for Litigating Educational Liability Claims”, *cit.*, p. 1792.

³²¹ En *Squires v. Sierra Nevada Educational Foundation, Inc.* (823 P.2d 256, Nev. 1991), se entendió que las promesas orales hechas por los representantes del colegio son parte del contenido del contrato, y, por tanto, determinan el modo en que ha de llevarse a cabo la

consistir, para el alumno, bien en el pago de un precio de matrícula, bien —en el caso de centros públicos gratuitos— en la promesa de someterse a las reglas de dicho centro docente, o bien, en último término, en el rechazo de la posibilidad de contratar los servicios de una institución privada³²².

Sin embargo, en esta configuración jurídica, brevemente esbozada, no se hace referencia alguna al modo en que se articulan entre sí las dos relaciones que nacen del contrato educativo: la relación centro docente-padres del alumno, y la relación centro docente-alumno menor de edad. Se da a entender que los padres actúan como representantes del menor, y, por tanto, no se contempla la posibilidad de que los padres y el menor educando tengan derechos autónomos entre sí.

Es más, en el ámbito de la doctrina jurídica, la única referencia que se hace a alguna de las configuraciones jurídicas que pueden acoger en su seno una estructura triangular como la que nos ocupa, es la relativa al contrato a favor de tercero. Sin embargo, no se acude a esa figura para desenmarañar las relaciones educativas, sino para buscar una vía de reclamación ante los tribunales que permita superar los

prestación educativa. El caso fue el siguiente: los padres de Brandon Squires se percataron de que su hijo tenía dificultades para aprender a leer, y que no era suficiente la atención que se le prestaba en la institución educativa a la que asistía. Entonces se pusieron en contacto con el *Cambridge School*, donde se les dijo que esa institución estaba especializada en el diagnóstico y en el remedio de dificultades de ese tipo, por contar con personal altamente cualificado para esas tareas. Después de matricularle en dicho centro, los padres recibieron durante varios meses informes positivos acerca de los progresos de su hijo, pero, después del segundo año, se les informó que las habilidades de lectura de su hijo estaban por debajo de la media, y que, por tanto, debía repetir el curso. El matrimonio *Squires* demandó entonces al colegio por incumplimiento contractual, y la prueba pericial permitió demostrar que las deficiencias de Brandon se debían a una instrucción inadecuada por parte del personal del centro educativo. El colegio se vio obligado a costear la atención suplementaria que Brandon Squires hubo de recibir, así como a indemnizarle los daños y perjuicios causados.

³²² McJESSY, K, “Contract Law: The Proper Framework for Litigating Educational Liability Claims”, cit., p. 1799. Cita Mc Jessy el *Restatement (second) of Contracts* (1981), parágrafo 71, en el que se establece que el rechazo de otras oportunidades de contratación constituye *consideration*.

obstáculos de la mencionada doctrina de la *academic abstention*. Así, los demandantes, cuando perciben la posibilidad de que el tribunal no quiera entender que exista una relación contractual con el centro docente, afirman que el contrato entre el centro docente y cada profesor de ese centro es un contrato concluido a su favor, y que, por tanto, ellos pueden reclamar como terceros beneficiarios con base en dicho contrato³²³.

El único caso en el que un alumno presentó una demanda contra un centro docente considerándose como beneficiario del contrato concluido a su favor entre su padre y el centro docente, fue el caso *Paladino v. Adelphi University*³²⁴.

Michael Paladino fue inscrito por sus padres en el nivel preescolar del *Waldorf School* en 1972, y continuó acudiendo a dicho centro escolar hasta el quinto curso de la educación primaria. Los profesores, durante todo ese periodo, enviaron boletines de resultados a los padres de Michael, en los que se especificaba su actuación en cada una de las áreas curriculares. En 1979, mientras cursaba los estudios de quinto año de primaria, Michael evidenció ciertos problemas de aprendizaje, a resultas de los cuales, sus padres le sometieron a un test de evaluación independiente en una institución especializada. Los resultados del test mostraron que Michael no tenía las habilidades propias de un alumno de su edad, y que, tanto en aritmética, como en lectura y redacción, estaba muy por debajo de la media en esa edad. Poco después, el colegio se negó a permitir que Michael pasase al sexto curso, y sus padres le matricularon en un colegio público donde repitió el quinto curso.

³²³ *Vid.*, entre otros, *Lemon v. Bossier Parish School Board* (388 U.S. 911, 1967), en el que los demandantes reclamaron como terceros beneficiarios del contrato que, a su entender, existía entre el gobierno federal y las autoridades educativas locales.

³²⁴ 454 N.Y.S.2d 868, 873 (Sup. Ct. 1982).

Los padres de Michael alegaron en la demanda que el centro docente había cumplido defectuosamente varios aspectos de la prestación a la que se había comprometido con ellos: atención del hijo por parte de profesorado especializado, tutorías de apoyo, precisión en la información acerca de los progresos de su hijo. Una vez más, el tribunal utilizó la doctrina de la *academic abstention* como argumento principal para no admitir la acción.

Sin embargo, en lo que a nosotros interesa, lo más importante de este caso es que, junto a la reclamación de los padres por incumplimiento contractual, la demanda contenía —bajo la representación procesal de sus padres— una reclamación del menor fundada en los mismos hechos que habían sido alegados por sus padres, entendiendo que el menor era un tercero beneficiario del contrato concluido por sus padres con el centro educativo, y que, por tanto, de dicho contrato nacía a su favor un derecho que le legitimaba para reclamar contra el colegio en nombre propio.

b.— Bélgica y Holanda: la confusión acerca de la posición del alumno menor de edad en la contratación educativa

Una vez analizada la situación en un sistema jurídico del ámbito del *Common Law*, nos vemos en la obligación de estudiar, todavía dentro del apartado relativo al Derecho comparado, la configuración jurídica que han recibido las relaciones educativas dentro de los sistemas jurídicos continentales. Nos vamos centrar en el caso de Bélgica, donde el predominio de la educación de carácter privado ha permitido un mayor desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia relativas a las relaciones

educativas, al contrario de lo que ha ocurrido en países como Francia, Italia y Alemania, donde se da un notable predominio de la educación pública³²⁵.

Recientemente, y cada vez con más frecuencia, se han planteado ante los tribunales belgas cuestiones relativas al incumplimiento de las obligaciones que se derivan de las relaciones establecidas entre los padres de los alumnos y los centros docentes privados, que han sido reconocidas por dichos tribunales como relaciones contractuales³²⁶.

En Bélgica, los autores que se han ocupado de la materia hablan de la existencia de un “contrato pedagógico” entre el centro educativo y los padres. Se afirma que esa relación contractual une al poder organizador del colegio con el niño, sobre el que los padres que han contratado ejercen la patria potestad. Sin embargo, no se especifica la naturaleza de la relación que surge en ese momento entre el menor y el centro educativo. Se subraya, por otro lado, el carácter de contrato de adhesión que tiene el contrato pedagógico³²⁷.

Como hemos indicado, en Bélgica, a partir del curso escolar 1989/1990, padres de alumnos comienzan a presentar demandas contra centros docentes privados en casos de admisión denegada, expulsión, así como por sanciones impuestas por centros docentes en casos de comportamientos considerados inadecuados.

³²⁵ VENTURA BLANCO, J, *Perspectivas económicas de la educación*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1999, p. 170.

³²⁶ Cour d’appel, Bruxelles, 1994-03-17 (nºJB 10852 1); Tribunal de Premiere Instance, Nivelles, 1992-06-25 (nºJB 10165 1); Tribunal de Premiere Instance, Dinant, 1992-06-17 (nºJA 06255 1) y 1990-05-07 (nºJB 10715 1).

³²⁷ LAGASSE/MAINGAIN, *Dictamen jurídico acerca de las relaciones educativas*, Association d’ Avocats, Bruselas, 1990, p. 34.

La jurisprudencia producida por estas demandas reconoce la existencia de un verdadero contrato entre el centro docente y los padres del menor educando. Acerca de la expulsión se afirma, por ejemplo, que “la libertad contractual supone una característica de la enseñanza libre, aunque sea subvencionada. Sin embargo, una vez concluido el contrato, el carácter de servicio prestado por tal establecimiento exige que no se ponga fin a aquél sin motivos fundados, que el Tribunal apreciará en cada caso”. Asimismo, se afirma que “la negativa a inscribir a un alumno, notificada a los padres después de haber sido aceptado el alumno por el colegio, constituye una expulsión y no un rechazo de la inscripción”³²⁸.

Sin embargo –y hasta donde conozco-, del mismo modo que sucedía en la doctrina norteamericana, ningún autor, ni ninguna sentencia, se aventuran a determinar cuál sea la configuración jurídica conjunta de las tres relaciones que confluyen en la vida del contrato de educación: padres-educando, padres-centro docente, centro docente-alumno menor de edad.

También en Holanda —donde, gracias a la financiación estatal generalizada, se ha producido un notable desarrollo de los distintos tipos de enseñanza—, la doctrina se ha ocupado del contrato de educación.

STOOP lo define como el contrato por el que una parte, el titular del centro, a cambio del pago de una cantidad, se obliga a que la otra parte, el alumno, reciba la educación adecuada impartida por profesores expertos³²⁹.

³²⁸ Tribunal de Premiere Instance, Bruxelles, 1990-03-23 (nºJA 10432 1).

³²⁹ “De onderwijsovereenkomst”, *Het school-be suor*, nº 4, 1968, p. 111.

En cuanto al contenido, VAN WEZEL señala que, aunque no está regulado expresamente, el contrato de educación debe incluir las condiciones necesarias en orden a la participación de los padres en la toma de decisiones que afecten a la educación de sus hijos; todo lo relativo a las posibles causas de resolución del contrato; lo referente a la materia de disciplina y sanciones; y, por último, la legitimación para ejercitar los oportunos recursos o reclamaciones contra decisiones de los órganos directivos del centro, así como de su gestión³³⁰.

En ese mismo país, algún autor se ha aventurado en la redacción de un posible modelo de contrato educativo³³¹. Estudiando detenidamente las cláusulas de esos modelos, se llega a la conclusión de que —del mismo modo que, como hemos dicho, sucede en Estados Unidos y en Bélgica— tampoco en la literatura jurídica holandesa se ha planteado la posición que realmente ocupan en el contrato educativo los padres y sus hijos menores de edad.

El modelo tiene llamativas contradicciones internas, debido a las cuales no es posible determinar si padres e hijo menor constituyen una única parte contractual, si en realidad sólo el menor es parte frente al centro docente, y está representado por sus padres, o bien, si en realidad quién es parte frente al centro docente son los padres, mientras que el menor es simplemente un tercero.

³³⁰ VAN WEZEL, N, “De onderwijsbepaaling”, *Nieuwe wegen voor de vrijheid van richting*, Amsterdam, 1989, p. 37. Este autor concreta aún más, ofreciendo una relación de posibles cláusulas que debe incluir el contrato de educación: 1º, el centro ha de señalar su carácter propio o ideario, analizando las repercusiones que el cambio de orientación ideológica pueda tener para la vida del contrato; 2º, condiciones de admisión, según los objetivos y fines del centro; 3º, fórmulas de participación en la gestión del centro; 4º, consecuencias de no respetar los objetivos y bases del centro.

³³¹ DE LOS SANTOS, “De onderwijsbepaaling”, *Het school-be suur*, nº 4, 1968, p. 117.

Así, se incluyen cláusulas como las siguientes:

“Los abajo firmantes, D. _____, director del colegio _____, con domicilio en _____, actuando en nombre de la autoridad competente; y D. _____, con domicilio en _____, en calidad de representante legal de (*nombre del alumno*), con domicilio en _____, nacido el _____ —de ahora en adelante *alumno*—, declara estar de acuerdo (...)”.

De aquí se deduciría que del contrato nacen derechos y obligaciones para el menor educando, a través de su representante legal. Sin embargo, en las cláusulas 3ª y 8ª del contrato se establece lo siguiente:

3º “En el momento de alcanzar el alumno la mayoría de edad se le reconocen todos los derechos y obligaciones reconocidos hasta ahora al representante legal”

8º “Las competencias conferidas al alumno son ejercidas por su representante legal, si se trata de un menor de edad”

A la vista de este grupo de cláusulas, no es posible determinar si los derechos y obligaciones que emanan del contrato educativo son derechos y obligaciones del representante legal mientras el educando es menor de edad —como se deduce de la cláusula 3ª—, o, por el contrario, son derechos y obligaciones del menor ejercidos por su representante legal —como se deduciría del encabezamiento del contrato, y de la cláusula 8ª—. Más aún, parece que no *todos* los derechos y obligaciones que emanan del contrato podrá ejercitarlas el representante legal (cláusula 8ª), pues, si bien parece claro que será dicho representante quien pague los gastos de matrícula del menor, no

parece tan claro que vaya a ser el representante quien asista a las clases representando al menor.

No pretendemos ser exhaustivos en este elenco de posibles imprecisiones jurídicas. Sin embargo, creemos que este modelo es una muestra más de que el contrato de educación reclama de quienes, de un modo u otro, se acerquen a él, una mayor precisión jurídica. No sólo para definir con exactitud la posición que ocupan en el seno del contrato todos los sujetos intervinientes, sino también para evitar que, como ya dijimos, los derechos de carácter educativo de esos sujetos puedan quedarse sin cauce claro para su ejercicio y protección. En definitiva, para permitir la adecuada articulación recíproca de los derechos educativos fundamentales.

B.— ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:

Por lo que se refiere a la situación en nuestro país, debemos decir, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha admitido la naturaleza contractual de la relación padres-centro docente, y, concretamente, su naturaleza de contrato de arrendamiento de servicios³³².

³³² ATC 382/1996, de 18 de diciembre (Az. RTC 1996/382), Antecedente nº 2. “(...) Y, en lo concerniente a la segunda acción, basada en el incumplimiento de las obligaciones de la entidad demandada al resolver el contrato de arrendamiento de servicios (...)”. Dicho auto se encargó de la supuesta vulneración del derecho fundamental a la libertad de enseñanza de unos padres por la resolución unilateral del contrato de educación operada por un colegio privado de Oviedo con base en la falta de respeto de su hijo a las normas de convivencia del centro docente (art. 6.2 LO 8/1985, reguladora del derecho a la educación). El Tribunal Constitucional entendió que no se produjo tal vulneración, pues el incumplimiento de las normas de convivencia del centro docente puede justificar suficientemente la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración de ningún derecho educativo fundamental (FJ 4º). Volveremos de nuevo sobre este auto, pues los padres, en el recurso de amparo que lo motivó, imputaron a un mismo acto —la resolución unilateral del contrato de educación—, la vulneración de dos derechos educativos fundamentales: el derecho del menor a la educación, y el derecho de los padres a la libertad de enseñanza (*vid. inf.* apdo. IV. 2. D. c). También la Audiencia Provincial

En cuanto a nuestra doctrina, destaca la tesis de TAULER ROMERO, en la que se supera la posición de GARCÍA ABELLÁN, quien situaba el contrato de educación, no ya en el ámbito de la delegación de poderes de los padres a favor del centro docente, pero sí todavía en el ámbito de lo que él denomina “transferencia de funciones”. Para este autor, el contrato de educación es aquel en virtud del cual el padre o representante legal del menor, sujetos favorecedores, y aún los propios educandos, pactan con personas individuales o jurídicas la formación total o parcial, intelectual o física, de menores o de sí mismos, y con posible transferencia de funciones derivadas de potestad, o de tutela en su caso³³³.

TAULER ROMERO, tratando de superar esta posición, subraya que el cumplimiento del triple contenido de lo que ella entiende que constituye la prestación educativa —deber de instrucción, deber de formación, deber de custodia— no tiene porqué constituir el resultado de una “delegación”, ni de una “transferencia de funciones”³³⁴.

Señala esta autora que el contrato de educación es el acuerdo expreso o tácito en virtud del cual una de las partes —el centro educativo— se obliga a prestar el servicio

de Girona, en su sentencia de 2.III.1995 (Az. AC 1995/728), FJ 3º, admitió la existencia de una relación contractual entre los padres de una menor y el centro docente en el que ella estudiaba, y en el que resultó accidentada. A pesar de ello, la responsabilidad del centro docente fue considerada de carácter extracontractual (FJ 5º).

³³³ GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, cit., pp. 72 y ss. JORDANO BAREA, en su trabajo sobre los contratos atípicos —*RGLJ*, nº 195, 1953, p. 51—, incluye en su enumeración de esta clase de contratos el que denomina “contrato de educación o de preceptorado”, contrato por el que “una persona, en trueque de una prestación compleja —alimentación, alojamiento, servicios familiares—, y, de ordinario, merced periódica en dinero, se encarga de atender, en instituciones o familias, a la educación, instrucción y vigilancia de menores de edad”.

³³⁴ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 217.

educativo a un menor, y la otra —sus padres o, en su caso, el menor— a pagar un precio por el servicio y a facilitar la educación en los términos expresados en el acuerdo³³⁵.

Sin embargo, lo realmente innovador de su posición es la afirmación de que cuando los padres contratan la educación de sus hijos, no lo hacen representándoles, sino en su propio nombre, en cumplimiento del deber que les impone el art. 154 del Código Civil de proporcionar a los hijos una formación integral³³⁶.

De esta manera se clarifica un poco más la posición de los padres, que, bajo esta perspectiva, son parte en el contrato —con unos derechos propios—, y no meros representantes del menor.

Afirma a continuación que los padres, en su propio nombre, celebran con el centro docente un contrato de educación “cuyo beneficiario es el hijo”³³⁷. Y es en el intento de definir con precisión la posición contractual del menor donde esta autora se plantea la posibilidad de encontrarse ante un contrato a favor de tercero. Sin embargo, acaba por desechar esa configuración jurídica por los motivos que a continuación señalamos, y que trataremos de rebatir en el próximo apartado de nuestro trabajo.

TAULER ROMERO acepta que en el contrato de educación se dé la primera de las características que tradicionalmente se atribuyen al contrato a favor de tercero, esto es, que el tercero a cuyo favor se contrata sea una persona completamente extraña al

³³⁵ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 221.

³³⁶ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 188.

³³⁷ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 188.

contrato³³⁸: cuando los padres contratan la educación de su hijo, éste puede considerarse ajeno al contrato, según esta autora. Sin embargo, no acepta que en el contrato de educación se den las otras dos características peculiares del contrato a favor de tercero; es decir, la atribución al tercero de un derecho propio y directo, y la aceptación por parte del tercero de la prestación estipulada³³⁹.

Así, niega que del contrato de educación nazca un derecho del hijo de exigir al centro docente el cumplimiento de la prestación educativa. Y niega también que sea necesaria la aceptación del menor de la prestación estipulada a su favor. El contrato de educación sería un contrato a favor de tercero en sentido amplio, es decir, un contrato en el que las partes tienen en cuenta el interés de una tercera persona, pero no un contrato a favor de tercero en sentido estricto.

No nos detenemos más aquí sobre este particular, pues volveremos sobre estas consideraciones en el siguiente apartado, cuando estudiemos a fondo la posibilidad de que el contrato de educación sea un contrato a favor de tercero *stricto sensu*.

³³⁸ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, 14.VI.1957, Reus, Madrid, 1961, pp. 5-6; PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, pp. 10 y ss.

³³⁹ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., pp. 7 y 22-23; PÉREZ CONESA, C, *Los contratos a favor de tercero*, cit., pp. 40 y 218-235; JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, II, París, 1933, p. 147.

2.— EL CONTRATO DE EDUCACIÓN COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Por lo que hemos visto, hoy día es comúnmente aceptada la idea de que el menor no es representado por sus padres en el contrato de educación, sino que los padres actúan en nombre propio, cumpliendo lo que en el ámbito interno de la relación paterno-filial es un deber: proporcionar a los hijos una formación integral (art. 154 del Código Civil); deber que, contemplado desde la perspectiva externa de la relación paterno-filial, es, al mismo tiempo, un derecho de los padres (art. 27 CE).

Sin embargo, creemos que también ha quedado mostrado que, con esa sola idea, la posición del alumno menor de edad en el haz de relaciones que convergen en el contrato de educación no queda suficientemente perfilada.

Pues bien, en el presente apartado —central en nuestro trabajo—, pretendemos dar un paso adelante respecto a las teorías acerca de la relación centro docente-alumno menor de edad que hemos analizado en el apartado anterior.

Para ello, vamos a analizar las características del llamado contrato a favor de tercero, pues, a nuestro juicio, es ésta, y no otra, la configuración jurídica del haz de relaciones que nace del acuerdo entre los padres del educando y el centro educativo.

Comprobaremos, pues, una a una, la presencia de las características propias del contrato a favor de tercero en la disciplina interna del contrato de educación, así como el nacimiento del sistema de relaciones obligacionales que se encuentra insito en su seno.

Insistimos una vez más en que la cuestión no es meramente teórica, pues sólo teniendo en cuenta esta característica del contrato de educación es posible dar una protección eficaz a los derechos fundamentales de todas y cada una de los sujetos que se relacionan como consecuencia de dicho contrato.

Conviene recordar ahora que en el Derecho romano no fue reconocida la validez de la estipulación a favor de tercero, pues, según la concepción romana, el Derecho no protege toda manifestación de voluntad, sino sólo las manifestaciones dirigidas a un fin de la vida, a la actuación de un determinado interés, interés que es concebible para sí, pero no para otros. Sin embargo, existieron excepciones. Entre los contrayentes fue reconocida la validez del contrato sobre la misma base que primero había impuesto la nulidad. Si nulo era el contrato a favor de tercero, porque aquel al que había sido hecha la promesa de prestar al tercero —el promisorio—, ningún interés tenía en que ésta prestación se realizase, válido debía ser, en cambio, cuando se hubiese podido demostrar este interés, como se reconoció, entre otros casos, cuando el promisorio se hacía prometer a favor del tercero una prestación que él mismo estaba obligado a efectuar: tú, Cayo, darás a Sempronio los cien denarios que yo, Ticio, le debo³⁴⁰.

Las Partidas, inspiradas en la legislación romana, rechazaron en principio la estipulación a favor de tercero (Ley 7ª, Título XI, Partida 5ª). Sin embargo, al igual que en el Derecho romano, en el Código alfonso resulta atenuada la rigidez del principio por importantes excepciones. Una de esas excepciones coincide con la ya apuntada en la concepción romana. Así, en la Ley 10 del mismo Título y Partida, se funda la validez de la estipulación en provecho de tercero en el interés del estipulante³⁴¹.

El Código Civil italiano de 1865, inspirado en el modelo francés, justifica alguna de las excepciones a la prohibición de estipular a favor de tercero tomando como base el mismo motivo que hemos apuntado en la legislación romana y en Las Partidas: el interés del estipulante. Por ello, en su artículo 1128 establecía que “puede cada uno estipular en provecho de tercero, cuando tal estipulación constituya la condición de una estipulación hecha a favor del mismo estipulante”. Y el Código Civil de 1942 admite abiertamente que el interés del estipulante funda el principio de la validez de los contratos a favor de tercero, cuando establece en su art. 1411 que “es válida la estipulación a favor de un tercero, siempre que el estipulante tenga interés en ella”³⁴².

³⁴⁰ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., p. 8.

³⁴¹ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., pp. 11-12..

³⁴² BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., pp. 13-14.

Apuntamos estos datos relativos a la evolución histórica de la institución porque en el contrato de educación es innegable la presencia de un interés del estipulante (padres) en el cumplimiento de la prestación educativa a favor del beneficiario (el hijo), extraño al contrato concluido con el promitente (centro docente).

A.— NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN ESTIPULANTE (PADRES)-PROMITENTE (CENTRO DOCENTE)

a.— El contrato como marco de la estipulación a favor de tercero

Ya hemos señalado, con palabras de RAMS ALBESA, que, en el contrato a favor de tercero, no estamos ante un tipo contractual específico, dado que la relación entre promitente y tercero puede estar regida por cualquier disciplina contractual interna³⁴³.

Como es sabido, pueden darse dos acepciones de los contratos a favor de tercero: una más amplia o vulgar, y otra más estricta o técnica. Según la primera, es contrato a favor de tercero cualquier contrato que haya sido celebrado para un tercero, y que persiga y alcance a atribuirle directa o indirectamente un beneficio. De acuerdo con la segunda, sólo es contrato a favor de tercero aquel que atribuye a una persona completamente extraña al mismo un derecho distinto de los obtenidos por los contratantes³⁴⁴.

³⁴³ RAMS ALBESA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp. 551-552.

³⁴⁴ PACHIONI, G, *Los contratos a favor de tercero. Estudio de Derecho Romano, Civil y Mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 7: “En sentido lato se llama contrato a favor de tercero a todo contrato que, en cualquier forma, sea celebrado en atención a un tercero, y que, de cualquier modo, sea destinado y logre, directa o indirectamente, proporcionarle un provecho (...) En cambio, cuando se habla de contratos a favor de tercero, en sentido estricto o técnico, se indica una figura especial de contrato”.

Así, todo contrato a favor de tercero supone una operación triangular, en la que intervienen como contratantes el promitente, que se obliga a realizar la prestación en provecho del tercero, el estipulante o promisario, que es el que acepta dicha promesa, y el tercero, que es el beneficiario³⁴⁵.

Además, cuando se habla de contrato a favor de tercero, se puede hacer referencia a dos perspectivas: por un lado, al contrato que tiene por objeto ampliar los efectos que le son propios, no sólo entre las partes, sino también —y al mismo tiempo—, entre éstas y un sujeto ausente en el momento de perfección del mismo, y, por otro lado, el efecto que provoca un contrato para el tercero, esto es, a la creación de un derecho sin la concurrencia de una voluntad. Esta finalidad se alcanza mediante el convenio de una estipulación que se incorpora en el contrato y que tiene el carácter de cláusula contractual, como todas las demás que integran su contenido, o siendo la única y constituyendo, por tanto, el beneficio para el tercero todo el contenido prestacional.

En este sentido, entendida en su integridad la figura como una operación enmarcada en el interior de un contrato y orientada en diversas direcciones, es fácilmente deducible que de ella se deriva una relación triple. Con independencia del tratamiento de las relaciones jurídicas que surgen entre todos los interesados en la estipulación y de los efectos que provocan conectadas entre sí, la primera de ellas es el contrato con el que se inicia y en el que se apoya el desarrollo posterior de las consecuencias típicas de la institución. Así, la estipulación que favorece a un tercero supone la celebración de un contrato que, como tal, debe cumplir los requisitos necesarios para su existencia, de acuerdo con el art. 1261 CC.

³⁴⁵ BONET RAMÓN, F, “Los contratos a favor de tercero”, cit., p. 6.

Por tanto, la estipulación a favor de tercero presenta un carácter contractual por ser el contrato en que se incorpora la fuente que entraña el compromiso de llevar a cabo una atribución patrimonial hacia un tercero, a través del mecanismo de derechos y obligaciones que se genera para las partes que han intervenido en su celebración. En principio, poco importa que genere obligaciones sólo para el promitente, o que estipulante y promitente sean recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro, puesto que lo realmente necesario es que entre ellos exista un contrato, de cualquier clase que éste sea, que cumpla todos los requisitos legales para su validez, y que se regirá por las normas que concretamente lo regulan, pues su naturaleza no se modifica por el hecho de que la obligación del promitente sea dirigida al tercero, incluso aunque el estipulante no reciba nada a cambio de su propia prestación³⁴⁶.

A este respecto, CHAMPEAU señala que, entre los contratantes, la relación puede ser de cualquier orden, a título oneroso o lucrativo, conmutativo o aleatorio, y estará sometido exactamente a las mismas reglas de fondo y de forma que en el caso en que el estipulante hubiese conservado el beneficio para sí mismo³⁴⁷.

b.— El contrato de servicios educativos como marco de la estipulación educativa a favor del menor

En el caso de la relación centro docente-alumno menor de edad, la fuente que entraña el compromiso de llevar a cabo una prestación para un tercero —el alumno menor de edad— es el contrato celebrado entre los padres y el centro docente, a través

³⁴⁶ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 10.

³⁴⁷ CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui et ses principales applications*, París, 1893, p. 115.

del mecanismo de derechos y obligaciones que dicho contrato genera, mecanismo que estudiaremos con detenimiento en los siguientes apartados.

Dice TAULER ROMERO que el contrato de educación es el acuerdo expreso o tácito en virtud del cual una de las partes —el centro educativo— se obliga a prestar el servicio educativo a un menor, y la otra —sus padres o, en su caso, el menor— a pagar un precio por el servicio y a facilitar la educación en los términos expresados en el acuerdo³⁴⁸. Para esta autora, el contrato de educación se encuadra, al igual que otros de características similares, dentro del arrendamiento de servicios³⁴⁹.

Como ya indicamos, también nuestro Tribunal Constitucional, en la única ocasión en la que se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del contrato de educación, lo ha calificado como contrato de arrendamiento de servicios³⁵⁰.

Esta calificación del contrato de educación nos llevaría a buscar la disciplina de dicho contrato en los artículos 1544, y 1583 a 1587 del Código Civil, que se encargan de regular el contrato de arrendamiento de servicios.

Sin embargo, como señala TRIGO GARCÍA, el valor de los artículos 1583 y ss. del Código Civil, en su redacción actual, es muy escaso, y resulta evidente que no puede construirse el estudio del contrato de servicios sobre la base de su regulación codificada³⁵¹.

³⁴⁸ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 221.

³⁴⁹ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 200.

³⁵⁰ ATC 382/1996, de 18 de diciembre (Az. RTC 1996/382), Antecedente nº 2.

³⁵¹ TRIGO GARCÍA, B, *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, p. 127.

Por tanto, los preceptos codificados relativos a dicho contrato que pueden considerarse vigentes están lejos de constituir un régimen mínimamente suficiente y específico, de modo que de la calificación de una relación como de servicios, incluida en el art. 1544 del Código Civil, no deriva ningún resultado positivo relativo al régimen legal aplicable, ni respecto a las modalidades no contempladas en la regulación originaria, ni respecto a las expresamente comprendidas³⁵².

Nos encontramos aquí con la misma problemática que, en su momento, apuntaba FERRANDIS VILELLA para el caso de la relación del abogado con su cliente: “Todo el esfuerzo desarrollado por la jurisprudencia para calificar como arrendamiento de servicios a la relación que media entre el abogado y su cliente (...) resuelve el problema de naturaleza jurídica, pero no el de la determinación de la norma aplicable, porque no hay posibilidad de aplicar a tal relación ni una sola de las reglas contenidas en los artículos 1583 a 1587 CC”³⁵³.

Por otro lado, el recurso a los preceptos generales de las obligaciones es de escasa ayuda en esta materia, pues nuestro Código Civil se centra en las obligaciones de dar cosas específicas u obligaciones pecuniarias; en contraste, el tratamiento de las obligaciones de hacer es notoriamente insuficiente, pues les dedica pocos preceptos y, aún estos, adolecen de cierta vaguedad³⁵⁴.

³⁵² CORDERO LOBATO, E, “Notas al Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, *RDP*, octubre 1995, p. 878, nota 7.

³⁵³ FERRANDIS VILELLA, en las notas de adaptación al Derecho español de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Derecho de obligaciones*, II, 2, Bosch, Barcelona, 1966, p. 455

³⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, L, “El Derecho de obligaciones en la codificación civil española”, *Centenario del Código Civil (1889—1989)*, I., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 716.

Igualmente insatisfactoria resulta la legislación sobre consumidores³⁵⁵. En este ámbito, aunque la protección se dispensa tanto respecto a los bienes como a los servicios³⁵⁶, el desarrollo de la regulación no va parejo, sino que es claramente más extenso en relación con los primeros, tanto en el ordenamiento comunitario como en el español³⁵⁷.

En otro orden de ideas, la doctrina más moderna, una vez desechada la denominación de contrato de arrendamiento de servicios³⁵⁸, prefiere la denominación de “contrato de servicios” a la de “contrato de prestación de servicios”, por entender que ésta última expresión es demasiado general, y sería más adecuada para designar un género de relaciones contractuales —contratos relativos a la prestación de servicios— que un contrato específico³⁵⁹.

³⁵⁵ Sobre la influencia de la protección del consumidor en materia de obligaciones y de los contratos en particular, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L, “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *ADC*, n° 46, 1993, pp. 1705-1717; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *ADC*, n° 47, 1994, pp. 31-89.

³⁵⁶ Art. 1.2° de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

³⁵⁷ REICH, N, “La protección de los consumidores en los contratos de servicios según el Derecho Comunitario”, *Estudios sobre Consumo*, n° 16, 1989, p. 131.

³⁵⁸ Como señala TRIGO GARCÍA, la Exposición de motivos y el art. 1583 del Proyecto de reforma del Código de 1994 (nueva rúbrica del capítulo cuarto del Título VI del Libro IV), y, fuera del ámbito civil, el art. 197.3° de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, son muestra de la denominación “contrato de servicios” es la que prevalece en la mente del legislador actual (*Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, cit., p. 133). *Vid.* también la obra de SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras* (Marcial Pons, Madrid, 1997) cuyo título muestra que esta preferencia se da también en el plano doctrinal.

³⁵⁹ De hecho, la recogen con este sentido el Derecho portugués —arts. 1154-1155 Cc., que regulan la categoría genérica de *contrato de prestação de serviço*—, y el Derecho peruano —arts. 1755-1763 Cc., que se ocupan del contrato de prestación de servicios—. También los tribunales utilizan en ocasiones la denominación “contrato de prestación de servicios” como descriptiva del contenido de varios contratos —SSTS de 15.XII.1994 (Az. RJ 275) y de 27.VII.1995 (Az. RJ 1128)—.

Por todo ello, el planteamiento de partida del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contrato de servicios y de obra³⁶⁰ es, en este sentido, correcto, pues en su Exposición de Motivos hace hincapié en la necesidad de una regulación *ex novo*, sin que sean suficientes meros retoques³⁶¹.

Teniendo todo lo anterior presente, por un lado, es posible calificar el contrato de educación como contrato de servicios: en él, como veremos, el deudor del servicio — el centro docente— se compromete a realizar una prestación compleja: de una parte de la misma son acreedores los padres que contratan; de otra parte es acreedor el menor de edad a favor de quien se contrata. Pero, por otro lado, mientras no concluya la tramitación del mencionado Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contratos de servicios y de obras, es especialmente necesaria una referencia a las vías de integración del contenido normativo del contrato de servicios educativos.

En primer lugar nos encontramos con el art. 1255 del Código Civil. La utilidad práctica de este precepto en el ámbito de la contratación educativa será muy escasa, pues, como analizaremos, el carácter de “servicio de pública necesidad”³⁶² atribuible a los servicios educativos deja, en la mayoría de los casos, muy escaso margen a la voluntad de las partes en la configuración de este contrato, y, especialmente, en la delimitación de las obligaciones de los centros educativos.

En segundo lugar, habremos de acudir a las normas reguladoras de la actividad de los centros educativos. Aunque el número de las mismas es elevado, y el rango de

³⁶⁰ Serie A, Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, nº 58-1, documentación nº 115.

³⁶¹ TRIGO GARCÍA, B, *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, cit., p. 132.

³⁶² Expresión acuñada por CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milán, 1958, p. 13.

unas y otras es diverso, ya hemos citado las más importantes, si bien en los siguientes apartados —al referirnos a los elementos y al contenido del contrato de servicios educativos— haremos referencia expresa al articulado de dichas normas.

En tercer lugar, habremos de acudir a la teoría general de la obligación y del contrato, dando especial importancia al art. 1258 del Código Civil, y, más concretamente, a la buena fe como criterio de integración del contrato: nos detendremos en este punto al hablar de la buena fe *in contrahendo*; punto clave, como veremos, para satisfacer el derecho de información de los padres en el ámbito de la contratación educativa, pues es en los tratos preliminares donde, además de perfilar la oferta contractual, se concretará el contenido del deber de información periódica que atañe al centro educativo respecto a los padres³⁶³.

Por último, debemos decir que, si bien existen —y han sido reiteradamente estudiadas— sentencias relativas a la responsabilidad civil de centros docentes, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas relativas a la contratación educativa son muy escasas. Para nuestro estudio, tendremos en cuenta algunas de las pocas sentencias vertidas en este ámbito, así como algunas de las sentencias norteamericanas que hemos citado con anterioridad.

c.— La naturaleza contractual del complejo relacional educativo padres-centro docente de titularidad pública-alumno menor de edad

Los autores que hasta el momento se han ocupado de estudiar detenidamente el contrato de educación —tanto en nuestro país como en los otros a los que nos hemos

³⁶³ *Vid. inf.* apdo. IV. 2. C. b.

referido en el apartado anterior— suelen excluir *ab initio* en sus trabajos el estudio de la relación existente entre los padres y los centros docentes de titularidad pública, e incluso —en el caso del sistema educativo español— el de la relación padres-centros docentes concertados³⁶⁴.

TAULER ROMERO, por ejemplo, después de distinguir tres formas de prestación del servicio educativo —servicio público educativo, servicio educativo de interés público concertado entre entidades privadas y el Estado, y servicio educativo de interés público no concertado— excluye de su trabajo las relaciones que surgen entre los padres y los centros docentes en las dos primeras formas de prestación del servicio educativo, pues, a su modo de ver, a diferencia de las relaciones establecidas con los usuarios de servicios públicos de carácter económico —que revisten, con carácter general, la forma contractual en sus relaciones con los usuarios—, las relaciones de los usuarios con los servicios públicos asistenciales son reguladas por la reglamentación administrativa³⁶⁵.

GARCÍA ABELLÁN también excluye de su estudio las relaciones de los padres con los centros educativos de titularidad pública, pues, en su opinión, esa clase de prestaciones son de servicio público, y, por tanto, carecen de carácter contractual³⁶⁶.

³⁶⁴ “Los centros privados sostenidos con fondos públicos recibirán la denominación de centros concertados (...)” (art. 10.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio de 1985, del derecho a la educación, Az. RCL 1985/1604)

³⁶⁵ Cita en este punto a GARRIDO FALLA, quien entiende que “no queda ningún resquicio para la explicación contractualista privada respecto de las relaciones entre los centros de enseñanza oficial y sus alumnos. Aquí nada es privado: ni el derecho a utilizar el servicio, ni el derecho a permanecer en su disfrute, ni el precio que se paga, ni ningún tipo de reclamación sobre el modo de su funcionamiento” (*Tratado de Derecho Administrativo*, II, Tecnos, Madrid, 1980, p. 294).

³⁶⁶ GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, cit., p. 69.

En la doctrina norteamericana también se suele excluir esta clase de relaciones de la órbita contractual. Sin embargo, en este caso, la dificultad no procede tanto del posible carácter de servicio público de la actividad de prestación de servicios educativos, sino más bien, de los problemas para demostrar la existencia de *consideration* en los casos de prestación gratuita de dichos servicios³⁶⁷.

a'.— La prestación de servicios educativos en centros docentes de titularidad pública

Como acabamos de ver, los dos autores que, en nuestra doctrina, se han ocupado con detenimiento del estudio del contrato de educación comienzan sus respectivos trabajos aclarando que dejan fuera de los mismos el análisis de las relaciones existentes entre los padres y los centros docentes de titularidad pública. A su juicio, dichas relaciones se encuentran dentro de la órbita del servicio público, y, por tanto, carecen del carácter contractual que ellos asignan a las relaciones entabladas con centros docentes de titularidad privada³⁶⁸.

Esta postura, que pudo ser justificable en los momentos —relativamente distantes entre sí— en que se realizaron dichos estudios, nos parece debe ser superada en el momento presente, ateniéndonos a la evolución que, en el final del siglo XX, ha tenido la actividad prestacional de las Administraciones Públicas. Dicha evolución ha ido acompañada y seguida —en un proceso que parece tan sólo incoado— de una

³⁶⁷ DRUSHAL, J, “Consumer protection and the Higher Education”, *Ohio St.L.J.*, nº 37, 1976, p. 608.

³⁶⁸ También en la reciente monografía de SÁNCHEZ GÓMEZ, A, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios* —cit., p. 291—, se excluye el análisis de las relaciones de los particulares con los centros sanitarios públicos y concertados, restringiendo el ámbito de estudio a la sanidad privada.

proliferación de propuestas por parte de la doctrina jurídica tendentes a redefinir la posición jurídica de los usuarios de servicios públicos.

Pensamos, por ello, que, si prescindiésemos del estudio de la naturaleza jurídica del complejo relacional educativo padres-centro docente de titularidad pública-alumno menor de edad, estaríamos cerrando los ojos a la realidad de ese proceso.

Sin embargo, atribuir hoy un carácter contractual a esa clase de relaciones puede aparecer, a los ojos de algunos —especialmente de algunos administrativistas—, como una precipitación. A nuestro juicio, dicha reticencia puede proceder de una serie de condicionamientos histórico-jurídicos que, durante muchos decenios, han mantenido al usuario de servicios educativos en una posición de mero receptor de servicios.

Como dice VILLAR EZCURRA, la idea del servicio público solamente es posible una vez creado el Estado moderno que, en última instancia, se encuentra consolidado sobre el basamento de la soberanía. Sin la creación del Estado moderno, con su inicial apogeo, permanencia y caducidad del absolutismo, resulta imposible concebir ni siquiera un Derecho administrativo, y, mucho menos, cualquiera de sus categorías, incluida la de la policía administrativa, que surge precisamente en la época del Estado absoluto³⁶⁹.

La Ilustración, que dio lugar al enciclopedismo francés —al llamado movimiento de los afrancesados en España o al movimiento de los liberales estatistas en Italia y a la unificación alemana— supone un segundo paso en el camino hacia la idea del servicio público. La eliminación de los cuerpos intermedios en campos como la enseñanza, la beneficencia, y la sanidad dejará un vacío en el que el Estado hará su aparición de forma activa. La secularización produce entonces los primeros servicios públicos —las primeras escuelas, los primeros museos, los primeros estudios generales estatales, etc—. En términos generales, puede decirse que la técnica de la intervención utilizada por el llamado Estado Policía radica en la regalía, a través de la cual se atraen al cúmulo de competencias y funciones de la Corona, determinadas actividades. Con el Estado Mercantilista, propio de

³⁶⁹ VILLAR EZCURRA, J.L., *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 19.

la Ilustración, la *publicatio* se traduce en los monopolios estatales, de carácter fiscal, viniendo a cerrar este ciclo el monopolio administrativo, en cuanto a la titularidad de determinadas actividades, que constituye la técnica propia del Estado moderno, originadora de los servicios públicos³⁷⁰.

Por su parte, GASPAR ARIÑO afirma que la idea del servicio público fue inicialmente un concepto sociopolítico; algo así como la transposición liberal del “servicio al Rey”, que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la Revolución Francesa. Es sabido —continúa el mismo autor— que el Derecho administrativo moderno heredó en buena parte técnicas jurídicas procedentes el Antiguo Régimen, pero no es éste el caso del servicio público, que es una técnica institucional, finalista, no puramente instrumental, impensable fuera del contexto político-social y de una cierta idea del Estado que arranca de la Revolución Francesa³⁷¹.

Como hemos señalado, el planteamiento revolucionario condujo a la desaparición de los cuerpos intermedios y a la prohibición legal para la creación y el reconocimiento de nuevas entidades o agrupaciones que pudieran interponerse entre el individuo y el Estado. La Ley Le Chapelier de 14 y 17 de junio de 1791 declara: “*Il n’y a plus de corporations dans l’Etat; il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu et l’intérêt général. Il n’est permis a pressone d’inspirer aux citoyens un intérêt intermediaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation*”.

Con ello estaban sentadas las bases sociopolíticas para el surgimiento de la idea de servicio público, tal como esta institución ha llegado a nuestros días.

La preocupación de la burguesía liberal por acotar la esfera de acción estatal, limitando teóricamente la misión del Estado, irá acompañada en la práctica por una progresiva asunción de actividades que hasta entonces no se habían considerado estatales, sino que estaban asumidas por los gremios, la Iglesia —en todas sus múltiples

³⁷⁰ VILLAR EZCURRA, J.L., *Servicio público y técnicas de conexión*, cit., pp. 19-20.

³⁷¹ “Suele citarse un texto de ROUSSEAU, en el cual la expresión *service public* aparece como referida a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos. En ROUSSEAU, el concepto de servicio público evidentemente no es un concepto jurídico, es un concepto político que abarca cualquier actividad estatal, incluido el ejército o la hacienda; el concepto aparece como todo aquello que dice en relación a los intereses colectivos del Estado y, por tanto, algo que atañe personalmente a todos los que integran la nación, algo que se contraponen a asuntos privados. El servicio público sucede al servicio al Rey porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la soberanía. Ahora bien, este concepto tiene también otra dimensión: se trata de actividades destinadas al servicio del público, esto es, acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella” (ARIÑO, G, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 18-19).

personificaciones—, las fundaciones, las corporaciones, las universidades y otros entes representativos del cuerpo social³⁷².

Así, no es de extrañar que TALLEYRAND, tratando de acentuar más técnicamente los dos principios complementarios de los planteamientos educativos de la burguesía revolucionaria, utilice esta noción —todavía política y sociológica— de servicio público. Según él, la instrucción es un “servicio público” a la libertad del individuo, pero también la política es la finalidad de la educación. El niño es un aprendiz de ciudadano, y el Estado no puede desentenderse de la formación de este aprendiz³⁷³.

Estas ideas respecto a la educación se extienden rápidamente por Europa, y terminan por dejar —de modo casi generalizado— la prestación de servicios educativos en manos del Estado, que se encarga de esta actividad de modos diversos, pero siempre con carácter gratuito, o mediante el pago de una tasa. A finales del siglo XVIII, la Ilustración habrá conseguido la creación de cuatro servicios públicos: sanidad, beneficencia, educación y correos³⁷⁴.

Dos siglos más tarde, el deslumbramiento del *Welfare State* de los años del desarrollismo hizo pensar en unos servicios públicos y en unas prestaciones sociales “de máximos”. Sin embargo, los vaivenes económicos provocados por la crisis del petróleo de 1973 pusieron de manifiesto la imposibilidad para los poderes públicos de alcanzar los niveles de prestación a los que se comprometía la política del *Welfare State*. A partir de

³⁷² ARIÑO, G, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, cit., p. 20. “Seguramente no puede definirse con exactitud cuál es el momento histórico donde el jurista o el político puede señalar indudablemente la aparición de la idea servicial como sustitutiva de otros títulos de actuación de los poderes estatales en las distintas naciones de Occidente. Convencionalmente suele situarse al hilo de la consagración de las Constituciones americana y francesa de 1787 y 1789, respectivamente, en las nutridas facultades que se reservan los poderes constitucionales de Estados Unidos y Francia para asegurar la idea de libertad, igualdad y, en suma, el bienestar general” (SERRANO TRIANA, A, *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del Bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, p. 16).

³⁷³ GÓMEZ DE CASTRO, F, “Los sistemas educativos y la Revolución Francesa”, cit., p. 28.

³⁷⁴ Aunque en el campo puramente sociológico y político, el servicio público había nacido ya a finales del siglo XVIII, será en el siglo XIX cuando se desplieguen las consecuencias jurídicas positivas que permitirán, en el siglo XX, su categorización dogmática. En efecto, la apertura al público de la posta real y la secularización de las antaño fundaciones eclesiásticas, que, aunque nunca de un modo total, el siglo de las luces arrebató a la Iglesia, se convertirá en criterio: 1.— para la separación entre lo que es enjuiciable por un tribunal ordinario y lo que corresponde a una jurisdicción diferente; 2.— para definir la afectación del demanio, 3.— para la justificación de la obra pública y, por tanto, del menester de actuación positiva del Estado. Estos tres factores —delimitación de la jurisdicción competente, afectación y demanio— serán los que el siglo XIX brindará al siglo XX para la creación, ya jurídica y dogmáticamente construible, de la idea del servicio público.

entonces, el ciudadano, en su condición de cliente, centrará el modelo y la gestión de los servicios públicos³⁷⁵.

Frente a esa serie de condicionamientos histórico-jurídicos, como dice MARTÍNEZ MACHO, en el nuevo ambiente social de los años ochenta y noventa, el impulso hacia la introducción de la participación popular en la gestión de los servicios públicos ha sido sustituido en buena parte, tanto en los servicios de carácter económico-empresarial como en los de tipo social, por un interés prevalente por la calidad de los mismos y por la tutela de las situaciones subjetivas de los usuarios³⁷⁶.

La corriente de cambios ha arrastrado a la mayoría de los países europeos, y España no ha sido excepción³⁷⁷. En este nuevo clima, la actuación administrativa ha evolucionado, marcándose límites mucho más ambiciosos y haciendo primar la actividad de prestación (contrato) sobre la autoridad (potestad), de modo que se percibe un claro cambio del esquema jurídico en el que se desarrolla la actividad prestacional de las Administraciones Públicas³⁷⁸.

Así, como señala ARIÑO, a partir de los años 80 se aprecian en todo el mundo dos fenómenos simultáneos: en primer lugar, se pone en cuestión el exceso de intervencionismo, al que se había llegado, a partir de la posguerra, con el movimiento hacia la desregulación, que cuaja sobre todo en los Estados Unidos. En segundo lugar, se cuestiona la concepción tradicional de servicio público, nacida en el continente europeo, para acercarla a la idea de “actividad reglamentada de interés general”, propia del mundo anglosajón³⁷⁹.

³⁷⁵ MOREU I OROBITG, F, “Una nueva manera de entender la gestión en la sanidad”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 10, 1993, p. 134.

³⁷⁶ MARTÍNEZ MACHO, L, “Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia”, *RAP*, nº 142, 1997, p. 591.

³⁷⁷ Al margen de los procesos de reforma en los países socialistas, fuera de Europa destacan por su amplitud los procesos emprendidos en Canadá, Australia y los Estados Unidos. En el seno de la Unión Europea, si bien todas las administraciones se dicen embarcadas en procesos de modernización, destacan el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Holanda, Alemania, y, en menor medida, Francia y Bélgica (ETXEBARRÍA ARIZNABARRETA, L, “El cambio y la gestión del cambio en la Administración Pública”, *Modernización administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1989, p. 24.).

³⁷⁸ CRUZ SANZ, D, “La posición del usuario frente a la actividad de servicio público”, en *Derecho y Salud*, nº 6-1, 1998, p. 3.

³⁷⁹ ARIÑO, G, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, cit., p. 355.

Además, la apertura de los servicios públicos a la competencia y a las leyes del mercado se caracteriza, entre otras notas, por la no calificación como servicio público de toda una actividad en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones y actuaciones concretas dentro de aquél. En lugar de declarar “servicio público” el correo, las telecomunicaciones, el gas, la electricidad, el transporte o la televisión, lo que se hace es precisar, en cada uno de ellos, cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público, esto es, de servicio universal, obligatorio, que hay que garantizar, como misión o tarea de interés general en cada sector concreto, a cuyo cumplimiento vienen obligados los operadores que actúen en él.

Se sustituye de esta manera el régimen cerrado y en exclusiva, que caracterizaba hasta ahora a los servicios públicos, por un régimen abierto, en principio, en cuanto a la entrada en el sector, bajo régimen de actuación reglamentada, sometida a una “regulación por causa de servicio público” y a la imposición de cargas u obligaciones de servicio, en la medida en que hay que garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector. El cumplimiento de tales obligaciones puede imponerse unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores cuando se les otorga autorización para operar en el sector.

Pues bien, a nuestro juicio, la tutela de las situaciones subjetivas de los usuarios de servicios prestados por entes de carácter público debe comenzar con una definición jurídica precisa de la naturaleza de las situaciones en que se haya inmerso cada uno de dichos usuarios.

Centrándonos en el caso de los padres que solicitan la admisión de uno de sus hijos en un centro educativo de titularidad pública, para analizar la naturaleza jurídica de la situación en la que se van a ver inmersos tanto los padres como el menor, hemos de preguntarnos: ¿cómo llegan los padres y el menor a colocarse en la situación de usuarios de servicios educativos?

En primer lugar, es importante señalar que, en los supuestos en los que el menor tiene entre 6 y 16 años, nos encontramos en un caso de imposición obligatoria de la recepción del servicio. Por tanto, el acto de los padres de solicitud de admisión del hijo en el centro docente —ya sea de titularidad pública o privada— supone el cumplimiento de una obligación legal³⁸⁰.

En el caso de los centros docentes de titularidad pública, la aceptación de la solicitud de los padres del disfrute de la prestación de servicios educativos va precedida de la comprobación administrativa de las circunstancias de hecho alegadas³⁸¹, tras de lo cual se produce la decisión administrativa por la que los padres y su hijo menor de edad son admitidos al disfrute del servicio. El acto de admisión al servicio es, por tanto, un acto unilateral de carácter administrativo, naturaleza a la que se aproxima también al acto de admisión en los centros de carácter concertado, aunque no llega a tener ese carácter³⁸².

³⁸⁰ “La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica. La enseñanza básica comprenderá diez años de escolaridad, iniciándose a los seis años de edad y extendiéndose hasta los dieciséis” (art. 5 LOGSE).

³⁸¹ *Vid.* arts. 6-15 del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, que regula el régimen de elección de centro educativo; además de la normativa general sobre asignación de puestos escolares:

Art. 65 LOGSE: “1.— En el nivel de educación primaria, los Poderes públicos garantizarán a todos los alumnos un puesto escolar gratuito en su propio municipio en los términos que resulten de la aplicación de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación. 2.— Excepcionalmente, en la educación primaria y en la educación secundaria obligatoria en aquellas zonas rurales en que se considere aconsejable, se podrá escolarizar a los niños en un municipio próximo al de su residencia para garantizar la calidad de la enseñanza. En este supuesto las Administraciones educativas prestarán de forma gratuita los servicios escolares de transporte, comedor y, en su caso, internado” (complementado por Orden de 25.X.1995, Az. RCL 1995, 3121, y por Orden de 23.IX.1996, Az. RCL 1996, 2706).

Art. 20 LODE: “1.— Una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos, en los ámbitos territoriales correspondientes, garantizará tanto la efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente. 2.— La admisión de los alumnos en los centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se regirá por los siguientes criterios prioritarios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. En ningún caso habrá discriminación en la admisión de los alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento” (desarrollado por Orden 20-4-1994, Az. RCL 1994, 1192).

³⁸² Art. 14 del RD 366/1997:

“1.— Los acuerdos y decisiones sobre admisión de alumnos de los Consejos Escolares de los centros públicos y de las Comisiones de Escolarización podrán ser objeto de recurso ordinario ante los Directores provinciales del Ministerio de Educación y Cultura, cuya resolución pondrá

Ahora bien, la pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿el acto administrativo de admisión al servicio, sitúa a los padres y a su hijo en la posición jurídica de usuarios del servicio, o más bien supone una oferta que los potenciales usuarios habrán de aceptar para que nazca jurídicamente la relación de prestación?

Nosotros nos inclinamos por lo segundo. Los padres que, después de tener conocimiento de la admisión de su hijo en un centro docente —con independencia de que sea público o privado—, cambian finalmente su elección, no están rescindiendo una relación ya existente, sino que, más bien, están optando entre una de las ofertas que, después de los tratos preliminares con diversos centros docentes, han recibido. Cuestión distinta es la del grado de vinculación al que se haya llegado con cada centro docente durante los tratos preliminares. Si la vinculación es tan grande que, al no aceptar los padres la oferta del centro docente, están dañando una expectativa cierta del mismo —y, en consecuencia, causándole un daño— no se puede descartar —aunque nos parezca una posibilidad muy remota— que los padres hayan incurrido en culpa *in contrahendo*.

Mediante la aceptación, los padres y el menor pasan a ocupar la situación jurídica de usuarios de los servicios educativos que presta un determinado centro docente³⁸³.

Sin embargo, lo que ha ocurrido con frecuencia es que la presencia de un acto de naturaleza administrativa en el proceso de nacimiento del complejo relacional que con la

fin a la vía administrativa. Cualquiera que fuera la decisión adoptada se deberá garantizar la adecuada escolarización del alumno. 2.— En el caso de los centros privados sostenidos con fondos públicos los acuerdos y decisiones sobre admisión de alumnos podrán ser objeto de denuncia por los interesados ante los Directores provinciales del Ministerio de Educación y Cultura (...)". *Vid.*, también, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 10ª ed., 2000, p. 75.

³⁸³ *Vid. inf. apdo. IV. 2. B.*

aceptación surge entre el centro docente, los padres y el menor, ha hecho que, como ya vimos, en ocasiones sea descartado, no sólo el carácter contractual de las relaciones nacidas, sino también su carácter jurídico-privado.

Y ello por dos motivos fundamentales:

En primer lugar porque, si bien es cierto que se percibe en la doctrina administrativista la progresiva concesión de terreno a la perspectiva contractual en muchas de las relaciones de prestación en las que se halla inmersa una administración pública, todavía sigue presente la tentación de estudiar esta clase de relaciones —en la que lo público y lo privado se entrelazan de modo tan intrincado— intentando atraer la totalidad de la relación —o del complejo relacional en nuestro caso— hacia uno de los dos terrenos: el estrictamente público o el estrictamente privado.

Sirvan, a modo de ejemplo, las siguientes líneas:

“La admisión del usuario al disfrute del servicio supone la sumisión de éste a una relación especial de poder y a las reglas de un ordenamiento jurídico especial constituido por las leyes, reglas y normas internas que rigen su funcionamiento, estando prevista, en ocasiones, la posibilidad de una actividad sancionadora en garantía del respeto de dicha normativa (...)

El carácter rigurosamente público de la relación de prestación lleva consigo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la que debe protegerse su efectividad en caso de que el usuario no fuere admitido al disfrute del servicio, o fuese rechazado una vez admitido, o tratado de forma indebida (...)

Sin embargo, el contenido obligacional estricto de la relación de prestación misma (...), además de constituir una relación administrativa de prestación, puede calificarse al propio tiempo de contrato privado según el objeto de la prestación, cuando el servicio se presta por un Ente constituido en forma privada o por un ente público que por imperativo estatutario sujeta su actividad al Derecho privado, así como en los supuestos de gestión indirecta por concesionario (...)

Por ello, la relación de prestación es en muchos casos una relación mixta con elementos públicos y privados, lo que se manifiesta en los aspectos garantizadores en que pueden concurrir técnicas procesales del Derecho público o del privado. Así, los aspectos más relevantes de la relación de prestación, que son, según se dijo, indubitablemente públicos, son garantizados mediante medidas disciplinarias sobre los concesionarios. Su garantía jurídica no es concebible a través de los Tribunales civiles, sino a través del recurso y proceso contencioso-administrativo contra los actos dictados por la Administración en función de los poderes de vigilancia y control que ostenta sobre los gestores del servicio, sean personas públicas o privadas. Pero, al propio tiempo, además de una garantía pública puede concurrir la de los jueces civiles, básicamente resolviendo acciones de responsabilidad contractual, cuando el conflicto enfrenta al usuario con el concesionario, o con la Administración si actúa a través del Derecho privado³⁸⁴.

En segundo lugar, por el peligro que entraña en este terreno utilizar con el mismo sentido los términos “relación” y “situación”. D’ORS describe preclaramente la fuente del peligro: relación quiere decir nexo trabado por la autonomía privada; en cambio, la situación expresa una ubicación dentro de la hipótesis prevista por el ordenamiento jurídico, por la norma. La norma supone siempre una limitación al libre albedrío. Cuando esa limitación proviene de la misma voluntad privada que se sujeta a sí misma tenemos una relación, y tal relación se ofrecerá a una preferente consideración privatística; cuando, en cambio, la norma limitadora sea estatal, tendremos un fenómeno de situación que se ofrecerá a una preferente contemplación publicística. Esta comparación de dos ángulos visuales, el normativo de la situación y el privativo de la relación nos aclaran el fenómeno actual que podríamos llamar de reducción progresiva del ámbito del Derecho privado³⁸⁵.

Con el mismo razonamiento, hace notar el propio autor que al aumentar la legislación, al hacerse más prolija la norma, se hará más preponderante el aspecto de la situación: desde que la regulación empieza a ser minuciosa, la idea de relación que yace en

³⁸⁴ PARADA, R, *Derecho Administrativo*, I, Marcial Pons, 1998, 10ª ed., pp. 482-483.

³⁸⁵ D’ORS, A, “De la *Privata Lex* al Derecho Privado y al Derecho Civil”, *Boletín da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1950, pp. 41 y ss.

todo contrato parece esfumarse cada vez más para que predomine en cambio el punto de vista de la situación.

Así, dado que la legislación educativa deja poco margen a la autonomía de los sujetos del proceso educativo, las relaciones educativas con los centros de titularidad pública vienen a trocarse en las ideas de algunos autores en un sistema de situaciones regladas. De este modo, la consideración de la prestación de servicios educativos como derecho de situaciones conduce a corroborar el aspecto publicístico de las relaciones que se dan en dicho contexto, especialmente cuando el prestador de los servicios es un centro docente de titularidad pública³⁸⁶.

La dificultad surge, como hemos señalado, en los casos en que se observa que la relación en cuyo proceso de nacimiento ha estado presente un acto administrativo —con el carácter de oferta contractual— tiene carácter privado³⁸⁷. Sólo puede darse a esta aparente antinomia dos soluciones que la eviten: o bien considerar que, por ejemplo, los actos administrativos son, en determinados casos, actos de Derecho privado, lo cual parece en rigor absurdo, o bien considerar que las relaciones educativas son relaciones de Derecho público, lo cual parece igualmente absurdo. La antinomia es puramente aparente. La única solución está en admitir que un acto administrativo catalogable dentro del Derecho público puede estar presente en el origen de relaciones de Derecho privado³⁸⁸.

³⁸⁶ Vid. LÓPEZ JACOISTE, J.J., *El arrendamiento como aportación del socio*, Rialp, Pamplona, 1963, pp. 93-95. El fenómeno es descrito por este autor en el terreno de las modernas legislaciones de arrendamientos: “Por otra parte, al no proceder tales derechos del arrendatario —se refiere a los derechos que inclinan el arrendamiento hacia una efectividad real— de otro título particular sino de la disposición estatal, se desvirtúa su carácter privado, y adquieren una marcada tonalidad publicística que se asemeja, *mutatis mutandis*, a la posición de un concesionario, pues aunque no sean derechos administrativos, tienen de común con estos su origen predominantemente estatal, siquiera sean concedidos por una Ley general. Además, el mismo carácter de las normas que consagran ese *dirigismo* contractual hace olvidar el tradicional empaque formal de las auténticas leyes, y empareja mejor con las disposiciones reglamentarias y de policía. No significa esto, claro está, que los derechos concedidos a los arrendatarios por las disposiciones especiales sean en sentido estricto de índole pública, pero lo dicho puede contribuir a delatar la “politicidad” latente en la legislación especial de arrendamientos.

³⁸⁷ “Nos encontramos en ese terreno movedizo y cambiante donde lo público y lo privado se entrecruzan extrañamente, de un modo difuso que induce a confusión, en esa sorprendente tierra de nadie o de todos que hace pensar en el absurdo de querer trazar una frontera” (DÍEZ-PICAZO, L., “Los llamados contratos forzosos”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 9, 1956, p. 101 (pp. 85—118).

³⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, L., “Los llamados contratos forzosos”, cit., 1956, p. 115. De hecho, esto es lo que sucede, en los contratos privados de la Administración, con la doctrina de los actos separables, recogida en el art. 9.3 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Para aceptar esta realidad es necesario tener presente que la realización del interés público —en nuestro caso de que todos los educandos reciban una formación integral— exige relacionar a personas sin contacto alguno entre ellas, y exige igualmente la determinación del contenido de cada relación, la reglamentación de cada caso. El Estado necesita descender de las alturas de la formulación de un deber ser general a la gestión de los intereses de la vida concreta. La intervención tiene que verificarse mediante un acto particular del Estado. Y es por ello por lo que, en muchos casos, el acto administrativo de admisión está presente en proceso de nacimiento de relaciones entre particulares³⁸⁹.

Nos parece que la clave para entender esta cuestión la daba ya DÍEZ-PICAZO, al señalar que toda relación jurídica es el cauce de un interés de sus titulares. La relación jurídica forzosamente constituida sirve de cauce a un interés privado —el de sus titulares— y a un interés público —el que el Estado busca satisfacer al llevarlas a cabo—. Ocurre, sin embargo, que el interés público no es más que la generalización de un tipo de interés privado de cuya gestión o realización se hace cargo el Estado³⁹⁰.

En conclusión, a nuestro juicio, la presencia de un acto administrativo de admisión en el proceso de nacimiento del complejo relacional padres-centro docente de titularidad pública o concertado-alumno menor de edad no elimina el carácter contractual de dicho complejo relacional, ni de ninguna de las relaciones internas que lo forman.

³⁸⁹ “Las fronteras del Derecho privado en la actualidad se pueden trazar —precisamente porque son móviles— de forma provisional y sectorial: provisional, porque están en marcha los procesos de privatización; sectorial, porque las fronteras —puesto que aún se puede hablar de fronteras— varía según el sector considerado (...) Derecho público y Derecho privado son dos caras de la misma moneda, dos recorridos de lectura en el desarrollo de la relación dinámica libertad-autoridad, dos modos de representar la posición de la persona en el mundo complejo y fascinante del Derecho de este fin de siglo” (ALPA, G, “Derecho público ‘y’ Derecho privado. Una discusión abierta”, *RDP*, n° 20, 1999, pp. 33 y 43).

³⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L, “Los llamados contratos forzosos”, cit., p. 117.

*b'.— La ausencia de ejercicio de potestad en el “desarrollo concreto de la actividad docente”*³⁹¹

Otro posible argumento para negar el carácter contractual y privado del complejo relacional educativo es el dato objetivo de que dicho complejo, en ocasiones, sirve de cauce para la actuación de potestades administrativas. Para superar esta aparente dificultad, es preciso delimitar correctamente aquellos aspectos de la prestación de servicios educativos que implican la actuación de una potestad administrativa.

Las actuaciones administrativas que se realicen en esos aspectos tendrán un indudable carácter público. Sin embargo, como veremos, es necesario estar atentos para evitar que esa caracterización pública invada aspectos de la prestación docente que no impliquen la actuación de una potestad³⁹².

Hasta ahora existía en la doctrina la idea difusa de que, una vez declarado el servicio público, se constituía una relación especial de sujeción dentro de la cual las potestades públicas eran netamente expansivas. El nuevo marco de actividad prestacional de la Administración nos hace repensar el alcance de este título jurídico, en el sentido de entenderlo más limitado, lo que significa, sin duda, un avance hacia una nueva concepción de las relaciones internas —dentro del servicio público— mucho más equilibrada³⁹³.

³⁹¹ STS 22.XII.1999 (Az. RJ 9487), FJ 3º.

³⁹² La jurisprudencia italiana ha considerado que una fundación no puede ser calificada como ente público sólo por el hecho de perseguir una finalidad no lucrativa y de estar sujetas a controles e injerencias de la autoridad gubernativa —siendo éstas características también de las fundaciones de Derecho privado—, sin que tampoco haya parecido relevante la circunstancia de que la fundación opere en el sector de la hospitalización o de la cura de los enfermos, siendo tal actividad esperable también de instituciones privadas. Tampoco ha admitido la jurisprudencia de ese país que la calificación de actividad de naturaleza pública sea automática consecuencia de la calificación pública del ente que la ejercita (ALPA, G, “Derecho público ‘y’ Derecho privado. Una discusión abierta”, *RDP*, XX, 1999, p. 25). En el caso particular se trataba de la *Fondazione Clinica del Lavoro di Pavia* (Cass. sez. un, 23.XI.1985, nº 5812).

³⁹³ DE LA CUÉTARA, J.M., “Perspectivas de los servicios públicos españoles”, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 1997, p. 78.

Así, incluso en el caso de servicios que puedan considerarse esenciales, en los que esté en particular justificado que la regulación pueda o deba ser más intensa e incisiva — con más posibilidades de límites positivos a las libertades y derechos económicos individuales en presencia, y con una intervención administrativa también más intensa y extensa en la medida en que pueda ser imprescindible para asegurar su adecuada prestación regular y continua y de forma que lleguen suficientemente a todos los ciudadanos que los requieran justamente—; incluso en esos casos, decíamos, se hace necesario definir a qué ámbitos del sector se extiende la *publicatio*, y, por tanto, en que aspectos de la prestación estamos ante un servicio público en el que la Administración se relaciona con los usuarios mediante relaciones de sujeción especial. Fuera de ese ámbito, una concepción equilibrada y moderna de las relaciones de la Administración con los usuarios reclama la concepción contractual de las mismas, que permitan la libre competencia en el sector correspondiente.

Pues bien, el preámbulo de la LOGSE señala cuáles habrán de ser el fundamento y las coordenadas de la actuación de potestades administrativas en el contexto educativo:

“El derecho a la educación es un derecho de carácter social. Reclama por tanto de los Poderes públicos las acciones positivas necesarias para su efectivo disfrute (...) La igualdad de todos los españoles ante el contenido esencial del referido derecho, la necesidad de que los estudios que conducen a la obtención de títulos académicos y profesionales de validez general se atengan a unos requisitos mínimos y preestablecidos, justifican que la formación de todos los alumnos tenga un contenido común, y para garantizarlo se atribuye al Gobierno la fijación de las enseñanzas mínimas que constituyen los aspectos básicos de currículo. A su vez, las Administraciones educativas competentes, respetando tales enseñanzas mínimas, establecerán el currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo”.

Por tanto, sin detenernos ahora en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³⁹⁴, se puede decir que las Administraciones Públicas ejercen, en el ámbito educativo, potestades de carácter normativo y de dirección³⁹⁵, así como de inspección y control³⁹⁶.

Además de estas potestades, como ya hemos señalado, la ley también atribuye a los poderes públicos el acto administrativo de admisión de alumnos en los centros educativos de titularidad estatal, y plantea la admisión de alumnos en centros concertados como ejercicio delegado de la potestad de admisión que corresponde a la Administración, por

³⁹⁴ Dicha distribución aparece concretada en el segundo apartado de la Disposición Adicional Primera de la LODE: “En todo caso, y por su propia naturaleza, corresponde al Estado: a) La ordenación general del sistema educativo; b) La programación general de la enseñanza en los términos establecidos en el art. 27 de la presente ley; c) La fijación de las enseñanzas mínimas y la regulación de las demás condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, válidos en todo el territorio español; d) La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149.1.30 de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Poderes públicos”.

³⁹⁵ En cuanto a la ordenación general del sistema educativo, el art. 27 LODE establece lo siguiente: “1.- Los Poderes públicos garantizarán el ejercicio efectivo del derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza, con la participación efectiva de todos los sectores afectados, que atienda adecuadamente las necesidades educativas y la creación de centros docentes”.

³⁹⁶ En cuanto a la potestad de inspección y control, el Preámbulo de la LOGSE establece con carácter general que “las Administraciones ejercerán la función inspectora con el objeto de asesorar a la comunidad educativa, colaborar en la renovación del sistema educativo y participar en la evaluación del mismo, así como asegurar el cumplimiento de la normativa vigente”. También con carácter general establece la LODE, en sus artículos 13 y 14, lo siguiente: Art. 13: “Todos los centros docentes tendrán una denominación específica y se inscribirán en un registro público dependiente de la Administración educativa competente (...)”. Art. 14: “1.— Todos los centros docentes deberán reunir unos requisitos mínimos para impartir las enseñanzas con garantía de calidad. El Gobierno establecerá reglamentariamente dichos requisitos mínimos. 2.— Los requisitos mínimos se referirán a titulación académica del profesorado, relación numérica alumno—profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares”.

Además de la actuación de esas potestades, la legislación educativa atribuye a las Administraciones Públicas el desarrollo de actividades de fomento, garantía y evaluación del sistema educativo: Preámbulo de la LOGSE: “A las Administraciones educativas corresponde el fomento de la investigación y de la innovación en los ámbitos curricular, metodológico, tecnológico, didáctico y organizativo” (*cfr.* también los arts. 55, 56.4, 57, 60.2 y 62 de la misma Ley).

cuanto en dicha admisión se han de seguir unos criterios tendentes a asegurar el derecho a la educación de cada uno de los componentes de la población en edad escolar³⁹⁷.

Todos los actos de la Administración competente en estos campos son, por tanto, actos administrativos susceptibles de recurso ante la autoridad jerárquica correspondiente y en la jurisdicción contencioso-administrativa³⁹⁸.

Sin embargo, la realidad cotidiana del proceso educativo pone de manifiesto que la mayoría de las actuaciones de los centros docentes de titularidad pública —o del profesorado que en ellos prestan sus servicios— no suponen el ejercicio de ninguna de las potestades anteriormente mencionadas.

En la década de los 90, la cuestión se había planteado ya en el sector sanitario.

En la STS de 12.VI.1997³⁹⁹, con motivo de una reclamación de responsabilidad contra el Hospital Universitario de Sevilla y contra el Servicio Andaluz de la Salud, el Tribunal Supremo reiteró la doctrina jurisprudencial según la cual “cuando las Entidades Gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), bien las que han venido a sucederle en las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en la materia, realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el

³⁹⁷ Art. 20 LODE. *Vid.* también, a este respecto, el Real Decreto 14 de marzo 1997, núm. 366/1997, por el que se regula el régimen de elección de centros de educación infantil, primaria y secundaria (Az. RCL 631/1997).

³⁹⁸ Art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

³⁹⁹ Az. RJ 4769.

marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo⁴⁰⁰. Manteniendo además que “resulta innegable que la actuación de la entidad demandada, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación”⁴⁰¹.

En la sentencia de 22.XII.1999⁴⁰², el Tribunal Supremo tuvo ocasión de ocuparse de la misma materia en el contexto de los servicios prestados por los centros docentes.

Aunque ya hicimos referencia a esta sentencia⁴⁰³, recordaremos aquí de nuevo los hechos que dieron lugar a la misma:

En la mañana del 13 de enero de 1988, un alumno de 1º de BUP del Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola con ocasión de hallarse en clase de educación física, bajo la dirección de la profesora de la asignatura, al realizar uno de los saltos que tenían lugar sobre trampolín elástico, y que consistía en efectuar una breve carrera de ocho metros aproximadamente, para a continuación tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta, como consecuencia de producirse un desequilibrio en el aire, cayó mal y se golpeó con la barbilla contra dicha colchoneta, lo que le causó graves lesiones y secuelas calificadas como de gran invalidez. El alumno formuló demanda

⁴⁰⁰ STS 18.II.1997 (Az. RJ 1240).

⁴⁰¹ STS 27.II.1995 (Az. RJ 4077).

⁴⁰² Az. RJ 9487.

⁴⁰³ *Vid. sup.* apdo. IV. 2. A. c.

contra la profesora de educación física, contra el director del colegio, contra la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, y contra la compañía de seguros con la que se tenía contratado seguro de responsabilidad civil⁴⁰⁴.

La Audiencia Provincial de Málaga entendió que el suceso ocurrió en el interior de un colegio público, a un alumno del mismo, y cuando en clase de gimnasia saltaba un determinado aparato a instancia de una profesora, la cual, igual que el director del Centro, también demandado, son funcionarios dependientes de la Consejería de Educación o de la Delegación provincial de la misma, y por su actuación como tales, y no por otra causa, son llamados al pleito. Para la Audiencia, el suceso ocurrió dentro de la esfera del *ius imperii* del que aparece revestida la Administración, en este caso autonómica, y afecta así mismo a los codemandados en cuanto que su actuación se desarrolla en el marco de un indudable servicio público y su posible negligencia no es la exigible a los particulares sino la revisable dentro del funcionamiento normal o anormal de la propia Administración.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, situándose en la línea jurisprudencial que ya había establecido para el sector sanitario, señaló lo siguiente:

“El tema nuclear del proceso lo constituyen las lesiones, y gravísimas secuelas, sufridas por un alumno de un Instituto con ocasión de desarrollar un ejercicio en la clase de educación física, y en el caso se plantea como fundamental, aparte de otros aspectos, si la profesora que dirigía la sesión adoptó todas las medidas de precaución aconsejables, en relación con las circunstancias del caso, para prevenir el evento dañoso. Sin perjuicio de

⁴⁰⁴ FJ 1º. Si bien el hecho ocurrió el día 13 enero de 1988, la demanda no se presentó hasta el 19 de julio de 1993. Esto explica que el demandante actuase personalmente, y no por medio de sus representantes legales. Por otro lado, el transcurso del plazo prescriptivo del año que establece el art. 1968.2º del CC fue interrumpido por la tramitación de una causa penal por el mismo hecho y por la reclamación previa en la vía gubernativa.

admitir la dificultad práctica de perfilar las líneas que acotan la diversa naturaleza de las actividades o campos de responsabilidad de la Administración en las perspectivas privada o netamente pública, sin embargo, en el supuesto que se enjuicia, parece criterio más correcto con arreglo a Derecho entender que el desarrollo concreto de la actividad docente —no se cuestiona el tipo de enseñanza, su calidad, o funcionamiento del servicio— no supone un servicio público *strictu sensu*, es decir, no es una actividad propiamente administrativa —con independencia de que lo sea la de control superior—⁴⁰⁵.

Y continúa:

“La profesora a la que se atribuye el ilícito civil era funcionario público, pero no actuaba en funciones de *imperio*; no estaba revestida, ni directamente, ni por delegación, de prerrogativa de índole público; no concurría en el caso una actuación de poder público en uso de las potestades públicas. La actividad en que se produjo la hipotética omisión negligente encaja más en el ámbito de las relaciones privadas de la Administración Pública, tanto más si se tiene en cuenta que el ámbito de actuación revestida de potestad de la Administración ha sido objeto jurisprudencialmente de una interpretación restrictiva, especialmente cuando la Administración se ocupa de tareas paralelas, sustitutivas de éstas, o en las que se dan en la sociedad las dos posibilidades operativas —por la Administración y por los particulares—, como ocurre con las sanitarias y con las docentes, entre otras”⁴⁰⁶.

Se puede concluir, por tanto, que la presencia de un centro docente de titularidad pública en el seno del complejo relacional educativo no supone el cambio de la naturaleza jurídica de dicho complejo, aunque en el proceso de su nacimiento esté presente un acto

⁴⁰⁵ FJ 3º

⁴⁰⁶ FJ 3º.

administrativo ni aunque entre los mismos sujetos que protagonizan dicho complejo se produzca, ocasionalmente y al margen del *desarrollo concreto de la actividad docente*, la actuación de potestades administrativas⁴⁰⁷.

Para concluir este apartado es importante indicar que, actualmente, en nada afecta a la competencia jurisdiccional el hecho de que las relaciones educativas puedan ser calificadas de relaciones jurídico-privadas, a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia del art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957⁴⁰⁸. Como es bien sabido, la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁰⁹, así como la conexas reformas del art. 9 de la LOPJ⁴¹⁰, atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia jurisdiccional para todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de la relación o del tipo de actividad del que se derive⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Vid., a este respecto, ATIENZA NAVARRO, M.L., *Responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, cit., pp. 297-307. Respecto a la responsabilidad de centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad, señala DÍAZ ALABART que “el hecho de que el agente sea alumno de un centro público y responda de sus actos dañosos el Estado, o que lo sea un centro privado, en cuyo caso será el titular del mismo el que tenga que responder, no cambia la naturaleza de esa responsabilidad (...) Es ésta una materia que en sí misma no plantea especiales problemas, pero que se ha convertido en un enorme rompecabezas, algunas de cuyas piezas son imposibles de encajar” (“Responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 24-25).

⁴⁰⁸ Ley de 26 de julio de 1957, derogada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —que, a su vez, ha sido modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero—.

⁴⁰⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio.

⁴¹⁰ Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ.

⁴¹¹ Art. 2.º LJCA y art. 9.4 LOPJ. Para profundizar en la cuestión en lo relativo al contexto educativo vid. DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, cit., pp. 50-69.

B.— FORMACIÓN DEL COMPLEJO RELACIONAL EDUCATIVO

a.— Nacimiento de la relación jurídica padres-centro docente

Según determina nuestro Código Civil, “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (art. 1254); y “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento” (art. 1258); completándose el sistema positivo con la afirmación de que “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” (art. 1262. 1º). El acuerdo de los contratantes se presenta, así, como el requisito básico del contrato, puesto que comprende en su expresión a los otros requisitos de su validez, sobre los que recae.

Pues bien, desde el punto de vista cronológico, se puede establecer la siguiente secuencia en la formación del contrato de educación:

Como ya dijimos, el derecho a la educación es, primariamente, un derecho del menor de edad frente a sus padres, que están obligados a educar a sus hijos y a procurarles una formación integral (art. 39.3 CE, 154 Código Civil). Entre los seis y los dieciséis años, como consecuencia del derecho-deber de escolarizar a los hijos, la prestación de educación a los hijos supone para los padres, no sólo continuar la educación en el seno familiar, sino también contratar los servicios educativos que desean sean recibidos por sus hijos.

La función práctica del contrato a favor de tercero consiste en realizar un doble efecto patrimonial empleando un medio único, puesto que, para el estipulante, el contrato implica una operación a través de la cual pretende obtener la finalidad propia del contrato de que se trate, donde se distingue su interés en la relación interna, y la que

se propone alcanzar con respecto al tercero mediante el compromiso del promitente, donde se halla el interés en que el derecho se atribuya al tercero, y ello porque el estipulante no se propone simplemente aprovechar a un tercero, es decir, no tiene en cuenta tan solo el interés del tercero sino también el suyo propio, porque, si bien muestra un interés en que al tercero se le atribuya un derecho, también habría que saber porqué quiere llegar a ese resultado. No basta con afirmar que la intención del estipulante en el contrato a favor del tercero consiste en que éste sea titular de un derecho, sino que, además de ello, se propone realizar su propio interés. A este respecto, el interés que determina al estipulante a establecer un pacto semejante puede consistir en solventar una propia deuda frente al tercero, en tal caso acreedor suyo con anterioridad; que es lo que ocurre en el caso del contrato de educación, a través del cual los padres cumplen el deber de proporcionar a sus hijos una formación integral⁴¹².

En cumplimiento de esa obligación legal, los padres comienzan en un determinado momento los tratos preliminares con uno o varios centros docentes.

El papel de esos tratos preliminares en el *iter* negocial del contrato de educación será muy dispar, según la actitud que adopten los padres, que podrá ir, desde la comprobación minuciosa de las condiciones que finalmente van a integrar la oferta contractual del centro docente, hasta aquella otra que llegue a rozar el terreno de las relaciones contractuales fácticas⁴¹³.

⁴¹² PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 156-159.

⁴¹³ “La mayor parte de la población está hoy abocada a procurarse los bienes vitales de un modo público. Especialmente, en la medida en que, al aumentar la densidad de población y el nivel de vida, se hace más estrecho el espacio vital dominado y más ancho el espacio vital efectivo, se intensifican las tareas de la Administración en el terreno del ofrecimiento de prestaciones. Esta evolución no se realiza de acuerdo con unas formas jurídicas que sean claras y unitarias, sino que el fenómeno de la *daseinvorsorge* (atención a las necesidades vitales) supone hoy un cúmulo de disposiciones que en parte son de Derecho Administrativo, y en parte de Derecho Privado. Al lado de establecimientos que son parte integrante de la Administración inmediata o que pertenecen a la Administración mediata, como establecimientos públicos, se encuentran las empresas de Derecho Privado, que, o, son de economía mixta, con participación e influjo del Estado, de los Ayuntamientos o de otras corporaciones. Los establecimientos de Derecho público emplean, en las relaciones creadas para el aprovechamiento de sus fines, disposiciones de Derecho público junto al contrato de Derecho privado para regular sus relaciones jurídicas con los receptores de sus prestaciones. Aun cuando la concreta relación de prestación pertenece claramente a la esfera del Derecho privado, cabe preguntarse si en realidad el instrumento

Normalmente, sobre todo cuando se pretenda contratar los servicios de un centro docente privado —aunque cada vez más también en el caso de los públicos—, el objeto principal de los tratos preliminares será el “carácter propio” del colegio. La LODE, después de señalar que, en el marco de la Constitución y con respecto a los derechos garantizados en el Título Preliminar de esta Ley a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos, establece la obligación del titular de cada centro docente de poner dicho carácter propio en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa (art. 22).

Con ocasión del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LODE⁴¹⁴, el Tribunal Constitucional afirmó que todo titular de un centro educativo tiene derecho a tener un carácter propio que le defina y le diferencie de otros centros educativos, es decir,

normal del Derecho privado para la constitución de relaciones de prestación, es decir, el contrato, sirve para regular procesos vitales de este tipo. Las particularidades de las relaciones de prestación en el cuidado de las necesidades vitales derivan de su obligatoriedad masiva y de su accesibilidad general, lo que obliga al Derecho a establecer normativamente el contenido del contrato. De esta manera, hay en el derecho de las necesidades vitales una supresión de la esencia del contrato parecida a la que se da en las condiciones generales del negocio. En dichas relaciones contractuales la determinación de la voluntad de las partes queda volatilizada a un dejarse llevar, más o menos voluntario, hacia las consecuencias jurídicas de una relación vital, no que no haya previsto, sino que concibe simplemente como típica. Sin embargo, en estos casos, la conducta social típica de las partes —llevar a mis hijos al colegio— es la que da lugar a nacimiento de una relación de prestación, pues, al lado del principio de la conclusión del contrato, se reconoce hoy otra figura de constitución de relaciones obligacionales mediante procesos fácticos. De ahí que parezca posible mantener el principio contractual, aun a base de una restricción más o menos amplia de la autonomía privada. Se trata de una obligación de contratar legalmente impuesta, que, en cambio, respeta el principio de la conclusión del contrato en cuanto tal, y que además lo postula. Son contratos de contenido normado: la situación jurídica es similar a la que se da en la contratación con condiciones generales: las partes, en particular el receptor, aceptan de entrada la configuración interna de la relación establecida. Sobre estas bases, puede valorarse el ofrecimiento público del servicio de enseñanza como la oferta de un contrato, de forma que para la constitución basta ya simplemente con la aceptación de cada receptor individual del servicio” (SIEBERT, W, “Relaciones contractuales de hecho”, *RCDI*, n° 477, 1970, pp. 282-284).

⁴¹⁴ Recurso n° 180/1984, promovido por D. José María Ruiz-Gallardón, como comisionado de 53 diputados.

de otras “educaciones”, de otras maneras de educar; formas de educar que incluyen, no sólo aspectos morales y religiosos, sino también pedagógicos y organizativos⁴¹⁵.

Las explicaciones acerca del carácter propio del centro docente —transmitidas por escrito u oralmente— forman parte del deber de información que obliga al centro docente respecto a los padres en el proceso de formación del contrato de educación⁴¹⁶.

La obligación precontractual de información encierra dos aspectos: uno negativo, el de abstenerse de dar información errónea; uno positivo, el de transmitir toda la información exigible, sabiendo que será exigible toda la información que sea necesaria al acreedor de la obligación para formar adecuadamente su consentimiento contractual⁴¹⁷. Así, la determinación de la información que debe suministrar el deudor al acreedor de la obligación resulta de saber si éste último habría o no contratado si hubiese estado exactamente informado⁴¹⁸.

En cuanto a la “forma de la información”, tiende a generalizarse la presentación por escrito, tanto por las ventajas que presenta como por la necesidad de acudir a ella en determinados casos. En cuanto a las ventajas, destaca en primer lugar su estabilidad. La información escrita puede ser consultada en cualquier momento, sin necesidad de la presencia de la parte que la ha proporcionado. En segundo lugar, permite que el escrito sea cuidadosamente preparado, para que tanto su contenido como la forma de expresión contribuyan a los requisitos de veracidad y plenitud de la información. En tercer lugar, aunque no menos importante, debe ponerse de relieve el hecho de que un escrito facilita un medio probatorio del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información. Por otro lado, todo contratante debe observar una determinada diligencia

⁴¹⁵ STC 77/1985, de 27 de junio (Az. RTC 1985/77), FJ 8º: “El hecho de que el art. 4 del Proyecto no recoja expresamente el derecho de los padres a escoger ‘el tipo de educación que desean para sus hijos’ no supone forzosamente que el término ‘carácter propio’ haya de interpretarse en todo caso como limitado a aspectos morales y religiosos, excluyendo cualquier otro aspecto”.

⁴¹⁶ “En los tratos preliminares del contrato de educación, los padres y el centro docente intercambian pareceres acerca de lo que el colegio ofrece en su servicio y de lo que los padres esperan de su relación con el colegio respecto de la educación de su hijo menor” (TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 284).

⁴¹⁷ MORALES MORENO, A, “El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa”, *ADC*, nº 35, 1982, pp. 631 y ss.

⁴¹⁸ GÓMEZ CALLE, E, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, pp. 100-101.

tendente a que sus intereses no se vean perjudicados. En lo que respecta a la obligación de información esta diligencia se manifiesta en solicitar de la otra parte las precisiones que estime necesarias sobre las obligaciones que va a asumir antes de aceptarlas. Si omite esta carga de informarse, incurrirá en negligencia, por lo que después no podrá alegar su propio desconocimiento de tal o cuál punto sobre el cual tuvo la posibilidad de informarse⁴¹⁹.

Acabamos de ver que, en relación con los centros de titularidad privada, el art. 22.2 de la LODE establece que “el carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular”.

En cuanto a los centros de titularidad pública o concertados, el art. 5 Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, de régimen de elección de centro educativo, señala que “todos los centros sostenidos con fondos públicos deberán informar del contenido de su proyecto educativo y, en su caso, de su carácter propio a los padres o tutores y a los alumnos mayores de edad que soliciten plaza en dichos centros (...) En consecuencia, y en uso de su autonomía, los centros educativos adoptarán los procedimientos que consideren más adecuados para facilitar esa información a las familias”.

Por último, también se hace referencia al deber de información de los centros docentes durante la formación del contrato de educación en el art. 6 de la LO 9/1995, de 20 de noviembre, de participación, evaluación y gobierno de centros docentes:

“1.— Los centros elaborarán y aprobarán un proyecto educativo en el que se fijarán los objetivos, las prioridades y los procedimientos de actuación (...) Para la elaboración de dichas directrices deberá tenerse en cuenta las características del entorno escolar y las

⁴¹⁹ LLOBET I AGUADO, J, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 60-61.

necesidades educativas específicas de los alumnos, tomando en consideración las propuestas realizadas por el claustro;

2.— Las Administraciones educativas establecerán el marco general y colaborarán con los centros para que éstos hagan público su proyecto educativo, así como aquellos aspectos que puedan facilitar información sobre los centros y orientación a los alumnos y a sus padres o tutores, y favorecer, de esta forma, una mayor implicación de toda la comunidad educativa;

3.— El proyecto educativo de los centros privados concertados podrá incorporar el carácter propio al que se refiere el art. 22 de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, que en todo caso deberá hacerse público”.

Como ya vimos, la aportación de una información insuficiente o inexacta durante el proceso de formación del contrato de educación ha sido uno de los fundamentos más utilizados por los demandantes en Estados Unidos en sus reclamaciones por *educational malpractice*⁴²⁰. En nuestro país —aunque no sea un caso surgido en el ámbito de la enseñanza obligatoria— en el supuesto de hecho que originó la STS 24.XII.1994⁴²¹, una alumna de una academia de corte y confección demandó a ésta, alegando desconocimiento de que la enseñanza impartida carecía de validez oficial. El Tribunal Supremo rechazó esta argumentación (FJ 5º), basándose en que la publicidad acerca de que las enseñanzas que se impartían carecían de toda validez oficial se presentaba lo suficientemente expresiva y fácil de advertir, con lo cual no se creó confusión para albergar creencias o esperanzas fundadas de obtener titulación oficial.

Pues bien, terminados los tratos preliminares con uno o varios centros docentes, los padres solicitan la admisión de su hijo menor, también en uno o varios de ellos.

⁴²⁰ También como reconvencción en algunos casos en los que fue el colegio quien demandó a los padres en reclamación de cantidades no pagadas (*Wrightwood School v. Fritz*, 1999 WL 240727, Conn. Super. 1999; *Village Community School v Adler*, 478 N.Y.S. 2d 546, 1984).

⁴²¹ Az. RJ 9779.

Y es entonces cuando puede tener lugar la oferta contractual del centro docente, mediante la comunicación a los padres de la admisión de su hijo, para la que ninguna norma establece una forma especial⁴²², realizándose en muchas ocasiones mediante una simple conversación telefónica, e incluso tácitamente, al poner en conocimiento de los padres el plazo que tienen para matricular a su hijo en el colegio, así como otras normas de funcionamiento del colegio. Más aún, en los casos en los que hemos señalado que se roza el terreno de las relaciones contractuales fácticas, puede que sea en la comunicación de admisión cuando se ponga en conocimiento de los padres el “carácter propio” del centro.

La oferta contractual del centro docente realizada a través de la comunicación de admisión contiene una serie de condiciones establecidas unilateralmente por el centro, lo que sitúa a los padres en la posición de potenciales aceptantes de un verdadero contrato de adhesión⁴²³. Debido a ello, en la última década ha proliferado el uso de la documentación por escrito como forma del contrato de educación, por las ventajas prácticas que dicha forma reporta⁴²⁴. Aún así, el porcentaje de colegios que utilizan un verdadero modelo de contrato de educación es todavía ínfimo: los documentos utilizados son de solicitud o reserva de plaza, de matriculación de alumnos, de aceptación del proyecto educativo del centro, de domiciliación de cuotas, etc⁴²⁵.

⁴²² *Vid.*, respecto a los centros de titularidad pública, el art. 55 de la Ley 30/1992.

⁴²³ Ya en 1935, PAGUILLÓN lo expresaba de la siguiente manera: “El director expone la manera como ejecutará su tarea, las familias juzgan si esta pedagogía y esta técnica cumplen sus intenciones; en caso afirmativo, darán su asentimiento y el contrato quedará perfeccionado entre el Director y las familias. Estos últimos no han discutido las cláusulas, pero se ha adherido. Adherirse es consentir y la adhesión tiene el mismo valor desde el punto de vista jurídico que el consentimiento como resultante de una colaboración desde que se muestra que la libertad es libre y consciente. Tiene la única diferencia de que nace de una aprobación, mientras que el consentimiento resulta de una discusión. La expresión es clásica: contrato de adhesión” (*Le contrat d’éducation*, cit., p. 37).

⁴²⁴ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 212.

⁴²⁵ LÓPEZ TAPIA, F, “Obligaciones de los padres. Formalización de la relación con el centro”, cit., p. 77, tomando como base una encuesta realizada entre 55 centros educativos de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Algunos de los contratos no recogidos en el Código Civil se hallan ya disciplinados en leyes reguladoras de la materia que constituye el núcleo en torno al cual se organizan las correspondientes prestaciones⁴²⁶. En este sentido, el contrato de educación, en cuanto al modo de producirse o formarse la voluntad contractual, es un contrato de adhesión, cuyo contenido es elaborado unilateralmente por el centro educativo con anterioridad al momento de celebración del mismo y al que los padres, o en sus caso el menor, se adhieren, manifestando así su consentimiento. Además, en algunos casos, pueden existir determinadas “condiciones generales”, bajo la forma de reglamentos de régimen interior que pueden estar presentes o no en el momento de celebración del contrato. En el caso de que dichos reglamentos de régimen interior, carácter propio o proyecto educativo del centro no estuviesen en conocimiento de los padres, o en su caso del menor que contrate, a la hora de celebrarse el contrato educativo, estaríamos ante un caso de adhesión a condiciones generales no presentes en el momento de prestar el consentimiento contractual, y, por lo tanto, el contrato de educación sería nulo, total o parcialmente⁴²⁷.

La aceptación de los padres de la oferta contractual del colegio puede producirse de diversas formas.

En la mayoría de las ocasiones, la aceptación de los padres se produce en el momento de la matriculación de su hijo menor en un determinado centro docente. En un número elevado de centros educativos privados la matriculación va acompañada del otorgamiento de una señal de carácter pecuniario que luego podrá incorporarse al precio de la prestación educativa.

En otros casos, la formalización de la matrícula tiene un mero valor académico — de funcionamiento interno del colegio—. En estos supuestos, la voluntad de los padres de aceptar la oferta del colegio se manifiesta o coincide con un desembolso económico, pues

⁴²⁶ LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II (Derecho de Obligaciones), 1 (Teoría general del contrato), Dykinson, Madrid, 1999, p. 490.

⁴²⁷ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 221-222.

la aceptación se exterioriza con la suscripción por parte de los padres de una acción que les convierte en socios o cooperativistas del centro educativo.

Puede ocurrir, por último, que, tras los tratos preliminares y la oferta del colegio admitiendo al alumno, no haya mediado matriculación, ni señal, ni suscripción de acciones. De la observación de los hechos puede concluirse que, en último extremo, la presentación del alumno en el centro educativo el primer día lectivo del curso puede entenderse como señal inequívoca de que sus padres, o quienes hayan contratado su educación, han aceptado el contrato.

Llegados a este punto, hemos de hacer notar que, como ya dijimos, en ocasiones se ha defendido que en esta fase de formación del contrato de educación los padres aceptan la oferta contractual del centro docente actuando en representación de su hijo menor⁴²⁸.

Reiteramos ahora nuestra oposición a dicha concepción, por dos motivos fundamentales.

En primer lugar, porque los actos relativos al derecho a la educación —en cuanto que tiene un contenido propio de derecho de libertad, y en cuanto que el resultado de la recepción de un servicio educativo tendrá como resultado un determinado grado de formación— son actos relativos, al menos, a dos derechos de la personalidad: la libertad personal —de la que son manifestaciones tanto la libertad de opción moral, religiosa, filosófica, etc., como la libertad pedagógica—; y el grado de formación y educación de cada persona.

⁴²⁸ Voto particular del magistrado D. José Gimeno Sendra en la STC 260/1994, de 3 de octubre (Az. RTC 1994/260).

Como señala LÓPEZ JACOISTE, los derechos de la personalidad se centran en torno a bienes e intereses alejados de todo comercio, referidos a cualidades y dimensiones de carácter psíquico, espiritual y moral, de concepción social de la persona y de su identidad; en sentimientos íntimos y en lazos entrañables de vida familiar o concernientes al honor, intimidad y libertad; estados de ánimo y aptitudes de todo orden; dolores físicos o afectivos, designios legítimos, posición y capacidades subjetivas; en suma, componentes de la plenitud personal, de la dignidad y de la estimación del ser humano. De este modo, los derechos de la personalidad suponen un tener que en realidad forma parte del ser de la persona. Se contraponen así al dominio o posesión de recursos económicos o materiales que son extrínsecos a la personalidad y que pueden perderse⁴²⁹.

Así, el talento de una persona, su destreza profesional, su poder creador, etc., forman parte de su yo infungible, y, por ende, pueden ser reconocidos como derechos de la personalidad⁴³⁰.

Por este motivo, los actos relativos al derecho a la educación están excluidos del ámbito de representación legal de los hijos por sus padres, tal y como establece el art. 162.1º del Código Civil. Y ello con independencia del resultado de la interpretación que se haga del tenor literal de dicho artículo⁴³¹, y sin olvidar que lo dispuesto en dicho artículo no supone que el menor realizará por sí solo todos los actos relativos a sus derechos de la personalidad, sino que las posibles actuaciones de los padres en relación con esos derechos

⁴²⁹ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 39, 1986, p. 1068.

⁴³⁰ “La personalidad es un concepto jurídico que el ordenamiento no atribuye, sino que se limita a reconocer por el mero hecho del nacimiento. Recuérdese la fórmula del artículo 29 de nuestro Código Civil, de que el nacimiento *determina* la personalidad, o la del párrafo primero del BGB alemán, a cuyo tenor ‘la capacidad jurídica comienza con la terminación del nacimiento’. Reconocimiento que o es pleno o no lo es, pero que en caso afirmativo comprende el de todos los elementos que son de esencia de aquélla. Por eso se trata de derechos originarios al no precisar ningún mecanismo especial que determine la conexión con la titularidad, pues nacen y se extinguen con la misma persona” (BELTRÁN DE HEREDIA, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1976).

⁴³¹ Nos quedamos con la interpretación que hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien opina que la interpretación gramaticalmente más adecuada es la que considera exceptuados de la representación: I) los actos relativos a derechos de la personalidad; II) otros que el hijo pueda realizar por sí mismo, porque la ley lo autoriza, y, además, sus condiciones de madurez lo permiten (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico—civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., p. 1449).

no tendrán lugar en virtud de la representación legal del menor, sino en cumplimiento de su función de velar por él⁴³². Además, en el caso del derecho a la educación, esa función de los padres de velar por sus hijos encuentra expresión propia en la obligación de proporcionar a los hijos una formación integral, en la libertad de enseñanza de los padres, y en su derecho a contratar gratuitamente la educación básica que se haya de prestar a sus hijos, en tanto en cuanto sean ellos quienes la contraten.

Por ello, la idea de que los padres contratan la educación de sus hijos ejerciendo su representación legal supone una quiebra en la articulación recíproca de los derechos educativos: como ya señalamos, si cuando unos padres, al contratar una modalidad de servicios educativos —determinando así la educación de su hijo—, no le representan en esa elección, sino que hacen su elección personal, ejerciendo su derecho a determinar su educación —y satisfaciendo al mismo tiempo su derecho a ser educado, con ciertos límites, conforme a su elección—, sería incongruente entender que sí le representan en la dimensión patrimonial de dicha contratación, precisamente donde es más patente que son ellos quienes contratan los servicios para cumplir su obligación de proporcionarle una formación integral. Por otro lado, como también señalamos, el derecho de cada educando a recibir gratuitamente la enseñanza básica se traduce, mientras sean los padres quienes contraten dicha educación, en un derecho de éstos a no tener que hacer ningún desembolso económico a cambio de los servicios educativos que se presten a sus hijos, por lo que tampoco cabe hablar de representación en la esfera patrimonial de los hijos por los padres al contratar gratuitamente servicios educativos.

⁴³² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., p. 1440; FERNÁNDEZ COSTALES, J, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 118; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 70; GETE-ALONSO, C, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1992, p. 50; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 295.

Como segunda objeción al planteamiento apuntado reiteramos también que, con esa concepción se podrían dejar sin cobertura jurídica propia los derechos e intereses de los padres, que, como veremos a continuación, nacen de la posición específica que ostentan en el contrato de educación⁴³³.

Algún autor, como es el caso de EMBID IRUJO, critica la concepción del derecho de los padres a elegir el tipo de educación y la formación moral y religiosa de sus hijos como parte del contenido del derecho a la educación del menor. Para este autor, el predicar tan amplios contenidos del derecho a la educación equivale a desvirtuar el carácter de derecho fundamental perteneciente al alumno para convertirlo en una especie de garantía institucional donde pueden acogerse derechos e intereses de alumnos, padres y centros de enseñanza privados⁴³⁴.

Este autor critica, en concreto, la afirmación de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ de que “los derechos educativos de los menores se traducen en ciertos derechos de los padres, cuyo ejercicio se justifica en una traslación (...) desde la esfera propia de sus mismos hijos, además de venir exigidos por la posición jurídica que a los mismos padres corresponde”, porque entiende que los derechos de los padres a elegir el tipo de educación y la formación de sus hijos no son derechos reflejo del derecho a la educación de los hijos —ejercitados por los padres por vía de representación—, sino

⁴³³ Mientras en la representación todos los efectos del negocio representativo se producen a favor y en contra del representado y de la otra parte, en el contrato a favor de tercero se producen a favor o en contra de las partes y únicamente resulta, además, la adquisición de un derecho a favor del tercero (ALBALADEJO, M, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 347). Ninguno de los contratantes que estipulan a favor de otro quiere obrar en nombre ajeno, sino en nombre propio (TRAVIESAS, M, “La representación y otras instituciones afines”, *RDP*, nº 10, 1923, p. 50).

⁴³⁴ EMBID IRUJO, A, “El contenido del derecho a la educación”, *REDA*, nº 31, 1981, p. 670.

que se atribuyen a los padres en propio interés de éstos, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos de los padres —p.e., elegir la lengua en la que se educará su hijo— que sí son ejercitados por los padres en virtud de una verdadera representación.

Es decir, para EMBID IRUJO, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación y la formación religiosa y moral de sus hijos estaría atribuido a los padres en su propio interés, mientras que el derecho a ser educado en la propia lengua sería un derecho del hijo ejercido por los padres por vía de representación. Y ello porque —según afirma—, este derecho, aunque sólo es ejercitable por la acción del padre, no indica el ejercicio de un derecho paterno, pues la lengua es una cualidad personal del alumno y el derecho a recibir enseñanza en esa lengua tiene una atribución también personal, lo cual no ocurre en el caso de la elección de tipo de educación y de formación religiosa y moral, que se configura —siempre según EMBID—, como un derecho en relación a los propios intereses de los padres y a la defensa de la unidad familiar, y cae, por ello, dentro de un genérico derecho educativo de los padres.

Este razonamiento nos parece criticable por dos motivos.

En primer lugar, porque pensamos que ninguno de estos derechos es ejercido por los padres “por vía de representación”, pues, como ya indicamos, entendemos que lo que en puridad ocurre es que esos derechos —contenido de la libertad de enseñanza— se atribuyen a los padres para proteger el derecho de los hijos a ser educados conforme a las determinaciones de sus padres —contenido propio del derecho a la educación— como fruto de la presunción *iuris tantum* de que eso es lo más beneficioso para los hijos.

En segundo lugar, porque, a nuestro modo de ver, detrás de la afirmación de que el derecho de los padres a elegir la educación y la formación religiosa y moral de sus hijos se atribuye a los padres en su propio interés y para preservar la unidad familiar hay una concepción arcaica de la patria potestad, que no tiene en cuenta lo que dicen los arts. 154 y 155 del CC, esto es, que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”.

La distinción, dentro de los derechos-deberes de la patria potestad, entre derechos-deberes ejercidos en interés del hijo y derechos-deberes ejercidos en interés de los padres o de la “unidad familiar” nos parece contraria a los principios que inspiran la moderna regulación de la patria potestad. De hecho, el mismo EMBID termina su argumentación haciendo referencia a la posibilidad de que sea la propia ley la que permita a los menores, a partir de cierta edad, decidir la formación religiosa que quieren recibir, pero entiende que ese derecho de elección sólo sería derecho del menor cuando la ley expresamente lo prevea, lo cual absolutizaría el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, dejando desprotegido al menor cuando, alcanzada la madurez de juicio necesaria, optase por recibir una formación distinta a la que sus padres eligieron para él hasta ese momento. Y ello, como creemos haber demostrado en las páginas anteriores, sería conculcar en este aspecto el derecho del hijo a la educación, que, desde su madurez de juicio, deja de ser un derecho a ser educado conforme a las determinaciones de los padres, y pasa a ser un derecho del hijo a decidir sobre su propia educación, y todo ello con independencia de que serán muy infrecuentes los casos en que la opción del hijo difiera de la de los padres antes de alcanzada la mayoría de edad.

Damos ahora un paso adelante en el *iter* negocial del contrato de educación.

Desde que el centro educativo tiene conocimiento de la aceptación de su oferta contractual —en cualquiera de las diversas modalidades de expresión de la aceptación mencionadas—, el contrato queda perfeccionado, y se produce el nacimiento de la relación jurídica entre el centro docente y los padres de menor cuya educación se contrata⁴³⁵.

Esta relación se añade a la relación paterno filial, formando así el segundo “lado” del triángulo educativo, que deberá ser completado con el nacimiento de la relación jurídica entre el centro docente y el alumno menor de edad para conformar definitivamente el triángulo al que pretendemos atribuir la configuración jurídica de contrato a favor de tercero⁴³⁶.

⁴³⁵ *Cfr.*, a este respecto, MATHOV, E, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos”, *L.L.*, nº 30, 1996, p. 12, quien explícitamente reconoce que en ese momento se conforma una verdadera estipulación a favor de tercero. *Vid.* también TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 289; argumento art. 1262, párrafo segundo. Para esta autora, en la formación sucesiva del contrato de educación, la oferta del centro docente puede adaptarse sin violencia a la figura del precontrato —en su modalidad de contrato de opción—: el titular del centro docente, cuando comunica a los padres la admisión de su hijo, atribuye a éstos el derecho de decidir sobre la eficacia del contrato educativo proyectado en las etapas de intercambio de opiniones que precedieron a la admisión. Los padres, en su caso, deberán decidir en el plazo fijado por el colegio —que puede ser el establecido para la formalización de la matrícula en unos casos, o hasta el mismo día de comienzo del curso lectivo en último extremo— si dan eficacia o no —mediante su aceptación— al contrato de educación proyectado. El centro docente se obliga a reservar la plaza escolar correspondiente durante el lapso de tiempo establecido para que los padres ejerciten su derecho de optar por ese contrato educativo. Transcurrido el plazo —que variará según la práctica de cada colegio— sin que los padres hayan aceptado, el titular del centro docente podrá disponer libremente de esa plaza escolar, y el *iter* negocial del contrato quedaría inconcluso. En el caso de que, al intentar los padres matricular a su hijo menor, suscribir la acción, aportar la señal, etc., el centro educativo se negara a recibir al alumno que ha admitido con anterioridad, habría lugar al resarcimiento a través de la indemnización de daños y perjuicios, o podría sustituirse al colegio en la perfección del contrato exigiendo el cumplimiento en forma específica (*ibid.*, pp. 294-295).

⁴³⁶ “Se suele estudiar como efecto fundamental del contrato a favor de tercero la creación de una triple relación jurídica. A pesar de que las relaciones que directamente surgen de este tipo de contratos son dos, la formada por estipulante y promitente y otra entre éste último y el tercero, también se puede mencionar la relación subyacente que media entre estipulante y tercero,

b.— Nacimiento de la relación jurídica centro docente-alumno menor de edad

a'.— No intervención del menor en el contrato

Todo contrato a favor de tercero supone una operación triangular, en la que intervienen como contratantes el promitente —centro docente en este caso—, o sea, el que se obliga a realizar la prestación en provecho de tercero; el estipulante o promisorio, que es el que acepta dicha promesa —los padres—, y el tercero, que es el beneficiario —el hijo menor de edad—⁴³⁷.

Sin embargo, para encontrarnos ante un verdadero contrato a favor de tercero, el tercero debe ser verdaderamente extraño a la convención celebrada entre el estipulante y el promitente, pues es evidente que si el pretendido tercero ha sido en la realidad jurídica parte en la convención, hay un contrato en los términos del Derecho común, sin la menor estipulación para otro⁴³⁸. Tal sucede, por ejemplo, si el pretendido tercero había sido representado en el acto por el estipulante, posibilidad que hemos excluido en

relación que puede obedecer a distintas causas y en la que se descubre el interés que impulsa al estipulante para que el beneficiario reciba, a través del promitente, una atribución patrimonial” (PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 92).

⁴³⁷ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., p. 6.

⁴³⁸ BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., pp. 6-7. “Al tiempo de la perfección del acuerdo entre promitente y estipulante, el destinatario final de la prestación objeto de la obligación del promitente, es decir, el beneficiario de la misma, es un extraño a la relación contractual constitutiva del contrato base. Ello sucede si la posición que ocupa el beneficiario del pacto cumple la característica de carecer absolutamente de la condición de parte, por faltar su intervención personal en la conclusión del contrato, tanto directa como indirectamente. De otra forma, si el denominado tercero ha tenido participación en alguna medida en la convención, será destinatario de los efectos del contrato por aplicación de la regla general, como consecuencia de una propia actuación. Esa participación puede producirse de una manera formal, cuando el tercero interviene en la conclusión del contrato expresando su consentimiento en la creación del vínculo, o bien en sentido sustancial cuando, sin haber concurrido a la celebración del contrato, en cambio tiene la consideración de parte por ser centro de imputación de derechos y obligaciones como titular de los intereses regulados en el contrato” (PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 11-12).

el caso de la contratación de servicios educativos por los padres, teniendo en cuenta el modelo de articulación recíproca de los derechos educativos fundamentales que se deduce de nuestro texto constitucional.

Como explica TAULER ROMERO, cuando los padres contratan la educación de su hijo menor de edad, éste es un “tercero” en el sentido propio de persona extraña a la convención, ya que es ajeno al contrato, y no se halla representado en él. Y añade que esa consideración de tercero no se pierde debido al interés que el menor pueda tener en su propia educación⁴³⁹.

En efecto, incluso cabe la posibilidad de que el interés del menor en su propia educación se manifieste durante los tratos preliminares con el centro docente en el acuerdo o desacuerdo con la opción educativa escogida por sus padres. Es más, pensamos que del art. 154 del Código Civil se deduce la obligación de los padres de oír a sus hijos antes de contratar su educación cuando tuvieren suficiente juicio⁴⁴⁰. Sin embargo, como veremos a continuación, será el momento de la aceptación del menor como tercero el momento adecuado para la realización jurídica efectiva de su interés.

⁴³⁹ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 197-198.

⁴⁴⁰ “Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten” (art. 154 CC). Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, en determinados supuestos se prevé la intervención del menor en los asuntos que le conciernen —“ser oído”, “expresar su opinión”— cualquiera que sea su edad cronológica, dependiendo de sus concretas condiciones de madurez, de que tenga “suficiente juicio”, medido caso por caso, en atención a las circunstancias y a la índole del asunto. Parece responder este planteamiento a las ideas de “capacidad progresiva” y “desarrollo evolutivo en el ejercicio de sus derechos”, de que se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996: “Así, el concepto ‘ser escuchado si tuviere suficiente juicio’ se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos” (LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 2º, Dykinson, Madrid, 1998, p. 124).

b'.— Aceptación del beneficiario: la declaración de voluntad del menor educando

Es éste el punto más conflictivo con el que nos vamos a encontrar en la tarea de atribuir al contrato educativo la configuración jurídica de contrato a favor de tercero.

GARCÍA ABELLÁN, al plantearse esta posibilidad, la desecha precisamente por entender que el menor, por sí mismo, no tiene capacidad para aceptar lo estipulado en su favor, aceptación que habría de hacer precisamente quien tuvo intervención en el contrato como estipulante⁴⁴¹.

Para salvar esta objeción, es necesario estudiar previamente en qué consiste la aceptación del beneficiario en el contrato a favor de tercero, con el objeto de poder discernir si el menor puede llevar a cabo por sí mismo dicho acto jurídico, y si el contenido de dicho acto será o no el mismo con independencia de su edad.

El art. 1257 del Código Civil establece, en su segundo párrafo, que “si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento *siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*”.

Como es sabido, este artículo está tomado del art. 977 del Proyecto de 1851, cuyo párrafo segundo establecía lo siguiente: “Sin embargo, si en el contrato se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada”.

⁴⁴¹ GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, cit., p. 58.

A su vez, comentando este párrafo, GARCÍA GOYENA subraya que está tomado del inciso final del artículo 1121 del Código Civil francés, precepto que dispone que se puede estipular en provecho de un tercero, siempre que ello sea la condición de una estipulación que se hace para sí mismo, o de una donación que se hace a otro, y que termina indicando que aquél que pacte esta estipulación no puede revocarla, si el tercero declara querer aprovecharse. Concluye por ello el mismo autor que debe entenderse que la aceptación exigida por nuestro Código equivale a la declaración de voluntad de querer aprovechar la estipulación a que dicho artículo del Código de Napoleón se refiere⁴⁴².

Literalmente, el artículo 1257 de nuestro Código Civil viene a decir que es un presupuesto necesario para exigir el cumplimiento de la prestación que el tercero haya notificado su aceptación al obligado. En este sentido, cabría entender que la estipulación en provecho de tercero es una cláusula contenida en un contrato y sujeta a una condición suspensiva —la de que acepte el tercero en cuyo favor está establecida la estipulación— y que el cumplimiento de tal condición, o sea la aceptación, tiene efecto retroactivo.

Tal concepción del mecanismo atributivo propio del contrato a favor de tercero es más frecuente en los ordenamientos jurídicos con legislaciones civiles inspiradas en la codificación napoleónica. Sin embargo, es necesario distinguir diversas posturas.

Por un lado, la de quienes entienden que la declaración del tercero es una verdadera aceptación contractual, que daría lugar a un nuevo contrato entre el tercero y el promitente⁴⁴³.

⁴⁴² Citado por BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., p. 23. También el artículo 1128 del Código Civil italiano de 1865 hacía referencia a la actuación del tercero como declaración de querer aprovecharse de los estipulado en su favor: “*Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatto questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare*”.

⁴⁴³ LAURENT, F, *Principes de Droit civil*, XV, Bruselas, 1878, p. 639; DE BUEN, D, “La estipulación a provecho de tercero”, *RGLJ*, nº 227, 1923, p. 227; RICCI, *Derecho Civil teórico y práctico*, XIII, Antalbe, Barcelona, 1985, p. 90; COSSÍO-CORRAL, A, *Instituciones de Derecho Civil*, I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 469-470.

Por otro lado, la de quienes asimilan la posición del tercero, que tendría un derecho inmediato por obra de la estipulación, con la situación del heredero que adquiere la herencia desde el mismo día del fallecimiento y que no hace luego más que confirmar ese derecho por medio de la aceptación⁴⁴⁴.

Por último, la de aquellos que —coincidiendo con la concepción propia de legislaciones más modernas— entienden que la actuación del tercero, en cuanto es una declaración de querer aprovecharse, no es asimilable a una verdadera aceptación, de modo que el derecho a la prestación contra el promitente tendría su origen en el contrato concluido entre éste último y el estipulante, de suerte que la adquisición del beneficio estipulado se produciría antes de que el tercero hubiese manifestado su intención de aprovecharse⁴⁴⁵. Para salvar la objeción de que se exija legislativamente la declaración del tercero de querer aprovecharse de la atribución a su favor, se afirma que su concurrencia se precisa para sustraer dicha atribución del poder de revocación del estipulante⁴⁴⁶. Si bien hay quienes, dentro de esta postura, ponen el acento en que, aunque del derecho del tercero nazca del contrato, esta adquisición no se le puede imponer, por lo que es necesario que se manifieste al respecto⁴⁴⁷.

Sin embargo, el tenor literal del artículo también señala que la aceptación por el tercero debe tener lugar antes de que haya sido revocada la estipulación que le otorga el derecho. Desde este punto de vista, podría explicarse la aceptación como un límite a la facultad de revocar, expresamente prevista en la norma legal citada, lo cual quiere decir

⁴⁴⁴ GIOVENE, “La funzione giuridica della dichiarazione del terzo”, *Riv. Dir. Comm.*, 1915, p. 301; GAUDEMET, *Teoría General de las obligaciones*, traducción y notas del Derecho mexicano por Macedo, Porrúa, México, 1974, p. 269; COLIN-CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, III, traducción y notas de De Buen, Reus, Madrid, 1951; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, con PUIG BRUTAU, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, p. 225; CASALS COLLDECARRERA, M., “Contrato a favor de tercero”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V, Barcelona, 1953, p. 368. PACHIONI —*Los contratos a favor de tercero. Estudios de Derecho Romano, civil y mercantil*, traducción de Javier Osset, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, p. 196— considera erróneo querer argumentar por analogía con la herencia y los legados, que son disposiciones de última voluntad.

⁴⁴⁵ STARK, *Obligations*, ROLAND/BOYER, III, 3ª ed., Litec, 1989, pp. 517-518; JOSSERAND, *Cours de Droit positif français*, II, 2ª ed., Recueil Sirey, París, p. 159.

⁴⁴⁶ CARIOTA-FERRARA, “Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi”, *Riv. Dir. Civ.*, 1960, p. 362.

⁴⁴⁷ ESMEIN, *Traité Pratique de Droit Civil français*, con PLANIOL/RIPERT, VI, 2ª ed., París, 1952, p. 458; CARBONNIER, *Derecho Civil*, II, 2, Boch, Barcelona, 1971, pp. 442—444; FOLCO, “Il diritto del terzo nei contratti a favore di terzi”, *Riv. Dir. Civ.*, 1934, p. 40; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, IV, 5ª ed., Firenze, 1926, p. 172.

que antes de que el tercero manifieste que acepta y se lo haga saber la obligado, ya es titular del derecho que nace del contrato y que se le atribuye⁴⁴⁸.

Esta concepción —de adquisición directa— del mecanismo atributivo del contrato a favor de tercero es el establecido en las regulaciones más modernas del dicha figura.

Tanto el art. 1411, párrafo segundo, del Código italiano de 1942⁴⁴⁹, como el art. 444 del Código Civil portugués de 1966⁴⁵⁰ acogen esta concepción.

El Código Civil alemán, por su parte, aunque fue pionero en el reconocimiento legislativo de este mecanismo⁴⁵¹, establece, junto al mismo, una serie de criterios interpretativos que habrán de tenerse en cuenta a la hora de determinar, en cada caso concreto, la manera en que tiene lugar el nacimiento del derecho del tercero. Así, se señala que, en defecto de una especial disposición se deducirá de las circunstancias y, en particular, de la finalidad del contrato, si el tercero adquiere el derecho, si el derecho del tercero surge inmediatamente o bajo determinadas condiciones, y si deben reservarse a los contratantes las facultades de revocar o modificar el derecho del tercero sin su consentimiento⁴⁵².

En las decisiones adoptadas por nuestro Tribunal Supremo en aquellos casos en que se planteó la aplicación del art. 1257, párrafo segundo, se suceden las referencias al

⁴⁴⁸ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 219.

⁴⁴⁹ “Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finchè il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne proffitare”.

DONADIO —“Contratto a favore di terzi”, *Nss. D. I.*, IV, pp. 658— indica que, con este párrafo, queda resuelto el problema relativo al nacimiento del derecho del tercero.

⁴⁵⁰ “O terceiro a favor de quem for convencionada a promessa adquire direito à prestação, independentemente de aceitação”.

⁴⁵¹ El apartado primero del párrafo 328 del BGB dispone lo siguiente: “*Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung begüht werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt die Leistung zu fordern*”.

⁴⁵² Párrafo 328, segundo apartado: “*In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschliessende die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder ändern*”. HASSOLD —*Zur Leistung im Drei personenverhältnis. Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell*, Munich, 1981, p. 250— señala que el derecho del tercero es, en la concepción del Código Civil alemán, un derecho adquirido directamente por el tercero, sin su adhesión al contrato o cualquier otra participación por su parte. Según este autor, la mencionada formulación se ha ordenado exclusivamente para acabar con las disputas acerca de la teoría de la adhesión, proclamando la independencia y originalidad del derecho perteneciente al tercero.

requisito de la aceptación exigiendo que se haya emitido por el tercero, según la doctrina de que no puede una persona quedar sujeta sin su consentimiento.

En unas ocasiones se ha declarado que la aceptación opera como verdadera condición suspensiva con relación a la eficacia del contrato⁴⁵³.

Sin embargo, predominan las sentencias en las que se alude a la aceptación como declaración de querer aprovechar la estipulación, no tratándose, pues, de una aceptación ni de una ratificación, sino de una adhesión elevada por la Ley a verdadero y propio requisito (*conditio iuris*) para que surja el derecho del tercero. Sería, en definitiva, no una aceptación, sino una declaración que se requiere porque el tercero algo tiene que decir sobre la adquisición del derecho⁴⁵⁴.

De acuerdo con esta orientación jurisprudencial, la adhesión de la que se trata no debe serlo al contrato en el que se pacta el derecho a favor del tercero, pues en tal caso éste asumiría la condición de parte, a la manera en que se contempla en el art. 1259, párrafo segundo, del Código Civil, que habla de ratificación y que tiene eficacia retroactiva. Tal adhesión se estima como requisito para que el resultado que se tiende a obtener se logre efectivamente. Es decir, si bien el tercero es titular en potencia del derecho que se le otorga a través del contrato, no se entiende que lo adquiere hasta que no dé su conformidad a la atribución que se destina, de manera que, a partir de ese instante, la revocación no será viable porque el carácter claudicante con que se contempla la posición del tercero hasta entonces pasa a ser definitivo. Dicha adhesión sería, en definitiva, un acto unilateral del

⁴⁵³ STS 9.XII.1940 (Az. RJ 1131).

⁴⁵⁴ SSTs 10.XII.1956 (Az. RJ 4126), 9.IV.1985 (Az. RJ 1687), 31.I.1986 (Az. RJ 443), 6.III.1989 (Az. RJ 1998), 11.III.1991 (Az. RJ 2212).

tercero de apropiación del derecho creado sin su cooperación, pero que no tiene por finalidad que el tercero alcance la cualidad de contratante, sino la de acreedor⁴⁵⁵.

Es más, aún en el caso de que se entienda que las partes del contrato originan un derecho a favor del tercero y propician la adquisición inmediata, dicha concepción no supone un impedimento para que el tercero pueda manifestar su conformidad o disconformidad con dicha adquisición. En el primer caso, el ejercicio del poder de exigencia que le otorga la ley supone un acto de realización del derecho que le pertenece, y en el segundo caso, no sólo no hace valer el derecho, sino que manifiesta su disconformidad renunciando a él por no tener interés en su adquisición. Siempre quedaría, en definitiva, a voluntad del tercero la realización de su interés⁴⁵⁶.

La propia flexibilidad del mecanismo del contrato a favor de tercero, hace que, para alcanzar una solución conveniente que explique de qué manera puede un tercero ser acreedor del promitente, quien, a su vez, es deudor del estipulante, quizá no sea posible partir de premisas tan tajantes como cuestionables, sino procurando determinar los puntos de conflicto entre los sujetos que se encuentran involucrados en un contrato a favor de tercero y, de acuerdo con ello, tratar de establecer las situaciones jurídicas que ocupan para resolver sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, en la medida que sea posible de acuerdo con las reglas generales⁴⁵⁷.

De hecho, por cualquiera de estos caminos se llega a la solución que en el Derecho moderno responde mejor a las exigencias de la vida y al concepto dominante de los efectos

⁴⁵⁵ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 226.

⁴⁵⁶ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 240-241.

⁴⁵⁷ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 128.

de la estipulación: se llega a la afirmación de que el derecho del tercero, aunque supone la aceptación del mismo, porque a nadie se le puede enriquecer contra su voluntad, arranca, no obstante, de la misma estipulación, que por sí lo produce, sin que la aceptación signifique otra cosa, en definitiva, más que la voluntad de pasar por lo que otros han hecho en su favor⁴⁵⁸.

Sin embargo, el hecho de haber optado nuestro legislador por el empleo de la expresión “aceptación”, recogida en el art. 1257, párrafo segundo, del Código Civil, ha condicionado de una forma singular a la doctrina y a la jurisprudencia españolas, puesto que ha servido de argumento para entender que se trata de un verdadero y propio requisito para la adquisición del derecho.

Por ello, siempre se ha exigido, de una u otra forma, la aceptación del tercero, más siempre con cierta flexibilidad en cuanto a la formalización y modo de exteriorización de esta especial declaración de voluntad.

Es llamativo, a este respecto, que en el contrato de seguro de responsabilidad civil, considerado por un sector doctrinal mayoritario como contrato a favor de tercero, presente varias peculiaridades en relación con la regulación general de dicha figura, contenida en el art. 1257 del Código Civil⁴⁵⁹. Por un lado, se admite en dicho contrato que la reclamación del cumplimiento sea considerada una aceptación tácita por parte del beneficiario. Por otro

⁴⁵⁸ BONET RAMÓN, F, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 23.

⁴⁵⁹ A favor, *vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, XVII, 1, A, cit., p. 412; en contra, CALZADA CONDE, *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 300.

lado, aunque el perjudicado acepte con la reclamación, esta declaración de voluntad no opera como límite de una eventual revocación del asegurado⁴⁶⁰.

La misma flexibilidad en cuanto a la inserción de una figura contractual en el marco del contrato a favor de tercero se observa en el seguro de vida, en cuya regulación legal la aceptación del beneficiario es un dato jurídicamente irrelevante, pues la Ley del Contrato de Seguro prescribe la facultad ilimitada que tiene el asegurado para revocar la designación del beneficiario⁴⁶¹. Es decir, mientras la voluntad del asegurado no sea firme y dirigida a procurar al beneficiario un derecho definitivo, la decisión de éste expresada con la aceptación carece de virtualidad⁴⁶².

Pues bien, teniendo presente esa flexibilidad con la que la doctrina y la jurisprudencia han tratado la declaración de voluntad del tercero de querer aprovecharse de los estipulado a su favor, estudiamos a continuación la actuación del beneficiario — alumno menor de edad— en el nacimiento del complejo relacional educativo, con el objeto de determinar si es posible encuadrar dicho complejo en el marco ofrecido por la regulación general del contrato a favor de tercero que el Código Civil nos ofrece.

Una vez perfeccionado el contrato de educación entre los padres del menor educando y el centro docente, nace un derecho a favor del menor educando, cuyo contenido básico es la prestación educativa del centro docente.

⁴⁶⁰ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 351.

⁴⁶¹ *Vid.* arts. 83 a 99 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

⁴⁶² La doctrina ha entendido, en general, que la figura del contrato sobre la vida hay que calificarla como contrato a favor de tercero: BROSETA PONS, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991, p. 580; GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, p. 495, quien sostiene que participa de la estipulación a favor de tercero aunque se separa de ella al permitir la revocación unilateral de la designación; PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 297-314.

Los padres y el centro docente, que ya están vinculados por una relación contractual —que puede hacer de base para la formación del complejo relacional educativo— vuelven entonces su atención hacia el menor educando.

Tanto si aceptamos la teoría de la adquisición inmediata del derecho por parte del menor, como si seguimos la teoría de la aceptación como condición suspensiva, lo cierto es que, para que el centro docente comience a prestar sus servicios educativos al menor de edad va a ser necesaria una cierta actuación de éste.

El menor —ciñéndonos al periodo comprendido entre los 6 y los 18 años— no tiene que aceptar el contrato concluido en su favor, si bien, como hemos dicho, puede manifestar en los tratos preliminares el interés inherente a su condición de acreedor potencial de la prestación educativa.

Ahora bien, lo que es indudable es que su actuación va a ser la que haga posible que el centro docente le eduque.

Hablando de la comunicación de la revocación por parte del estipulante al promitente —como condición de eficacia de la misma—, señala PÉREZ CONESA que la declaración revocatoria debe dirigirse al promitente para lograr la eficacia que se persigue con ella, consistente en la sobrevenida ineficacia de la estipulación anterior para que no se verifique, en adelante, la prestación a favor del tercero. Y continúa diciendo que, por ello, la revocación deberá comunicarse antes de que el promitente haya cumplido frente al

tercero designado como beneficiario, quien, además, *está aceptando con la recepción de la prestación*⁴⁶³.

Pues bien, esta modalidad de declaración de voluntad del tercero a la que hace referencia PÉREZ CONESA —la declaración de querer aprovecharse manifestada con el cumplimiento de la carga, propia del acreedor, de recibir la prestación— es, a nuestro juicio, la modalidad empleada comúnmente por el menor en el contrato educativo.

Sin embargo, vemos conveniente distinguir entre aquellos casos en los que el menor tenga ya madurez de juicio, de aquellos otros que no lo tenga.

ROMEO MALALDA⁴⁶⁴, preguntándose por el significado de la expresión “condiciones de madurez” (art. 162.1º CC), dice que algún autor ha puesto ese límite en la capacidad de discernimiento o de entender, en suma, la capacidad natural o de juicio, que se reconoce con carácter general para el ámbito familiar y tutelar entre los doce y los catorce años, y que el ordenamiento civil reconoce expresamente a los doce años —para consentir la adopción (art. 177.1)—⁴⁶⁵. Esta presunción —continúa— es en cualquier caso *iuris tantum*, y cabe la prueba en contrario acerca de la inmadurez del menor con una edad superior o la madurez de alguien menor de doce años⁴⁶⁶. Y señala, en último lugar, que la capacidad de discernimiento es además un concepto relativo, pues un individuo puede tener una capacidad de discernimiento para realizar unos actos y para otros no, ya que la capacidad necesaria difiere según la naturaleza y consecuencias del acto de que se trate⁴⁶⁷.

⁴⁶³ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 270.

⁴⁶⁴ ROMEO MALALDA, S, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *La Ley*, nº 5185, 2000, p. 2.

⁴⁶⁵ RAMOS CHAPARRO, E, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 257.

⁴⁶⁶ En relación con el tenor literal del art. 162.1º “no pueden establecerse unas condiciones de madurez en abstracto y a base de principios generales y asépticos, sino que la cuestión ha de ser reconducida a una consideración y valoración singular” (GONZÁLEZ MORÁN, L, “El art. 162.1º del Código Civil y el derecho del menor a la salud”, *La tutela de los derechos del menor*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, p. 218).

⁴⁶⁷ SANTOS MORÓN, M, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 33.

Como vimos, cuando el menor ha alcanzado ya la madurez de juicio, su derecho a la educación en cuanto derecho de libertad deja de consistir en el derecho a ser educado conforme a las determinaciones —pedagógicas y formativas— de sus padres, y pasa a ser él mismo el que puede decidir, mostrándose o no de acuerdo con la opción paterna.

En este caso, si, a pesar de haber manifestado en los tratos preliminares su disconformidad con la opción paterna, los padres contratan con un determinado centro educativo, el menor podrá dar cauce a la efectiva realización jurídica de su interés personal no aceptando el derecho que de ese contrato nace a su favor. La no aceptación podrá manifestarla explícitamente antes del momento previsto para el inicio de la prestación —comienzo del curso escolar— o bien, tácitamente, con su no concurrencia a la recepción de la prestación.

En este último caso, es importante tener en cuenta que la disconformidad con la opción educativa paterna puede ser sobrevenida, y producirse cuando el menor ya ha comenzado a recibir la prestación de servicios educativos. Estaríamos en este caso ante un supuesto de renuncia del tercero al derecho nacido a su favor.

Si el menor tiene una edad inferior a los 16 años y suficiente madurez de juicio, su no aceptación obligaría a los padres a contratar a su favor la educación que él mismo solicite, siempre que esté de acuerdo con sus posibilidades económicas.

Si el menor tiene entre 16 y 18 años, su no aceptación puede estar motivada por la decisión de no prolongar su periodo de escolarización más allá del que es obligatorio,

supuesto en el cual la obligación de los padres de prestarle una formación integral dejaría de tener como contenido específico la escolarización del hijo.

Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos en los que el menor tiene más de seis años — y está, por tanto, en periodo de escolarización obligatoria— pero todavía no tiene madurez de juicio?

Para responder a esta pregunta comenzamos citando a DELGADO ECHEVERRÍA, quien opina que, lo mismo que la disyuntiva aparente del art. 162 .1º del Código Civil entre actuación por sí solo o representación es incorrecta —pues hay casos en que caben ambos caminos—, acaso tampoco sea correcto entender que la representación en los actos relativos a derechos de la personalidad sólo se excluye cuando el menor tiene madurez suficiente para actuar por sí⁴⁶⁸.

Pues bien, como dijimos, el derecho a la educación de ese menor en cuanto derecho de libertad, sigue consistiendo en el derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres. Esto, como vimos también, se traduce en el derecho de los padres a decidir la clase de educación y de formación religiosa y moral que quieran recibir sus hijos.

Sin embargo, no es ese derecho de los padres sino un medio de protección de la esfera jurídica personal del menor, que no queda anulada por la necesidad de asistencia de sus padres en esas decisiones. Como ya vimos, los padres eligen la educación para su hijo, pero lo hacen en cumplimiento de su función de velar por él —expresada en el ámbito educativo a través de la elección de la educación más conveniente según su juicio— y no

⁴⁶⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 2, “Personas”, Dykinson, Madrid, 1998, p. 127).

representándole. Que es esa y no otra la naturaleza jurídica de la actuación de los padres en relación con los derechos de la personalidad queda también reflejado en el tenor literal de importantes normas del moderno Derecho de menores. Así, en relación con la libertad ideológica del menor, el art. 14.2 de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁶⁹ establece que “los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de *guiar* al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”, mientras que el art. 16.3 de la Ley Orgánica del Menor señala que “los padres o tutores tienen el derecho y el deber de *cooperar* para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”.

Una manifestación de que, a pesar de la conveniente actuación de los padres, esa esfera última y personal del menor es intangible, es el hecho innegable de que, al llegar el momento del comienzo del curso escolar, la tarea de los padres —verdadera carga nacida del contrato educativo y tendente a hacer posible el cumplimiento de la prestación— consistirá en conseguir que el menor asista al colegio en condiciones de recibir los servicios educativos, lo cual no siempre será posible. El menor, a pesar de los esfuerzos paternos, ejerciendo su libertad personal, podrá dificultar —e incluso imposibilitar— su escolarización, lo que hará imposible el cumplimiento de la prestación nacida a su favor al contratar sus padres los servicios educativos.

¿No es ésta actuación del menor una verdadera declaración de voluntad de no querer aprovecharse de lo pactado en su favor? Es cierto que, al mismo tiempo, esa declaración de voluntad supone un incumplimiento por parte del menor de su obligación

⁴⁶⁹ Ratificada por España el 6.XII.1990 (BOE 31.XII.1990).

de ser escolarizado —y, seguramente, de su deber de obediencia a los padres⁴⁷⁰—, pero no por ello podemos negar que, con la negativa del menor, se hace imposible el cumplimiento de la prestación a su favor, lo cual es una manifestación más de que, del contrato de educación, nace un derecho a su favor, y un deber correlativo para el centro docente que no podrá cumplir si el menor-acreedor no quiere.

Es más, así como en otros ámbitos, en los que se plantea una problemática similar en relación con los menores sin condiciones de madurez—como, por ejemplo, en el caso de los tratamientos médicos—, los padres, en cumplimiento de su función de velar por él, pueden tomar la decisión de que se lleve a cabo el tratamiento a pesar de la oposición del menor —siempre que el mismo no vaya en perjuicio del menor⁴⁷¹—, en el ámbito educativo, por grandes que sean los esfuerzos de los padres, e incluso del centro docente, para hacer posible la concurrencia adecuada del menor para la recepción de los servicios educativos, siempre queda a voluntad del menor-acreedor —tercero respecto al contrato de educación— la realización de su propio interés educativo, característica que es, como ya señalamos, la esencia de la declaración de voluntad del beneficiario en el ámbito del contrato a favor de tercero. Y ello con independencia de la naturaleza jurídica que se quiera atribuir a dicha declaración de voluntad.

Dado que en estos casos, como en otros que estudiaremos a continuación, estamos ante supuestos de conflicto de intereses entre el menor y los padres se puede afirmar la

⁴⁷⁰ “El art. 162.1º, tiende a conferir al menor, y no a sus padres, la decisión de muchos asuntos ligados a su persona, tales como la publicación o no de una comedia suya inédita, o de su fotografía recogiendo un trofeo deportivo para anunciar una marca comercial; pero también en el ámbito de las opciones religiosas o políticas —adscribirse a una confesión religiosa, afiliarse a un partido, sindicato o asociación cultural, por ejemplo—, sin que la coordinación con la obediencia debida (art. 155) y el deber y facultad de educación (art. 154.1º) sea siempre fácil” (DELGADO ECHEVERRÍA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 2, “Personas”, Dykinson, Madrid, 1998, p. 126).

⁴⁷¹ ROMEO MALALDA, S, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, cit., pp. 3-4.

posibilidad teórica de que le sea nombrado al menor un defensor judicial⁴⁷². Incluso se puede afirmar la posibilidad, menos teórica, de que sea el centro docente —a través de sus responsables— el que advierta a los padres de la falta de concurrencia entre su opción educativa y la opción del menor, y les recomiende que, dada la falta de diligencia del hijo en la recepción de la prestación educativa —que incluso pueda estar perjudicando a sus compañeros—, procedan a la revocación de su estipulación.

En todos estos supuestos, no vemos inconveniente en afirmar que el derecho del menor a la prestación educativa nace con la perfección del contrato de educación, el cual se convierte en acreedor de la prestación desde ese momento. Es decir, la relación obligatoria entre el centro docente y el menor de edad, que completa el complejo relacional educativo, surge en el mismo momento en que se perfecciona el contrato de educación, siendo entonces la diligencia del menor como acreedor —y la de los padres en su carga de facilitar esa diligencia— la que hará o no posible el cumplimiento ininterrumpido de la estipulación a favor del menor.

Es, por tanto, la actuación del menor la que hará posible la prolongación de la vida del contrato de educación, o bien la que provocará su extinción. Y, por este motivo, nos parece especialmente acertada en este caso la expresión “declaración de querer aprovecharse”; declaración que puede seguir exclusivamente a una decisión consciente del menor —“quiero aprender”—, o que puede ser más o menos alentada por los padres —“verás lo mucho que vas a aprender”—, que de ese modo cooperan a la formación de la voluntad del menor.

Por último, hay que hacer notar que, en el caso de que la aceptación de los padres de la oferta contractual del centro docente se produjese con la presentación del alumno en

⁴⁷² Art. 163 del Código Civil.

el centro educativo el primer día lectivo del curso —y no con la matriculación, ni pago de señal, ni con la suscripción de acciones, lo cual, como dijimos, no es ya lo habitual—, la perfección del contrato de educación coincidiría con la actuación del menor —con su comparecencia a la recepción de la prestación—, pero habría que seguir distinguiendo entre la actuación de los padres —verdadera aceptación contractual— y la actuación del menor —declaración de voluntad como tercero de querer aprovecharse de lo estipulado en su favor—.

Somos conscientes de que estos planteamientos son realmente excepcionales en la práctica. Sin embargo, también es cierto que, para encuadrar una relación o un complejo de relaciones en una determinada configuración jurídica es necesario tener presentes todas las vicisitudes que pueden producirse en el seno de dicho complejo, algunos de las cuales —y muchas veces, las más intrincadas— son precisamente los que reclaman con más fuerza esa configuración.

El art. 1257 del Código Civil configura la declaración de voluntad del tercero de querer aprovecharse de lo estipulado en su favor como límite a la facultad del estipulante de revocar la estipulación. Ya hemos visto, sin embargo, que en nuestra doctrina se admite la configuración como contrato a favor de tercero de figuras, como el seguro de vida y el seguro de responsabilidad civil, en las que la declaración de voluntad del beneficiario no suponen tal limitación.

Por tanto, no afectaría a la posible configuración del contrato de educación como contrato a favor de tercero la admisión de una facultad de los padres de revocar el contrato educativo concluido a favor de sus hijos que no se viese limitada por la actuación de éste.

Aún así, creemos que en la vida del contrato de educación también se encuentra presente este aspecto de la regulación que el Código Civil hace del contrato a favor de tercero.

Una vez que el menor —actuando como acreedor diligente— ha empezado a recibir los servicios educativos del centro docente, puede ocurrir que los padres decidan cambiarle de centro docente, bien sea porque no están conformes con el modo en que dichos servicios se están prestando, bien sea por cualquier otro motivo —cambio de domicilio, de ciudad, etc.—. Pudiera parecer entonces que la facultad de los padres de revocar la estipulación a favor de su hijo, para concluir una nueva estipulación con un centro docente distinto, no se ve limitada por la previa declaración de voluntad del menor de querer aprovecharse de los servicios del primer centro docente. Y, en efecto, esa afirmación no es, a nuestro juicio, sino una apariencia, pues en el proceso de revocación de una estipulación y de conclusión de una nueva con otro centro docente la posición del menor es aparentemente pasiva.

Ahora bien, en nuestra opinión, el cambio de colegio supone, en realidad, una doble actuación jurídica. La iniciativa suele ser de los padres, aunque también en ocasiones lo es de los hijos, pues no se encuentran a gusto en un determinado centro docente. Se produce entonces un proceso inverso al que hemos descrito en el nacimiento de la triple relación que se da en el seno del contrato de educación.

En primer lugar tiene lugar la renuncia del menor a lo estipulado en su favor. La renuncia, como señala PÉREZ CONESA, es la declaración de voluntad del tercero que

viene a representar la negativa a aprovecharse, es decir, la no aceptación, y opera como acto jurídico causante de un nuevo efecto jurídico contrario al que ya se había producido desde que el contrato es perfecto y válido⁴⁷³.

Si la renuncia, debido al grado de madurez del menor, es lo suficientemente firme por su parte, podrá manifestarse en la negativa a volver a comparecer a la recepción de los servicios del centro docente. Entonces se producirá la revocación de los padres de lo estipulado a favor de su hijo; caso de no producirse dicha revocación, el centro docente quedará liberado de su obligación por devenir imposible el cumplimiento de la prestación.

Puede ocurrir, sin embargo, que el menor con cierta madurez de juicio no esté conforme con la decisión de sus padres, supuesto similar al que ya nos planteamos para el caso de la no aceptación por esta clase de menores de la opción educativa paterna. En este caso vuelve a entrar en juego el derecho a la educación del menor como derecho de libertad consistente, no ya en el derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres, sino conforme a sus propias opciones pedagógicas y de formación. Lo que ocurre es que en este supuesto, cuando la pretensión paterna de cambio de centro docente esté motivada, por ejemplo, por un cambio de domicilio o de ciudad, nos encontramos ante un caso de colisión entre el derecho de educación del hijo menor —en cuanto derecho de libertad— y el derecho de los padres a mantener un determinado “estilo de vida”, derecho reconocido por parte de la doctrina alemana como verdadero derecho de personalidad de los padres⁴⁷⁴. En este supuesto, debe prevalecer, a nuestro juicio, la opción paterna, siempre que sea justificada, y que vaya acompañada por el esfuerzo de respetar la opción

⁴⁷³ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 275.

⁴⁷⁴ La cuestión se ha planteado en Alemania en relación con las medidas de protección de menores que puede tomar el Tribunal de tutelas. *Vid.*, a este respecto, GERNHUBER-COESTERWALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994, p. 903, donde se ofrece un planteamiento detallado de la problemática.

educativa y de formación de su hijo menor contratando los servicios en su nuevo lugar de residencia de un centro docente con un “carácter propio” similar al de centro docente de cuyos servicios se prescindió⁴⁷⁵.

En el caso de que el menor no tenga suficiente madurez de juicio, su renuncia, al igual que ocurría en el caso de su aceptación como comparecencia a la recepción de los servicios educativos, será un seguir la iniciativa de sus padres, que, en el proceso de cambio de centro docente, llevan a cabo una doble actuación.

La primera, que supone cumplimiento de su función de velar por el menor, consiste en la adopción de la decisión de cambiar al menor del centro docente, actuando dentro del campo del derecho de educación como derecho de libertad del menor. La decisión puede ir o no precedida de una conversación con el menor en la que, adaptándose a su capacidad de juicio, se le comuniquen los motivos de la decisión. Lo normal será que el menor esté conforme con la decisión de los padres, y entonces renuncie a seguir asistiendo al centro docente, renuncia que no será un acto explícito, sino, de forma análoga a lo que ocurría con la aceptación, se manifestará en la no comparecencia a la recepción de la prestación educativa, de conformidad con la decisión paterna.

⁴⁷⁵ Dice FERRER RIBÁ que, en el caso de decisiones no directamente integrantes de las funciones tuitivas de los padres que puedan concernir al menor —cambio de domicilio, determinación y levantamiento de cargas familiares, etc.—, el interés del menor, en tanto no constituye el objeto directo de la decisión, debe ser ponderado en conjunción con la autonomía decisoria de los padres, aunque, en cualquier caso, lo finalmente acordado no puede entrar en colisión sustancial con dicho interés (“Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña”, cit., p. 52). Asimismo, el Código de Familia de Cataluña —Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña— establece, en su art. 133, que “la potestad constituye una función inexcusable y, en el marco del interés general de la familia se ejerce personalmente siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad”.

La renuncia tácita del menor irá seguida —o puede que haya ido precedida— de la revocación de los padres de lo estipulado con el centro docente a favor del menor.

Puede ocurrir, sin embargo, que el menor sin madurez de juicio no esté conforme —por los motivos que sea, y dentro del grado de discernimiento que pueda tener— con la decisión paterna. En ese caso, los padres, como titulares del derecho a determinar la educación de sus hijos, podrán continuar adelante con su decisión, consiguiendo la conformidad del menor mediante cualquier otro medio “razonable y moderado” (art. 154 *in fine*) que recuerde a los hijos su deber de obediencia. Ahora bien, no debemos olvidar que, al igual que ocurría en el caso de la declaración de voluntad del menor de conformidad con lo estipulado en su favor —manifestada a través de la asistencia al colegio—, también en este caso nos encontramos ante la esfera jurídica irreducible de la libertad personal. Es cierto que, en el caso de la renuncia, es más fácil conseguir que el menor no asista al centro docente, pero podría no llegar a ser tan fácil que se mostrase conforme con la decisión paterna. Sería éste un caso extremo, en el que la revocación paterna de la estipulación del menor no iría acompañada de la conformidad —dentro de su capacidad— del menor⁴⁷⁶.

Por decirlo de otra manera, la actuación de los padres en relación con la adhesión del menor a lo estipulado a su favor —o a lo revocado en relación con él— no consiste en otra cosa que en facilitar dicha adhesión, actuación jurídica que no suele ser problemática, pero que, sin duda, puede llegar a serlo, precisamente por lo que venimos diciendo con insistencia: que nos estamos moviendo en el terreno de los derechos de la personalidad,

⁴⁷⁶ Sin olvidar que, en caso de que dicha revocación fuese contraria a algún derecho fundamental del menor, o cuando con la misma se incumpliese el deber de escolarización entre los 6 y los 16 años, se podría producir la intervención del juez (art. 158.3º Cc).

terreno en el que, lo que se protege es la subjetividad en sí misma⁴⁷⁷. Por ello, pensamos que la significación propia de la aceptación y de la renuncia en el seno del contrato a favor de tercero coincide plenamente con lo que —en el contrato de educación— suponen la actuación del menor beneficiario en relación con la recepción de los servicios educativos. Como indica PÉREZ CONESA —con frase referida a la renuncia del tercero que nosotros hacemos extensible a la aceptación— la actuación del beneficiario de un contrato celebrado en su provecho tiene una significación propia, significación que no es otra que la protección de la esfera jurídica del tercero. Con ello se pone de relieve que, así como es posible admitir que el tercero es acreedor del promitente desde que éste se obliga por el contrato, también es necesario respetar la intangibilidad de su esfera privada y no imponer una adquisición a pesar suyo⁴⁷⁸.

El art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, generaliza el derecho del menor a ser oído —derecho que desde 1981 se le reconocía respecto a sus padres en el art. 154 del Código Civil—: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”, indicando a continuación algunas modalidades de las que parece deducirse que, no teniendo en absoluto juicio, también ha de ser oída su opinión, sea a través de sus representantes legales, sea “a través de otras personas que por su profesión o

⁴⁷⁷ Como afirma LÓPEZ JACOISTE, “sí que aparecerá en la norma o en la jurisprudencia una objetivación en la manera de describir supuestos de hecho o experiencias atentatorias contra la persona, pero sin que ello traiga sustantividad independiente ni afecte a la configuración esencial de unos derechos en todo caso orientados a que la persona defienda su cualidad de tal (...) En definitiva, son trasunto de la estructura esencialmente unitaria del ser personal y de la ‘totalidad concreta’ con que se conduce y actúa el espíritu humano en el cual siempre está presente el ‘ímpetu del hombre entero’” (“Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, cit., p. 1071-1072, citando *in fine* a MAX SCHELLER, *La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*, Buenos Aires, 1958, p. 37).

⁴⁷⁸ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 275-276.

relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”. La STS de 11.VI.1996 casa la instancia precisamente porque no se escuchó a un menor de siete años de edad sobre el régimen de visitas de sus abuelos paternos, una vez fallecido su padre, del que su madre, que ostentaba la patria potestad, se había separado⁴⁷⁹.

Señala DELGADO ECHEVERRÍA que el hecho de que el menor haya de ser oído no excluye la licitud de las decisiones de los padres tomadas luego, en interés del menor, aun contra su opinión y deseos⁴⁸⁰. Esta observación, que tiene su sentido en relación con otros derechos de la personalidad —como el derecho a la salud, en el que, por ejemplo, se puede operar a un menor aún contra su voluntad, después de adoptar sus padres la decisión, administrándole, por ejemplo, un somnífero— lo pierde en relación con aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que requieren una actuación positiva del menor; en este caso, insistimos, la concurrencia a la recepción de los servicios educativos como cumplimiento de la carga que, en su calidad de acreedor respecto al centro docente, le corresponde.

La *ratio* de esta idea, en la que venimos insistiendo, es, a nuestro juicio, la misma que subyace en el tenor literal del último párrafo del art. 162 del Código Civil: “Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio”. Como indica DELGADO ECHEVERRÍA, cabe dudar si, no teniendo suficiente juicio, es posible propiamente que los padres celebren un contrato que obligue al menor a prestaciones personales. Más bien, dice, se tratará de un contrato de los padres en nombre propio que les vincule a procurar un

⁴⁷⁹ Az. RJ 4756.

⁴⁸⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 2, “Personas”, Dykinson, Madrid, 1998, p. 125.

resultado —la actividad del hijo— que normalmente sólo ellos están en condiciones de conseguir⁴⁸¹. Lo mismo ocurre en el contrato de educación: son los padres quienes contratan en nombre propio, asumiendo la carga de procurar la actividad del hijo que haga posible que reciba la prestación educativa, resultado que, insistimos, no siempre conseguirán⁴⁸². Es cierto que, en último término —si el menor está en edad de escolarización obligatoria— siempre se podrá producir la intervención de la autoridad, pero puede que dicha intervención tenga que terminar —ante la resistencia del menor— en una medida especial, y no en la escolarización del menor en el centro educativo cuyos servicios habían contratado los padres⁴⁸³.

Este planteamiento, en relación con la esfera jurídica del menor, nos parece plenamente acorde con el Derecho moderno de menores, en cuyo seno, como dice LINACERO DE LA FUENTE⁴⁸⁴, se ha recorrido un largo y tortuoso camino hasta que el principio del “interés superior del niño” (*tout pour l'enfant*) ha llegado a ser directriz básica.

⁴⁸¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 2, “Personas”, cit., p. 126.

⁴⁸² Distinto es el caso en que los padres no ponen los medios para conseguirlo. Cuando un menor de entre 6 y 16 años no está escolarizado o no asiste al centro habitualmente sin causa justificada, cualquier persona que tuviera conocimiento de dicha situación —también el titular o el director de un centro educativo— está obligada a efectuar la correspondiente denuncia ante el Ministerio Fiscal (art. 13.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

⁴⁸³ “La educación no es algo que se *impone* a una naturaleza bruta, sino que se *propone* a una libertad (...). Aquello en lo que esencialmente consiste la educación es una *habilitación de la libertad humana*. Cualquier forma de educar es algún modo de activar la libertad para la autoconducción de la propia vida. Kant lo ha expresado de otra manera: el fin último de la educación es la *humanización del hombre*. En efecto, como explica en sus *Vorlesungen über Pädagogik*, el hombre sólo llega a serlo mediante la educación. No basta el fluir espontáneo de su ser natural. Kant vincula el orden práctico —el opuesto a la naturaleza, según su terminología— con el terreno o conjunto de aspectos de lo que el ser humano es en tanto que puesto por él mismo en la realidad de su vida mediante decisiones. Por ello, lo práctico, para Kant, es lo posible por la libertad, y sólo en ese orden cabe que el hombre se ‘humanice’ o se ‘rehumanice’ ” (BARRIO, J.M., *Elementos de Antropología Pedagógica*, Rialp, Madrid, 1998, pp. 133 y 181).

⁴⁸⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, cit., p. 1574.

A modo de ejemplo, se puede citar, en primer lugar, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁴⁸⁵, cuyo art. 12.1 reconoce el derecho del menor a expresar libremente su opinión en los asuntos que le afectan.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —que, como se señala en su Exposición de Motivos, pretende “abordar una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil” y “construir un amplio marco de protección del menor que vincule a todos los poderes públicos”— establece, en su art. 2, que “en la aplicación de la presente Ley, primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Añadiendo como inciso final que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Sin embargo, en nuestro país, es la legislación catalana la que con mejor técnica legislativa ha estructurado y completado un sistema de protección de niños y adolescentes, técnica que ha sido seguida por otras legislaciones autonómicas⁴⁸⁶.

El art. 3 de la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes, establece que “el interés superior del niño y del adolescente debe ser principio inspirador de las actuaciones públicas y de las decisiones y actuaciones que les conciernen y sean llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, las

⁴⁸⁵ Ratificada por España el 6.XII.1990 (BOE 31.XII.1990).

⁴⁸⁶ LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, cit., p. 1579.

instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad judicial o administrativa. *Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social*⁴⁸⁷. Además, el art. 11 de la misma Ley reconoce el derecho del menor a dirigirse por sí mismo a las Administraciones públicas respecto a todas las cuestiones referidas a su crianza y formación.

Comentando el art. 10 de la misma Ley⁴⁸⁸, señala FERRER RIBÁ que, en congruencia con la declaración constitucional de que el libre desarrollo de la personalidad es fundamento de nuestro orden político (art. 10.1 CE), el ordenamiento debe legitimar a toda persona para ejercer —o, en su caso, reclamar— por sí misma los derechos preordenados a su maduración personal, en tanto ello sea compatible con su aptitud para el discernimiento, lo cual debe permitir el ejercicio por el menor de derechos que en ocasiones puedan revelarse como conflictivos frente a las potestades de los padres o guardadores, como el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸⁹), el derecho a la libertad de expresión, comprendiendo éste el de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (art. 19.2 del Pacto), o el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 17.1 del Pacto), derecho éste último que deberá cohererarse con la responsabilidad de los padres o guardadores respecto de la crianza y

⁴⁸⁷ Indica FERRER RIBÁ —“Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña”, cit., p. 41— que, con la regulación contenida en la Ley 8/1995, el legislador ha optado por encauzar la protección de los derechos e intereses de los menores frente a agresiones de terceros —e incluso frente a su lesión por titulares de potestades familiares— por vía de la potestad administrativa de policía, tipificando tales conductas como infracciones administrativas e imponiendo sanciones.

⁴⁸⁸ “Los niños y los adolescentes tienen derecho a ejercitar los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas con la legislación vigente”.

⁴⁸⁹ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.XII.1966, y ratificado por España el 27.IV.1977 (BOE, 30.IV.1977).

formación del menor y en tal medida podrá ser limitado⁴⁹⁰. Para este autor, la ley catalana intenta trazar un compromiso entre autonomía y protección, al indicar que habrá que tener en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones del menor, pero también su individualidad en el marco familiar y social⁴⁹¹.

Entiende LINACERO DE LA FUENTE que, aún admitiendo que sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del interés del menor, esta noción debe determinarse —como hemos procurado hacer en estas páginas— poniéndola en relación con el respeto a los derechos fundamentales del menor. Dicho de otro modo, la determinación de la capacidad de obrar del menor en ámbitos —como el educativo— en el que no aparece explícitamente definida, encuentra en los derechos fundamentales presentes en dicho ámbito, un elemento esencial del contexto que ha de servir de pauta interpretativa, conforme al planteamiento metodológico del art. 3 del Código Civil⁴⁹².

Esta observación no es sino una aplicación particular del principio hermético establecido con carácter general por el Tribunal Constitucional, que ha subrayado en reiteradas ocasiones que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan, como componentes estructurales básicos, que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Esta vertiente jurídico-

⁴⁹⁰ La *Children Act* británica de 1989 facilita ciertos criterios para la determinación en cada caso de cuál sea el interés del menor, mediante una *check-list* en la que se incluyen los deseos y sentimientos del niño, las necesidades físicas, emocionales y educativas, los probables efectos en él de un cambio de circunstancias, determinadas condiciones personales, el daño que ha sufrido o que corre el riesgo de padecer, la aptitud de los padres o personas para las que las actuaciones son relevantes, y las potestades de las que dispone el juez.

⁴⁹¹ FERRER RIBÁ, J, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña”, cit., p. 54.

⁴⁹² LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, cit., p. 1585-1586.

objetiva de los derechos fundamentales reclama genéricamente de los poderes públicos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de dichos derechos sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos.

Esta comprensión de los derechos fundamentales se infiere necesariamente de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) —y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad del individuo (art. 9.2 CE) —, eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)⁴⁹³.

Teniendo presente esta perspectiva de los derechos fundamentales, se entiende mejor la afirmación de CÁMARA VILLAR —a la que ya hicimos referencia— de que la normativa española reguladora de la elección de la enseñanza religiosa en los centros de EGB, BUP y FP —cuyo contenido coincide con la regulación vigente a los efectos que aquí interesan⁴⁹⁴— era de dudosa constitucionalidad, precisamente por no respetar los derechos educativos fundamentales del menor. Según dicha normativa, la elección relativa a la enseñanza de religión y moral, o, en su caso, de ética y moral no confesional, sólo correspondía al educando a partir de la mayoría de edad, entendiéndose este autor que los educandos, mucho antes de alcanzar la mayoría de edad, disponen ya del suficiente juicio

⁴⁹³ SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º (Az. RTC 1981/25); 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º (Az. RTC 1985/53); 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º (Az. RTC 1989/129); ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3º (Az. RTC 1996/382).

⁴⁹⁴ La norma a la que hacía referencia CÁMARA VILLAR era la Orden del Ministerio de Educación de 16 de julio de 1980 (Az. RCL 1980/1639), mientras que la normativa actualmente vigente es la contenida en el art. 3.1 del Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión (Az. RCL 1995/225).

para poder decidir sobre sus orientaciones en estas materias⁴⁹⁵. Esa dudosa constitucionalidad, pensamos, se podría atribuir también al contenido de los artículos 2.2 y 7.7 del Real Decreto 366/1997, de 14 marzo 1997, de régimen de elección de centro educativo, de acuerdo con los cuales sólo los alumnos que hayan alcanzado la mayoría de edad tienen derecho a participar en el proceso de elección de centro educativo, quedando hasta entonces la elección en manos de sus padres o tutores⁴⁹⁶.

C.— DERECHOS, DEBERES Y CARGAS DEL MENOR EDUCANDO Y DE SUS PADRES.

De las apreciaciones que preceden se sigue que, en el contrato de educación, la relación padres-centro docente produce el doble efecto propio de la relación de cobertura en el contrato a favor de tercero, que se puede comprobar desde la distinción entre relación contractual y simple relación obligatoria, y que se manifiesta en el hecho de que el estipulante sea parte de aquélla sin ser titular del derecho a la prestación.

En efecto, el contrato de educación concluido entre los padres y el centro docente es fuente de dos relaciones distintas: la primera, la relación contractual, se forma entre los padres —estipulante— y el centro docente —promitente—, quienes participan en ella como titulares de las posiciones contractuales del contrato de educación; en cambio, la segunda, la relación obligatoria, es la que se establece entre centro docente —promitente—

⁴⁹⁵ CÁMARA VILLAR, G, “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, cit., pp. 2190-2191.

⁴⁹⁶ “Los padres o tutores y, en su caso, los alumnos que hayan alcanzado la mayoría de edad, tienen derecho a elegir centro educativo” (art. 2.2); “los padres o tutores, o los propios alumnos si son mayores de edad, podrán participar en el proceso de elección de centro (...)” (art. 7.7).

y educando menor de edad —tercero—, quienes participan en ella simplemente como deudor y acreedor respectivamente⁴⁹⁷.

Con ello no se pretende expresar que la correlación entre un crédito y una deuda sea sólo predicable de la relación entre centro docente y alumno menor de edad, a la que hemos aludido como relación obligatoria, sino que también de la relación de cobertura nacen derechos y obligaciones, consecuencia del vínculo jurídico establecido entre los padres y el centro docente, lo que supone una posición de deudor que soporta aquéllas y otra de acreedor que permite exigir un determinado comportamiento.

Así, la relación contractual liga a los padres con el centro docente, de modo que los padres tienen derecho a que el centro docente realice la prestación a la que se ha obligado frente a su hijo menor de edad, pero también tienen ciertos deberes de conducta; mientras que, por su parte, el centro docente tiene el deber principal de prestación educativa que le obliga a hacerla efectiva frente al alumno menor de edad y, además, tiene, como veremos, deberes de conducta accesorios frente a los padres. En cambio, entre el centro docente y el alumno menor de edad hay un crédito y una deuda, con independencia de que el alumno, si quiere ver cumplida la prestación a su favor, deba cumplir la carga —propia de todo acreedor— de cooperar al cumplimiento de la misma.

⁴⁹⁷ No nos parece exacta, a este respecto, la apreciación de BONET RAMÓN, quien afirma que, “en la estipulación a favor de tercero, existen sólo dos partes: una formada por el promitente, que se obliga a prestar a un tercero, y otra formada por el promisorio y el tercero”; lo que sucede es que esta parte ofrece la particularidad de que en ella la sustancia del contrato se bifurca: la prestación va hacia el tercero y lo demás queda en el estipulante” (*Los contratos a favor de tercero*, cit., p. 31). GARCÍA AMIGO —*La cesión de contratos en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 32—, por su parte, señala que, en el contrato a favor de tercero, el tercero es titular de la relación crediticia estipulada a su favor. Y, sin embargo, la relación contractual básica se produce entre los contratantes.

Por ello, si bien, por regla general, la alusión a las partes lleva implícita la referencia a un sujeto activo y un sujeto pasivo de una relación que genera derechos y obligaciones que se contraen contractualmente o por disposición legal, en el caso del contrato de educación la parte deudora —el centro docente— tiene el deber jurídico de realizar la prestación a favor de otro —el alumno menor de edad— que no es su contraparte, pero que, como veremos, tiene el poder de exigírsela, por lo que se establece, como vimos, una relación obligatoria que forma parte del contenido de la relación contractual o de cobertura, a consecuencia de lo cual las dos relaciones tienen en común que un mismo sujeto representa el lado pasivo de ambas.

Por tanto, la relación obligatoria, que forma parte del contenido de la relación contractual, vincula a una de las partes de ésta —el centro docente— con un sujeto ajeno a ella —el menor de edad—, pese a que la obligación de aquél encuentra su fuente y depende del contrato concluido con los padres, quienes, por lo demás, no dejan de ser parte⁴⁹⁸.

a.— Derechos y cargas del alumno menor de edad

Como ya señalamos, para que pueda hablarse de *tercero* al contrato, es necesario que no sea estipulado el contrato en su nombre, ni adquirido el mismo derecho del contratante directo. Se llega así a la precisión técnica del contrato a favor de tercero, que es el que atribuye a una persona completamente extraña al mismo un derecho distinto de los obtenidos por los contratantes.

⁴⁹⁸ Respecto a todo los párrafos anteriores *vid.* PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 136-140; GARCÍA AMIGO, M, “Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato”, *Revista de Derecho Privado*, nº 47, 1963, p. 30, quien para distinguir entre relación contractual y relación obligatoria alude al supuesto de los contratos a favor de tercero.

MESSINEO destaca la necesidad práctica de extender la eficacia activa del contrato a favor de tercero más allá del círculo de las partes contratantes, extensión que tiene lugar por el hecho de determinar la adquisición directa y autónoma de un derecho por parte de un tercero, al cual corresponde un sacrificio patrimonial a cargo del promitente⁴⁹⁹. Por ello, como dice BONET, si el contrato a favor de tercero precisa que las partes contratantes hayan tenido la voluntad de hacer nacer un crédito en provecho del tercero y en contra del promitente, el crédito del tercero no puede ser un simple efecto del contrato, debe ser el fin *sine qua non*⁵⁰⁰.

La relación jurídica que han instituido el estipulante y el promitente es la fuente de la que emana la estipulación, y, por ende, el derecho a la prestación que pertenece al tercero. Como en cualquier otra relación contractual, de su celebración se derivan una serie de derechos y obligaciones que se regirán por las normas reguladoras del contrato de que se trate, según el caso. Pero, además de la vinculación que une al promitente con el estipulante, se ha establecido por medio de la estipulación misma otra relación que le liga con el tercero. Esta última, producto de las declaraciones de voluntad manifestadas en el

⁴⁹⁹ MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial. Derecho de obligaciones. Parte General*, IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 509.

⁵⁰⁰ En cuanto a la naturaleza del derecho del tercero, algunos autores entienden que tiene una naturaleza especial y autónoma, considerándolo como un derecho propio del tercero que surge en su persona y con un contenido propio. Otros, por el contrario, quieren ver en él el derecho del estipulante mismo, transmitido de algún modo a la persona del tercero. Ello obedece a no tener la misma naturaleza todos los contratos a favor de tercero. Existen ciertos contratos, como el seguro de vida a favor de tercero, para cuyo natural funcionamiento es necesario atribuir al tercero un derecho propio e independiente, porque el derecho que eventualmente puede adquirir el estipulante es diverso del derecho de tercero. Mientras que en otros contratos, también reconocidos en la doctrina como válidos a favor de terceros, por ejemplo, el depósito o el mutuo con pacto de restitución a favor de terceros, el derecho que el tercero adquiere es el mismo que el depositante o el mutuante habrían adquirido para sí si no lo hubiesen estipulado a favor de tercero. Como señala PACHIONI, la proclamación de la independencia del derecho del tercero es en algunos casos tan indispensable —como forma para preservar el contenido de este derecho al tercero y para el tercero—, como innecesaria se presenta en aquellos contratos a favor de terceros que no tienen una función específica propia (BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., pp. 6-7 y 19-20).

contrato, se debe al nexo de dependencia funcional y sustancial que existe entre la relación estipulante-promitente, donde se busca el fundamento del derecho del tercero, y la relación promitente-tercero, cuyo desenvolvimiento ulterior se verá afectado por las vicisitudes que sufra aquella relación, desde el momento en que la efectividad de la prestación al beneficiado por el pacto depende de su validez⁵⁰¹.

Pues bien, llegados a este punto, nos corresponde plantearnos en qué se concreta el contenido de la relación crediticia existente entre el alumno menor de edad y el centro docente, en la que el derecho del menor de edad no es un mero efecto del contrato educativo, sino verdadero fin *sine qua non* del mismo.

a'.— El derecho de menor educando a recibir la prestación educativa conforme a la legislación educativa vigente y a lo pactado por sus padres con el centro docente

Aun cuando tradicionalmente se ha hablado —de modo genérico— de que la prestación del centro docente incluye deberes de instrucción, educación y custodia de los alumnos, las legislaciones educativas actuales se encargan de concretar con bastante precisión el contenido propio de la prestación educativa⁵⁰².

⁵⁰¹ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 9. “La doctrina alemana ha dado en denominar contrato impropio a favor de tercero, o contrato con prestación para un tercero, a aquél en que el deudor se obliga únicamente con el acreedor a verificar el cumplimiento ejecutando la prestación al tercero, que sólo queda autorizado para recibir. Así, al tratar el estudio de las relaciones jurídicas en los contratos con prestación a tercero, HELLWIG distingue entre el contrato que otorga al tercero derecho a la prestación estipulada, que califica como *berechtigenden*, y aquél por virtud del cual sólo se le autoriza como destinatario de la prestación, al que hace referencia empleando la expresión *ermächtigenden*” (*Ibid.*, p. 48, con cita tomada de HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, Scientia Verlag, Leipzig, 1968, p. 43).

⁵⁰² El contenido del deber de custodia que atañe al centro docente respecto a cada uno de sus alumnos —así como el nivel de diligencia que se debe observar en su cumplimiento según la edad y circunstancias de cada menor— aparece, como ya dijimos, notablemente perfilado por nuestra jurisprudencia. Sin embargo, no nos vamos a detener en su análisis, por considerar que se trata, dentro de la prestación educativa, de un deber accesorio de conducta. Esto no quita que las conclusiones que finalmente saquemos con relación a la responsabilidad de centros docentes y profesorado por prestación defectuosa de servicios educativos no sean aplicables a supuestos de

En nuestro ordenamiento jurídico, es el art. 6 de la LODE el que se encarga de concretar dicho contenido, artículo que, a su vez, aparece desarrollado en el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia en los centros docentes no universitarios.

Según el art. 6 de la LODE, se reconoce a los alumnos los siguientes derechos básicos:

- a) derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad⁵⁰³;
- b) derecho a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad⁵⁰⁴;
- c) derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales, de acuerdo con la Constitución⁵⁰⁵;
- d) derecho a que se respete su integridad y dignidad personales⁵⁰⁶;

incumplimiento del deber de custodia propio de los centros docentes.

⁵⁰³ *Vid.* art. 11 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de Derechos y Deberes de los Alumnos y Normas de Convivencia en los Centros Docentes no universitarios, que desarrolla el contenido de este derecho, y cuyo apartado 3º establece que “el pleno desarrollo de la personalidad del alumno exige una jornada de trabajo escolar acomodada a su edad y una planificación equilibrada de sus actividades de estudio”.

⁵⁰⁴ *Vid.* art. 13 RD 732/1995, de 5 de mayo: “Con el fin de garantizar el derecho a la evaluación con criterios objetivos, los centros deberán hacer públicos los criterios generales que se van a aplicar para la evaluación de los aprendizajes y la promoción de los alumnos” (art. 13.2); “A fin de garantizar la función formativa que ha de tener la evaluación y lograr una mayor eficacia del proceso de aprendizaje de los alumnos, los tutores y los profesores mantendrán una comunicación fluida con éstos y sus padres en lo relativo a las valoraciones sobre el aprovechamiento académico de los alumnos y la marcha de su proceso de aprendizaje, así como acerca de las decisiones que se adopten como resultado de dicho proceso” (art. 13.3).

⁵⁰⁵ *Vid.*, art. 16 RD 732/1995, de 5 de mayo: “Los alumnos tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas, morales o ideológicas, así como su intimidad en lo que respecta a tales creencias o convicciones” (art. 16.1); *vid.* también, para los centros de titularidad pública, el art.18.1 LODE, según el cual, “todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto a las opciones religiosas y morales a que hace referencia el art. 27.3 de la Constitución”.

⁵⁰⁶ *Vid.* art. 17, 18 y 15 RD 732/1995, de 5 de mayo: “Todos los alumnos tienen derecho a que se

- e) derecho a participar en el funcionamiento y en la vida del centro⁵⁰⁷;
- f) derecho a recibir orientación escolar y profesional⁵⁰⁸.

El mero hecho de que estos derechos aparezcan recogidos en la LODE supone una manifestación específica de que los mismos suponen una concreción normativa del contenido propio del derecho fundamental a la educación del alumno menor de edad. Este derecho, en cuanto derecho de libertad y derecho de prestación frente a un centro docente, consiste fundamentalmente en el derecho del menor a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres mientras no tenga la suficiente madurez de juicio, y conforme a sus propias determinaciones una vez alcanzada dicha madurez⁵⁰⁹.

Se puede decir, por tanto, que la concreción de la prestación educativa recogida en el art. 6 de la LODE y en el RD 732/1995 supone una verdadera concreción normativa del contenido propio del derecho fundamental a la educación, de modo que la vulneración de cualquiera de esos derechos de los alumnos —provocado por el cumplimiento defectuoso del centro docente de su prestación educativa— supone la vulneración de ese derecho fundamental del menor.

respete su integridad física y moral y su dignidad personal, no pudiendo ser objeto, en ningún caso, de tratos vejatorios y degradantes” (art. 17); “Los centros docentes estarán obligados a guardar reserva sobre toda aquella información de que dispongan acerca de las circunstancias personales y familiares del alumno. No obstante, los centros comunicarán a la autoridad competente las circunstancias que puedan implicar malos tratos para el alumno o cualquier otro incumplimiento de los deberes establecidos por las leyes de protección de menores” (art. 18); “Todos los alumnos tienen derecho a que su actividad académica se desarrolle en las debidas condiciones de seguridad e higiene” (art. 15).

⁵⁰⁷ Vid. arts. 19 a 30 RD 732/1995, de 5 de mayo.

⁵⁰⁸ Vid. art. 14 RD 732/1995, de 5 de mayo, cuyo apartado 2º establece que “de manera especial, se cuidará la orientación escolar y profesional de los alumnos con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas, o con carencias sociales o culturales”.

⁵⁰⁹ Vid. *sup.* apdo. III. 2. b.

Este contenido básico de la prestación educativa podrá aparecer más o menos concretado en el proyecto educativo y en el carácter propio de cada centro docente —de titularidad pública, concertado o de titularidad privada—, proyecto que, al mismo tiempo, podrá añadir —respetando todos los derechos mencionados— otros contenidos específicos de su prestación educativa⁵¹⁰.

Sin embargo, una vez perfeccionado el contrato de educación, todos esos extremos forman parte de la opción educativa de los padres para su hijo menor de edad, y, por tanto, forman parte del derecho fundamental a la educación del menor. Por ello, también la prestación defectuosa por parte del centro docente de contenidos específicos de su propio proyecto educativo supone una vulneración del derecho fundamental a la educación del menor⁵¹¹.

Como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la actividad del centro tendrá que desarrollarse de conformidad con lo previsto en el proyecto educativo, bajo el enfoque establecido en el ideario o carácter propio, y con sometimiento a la normativa fijada por los poderes públicos en cuanto a la ordenación de las enseñanzas y a la financiación de las

⁵¹⁰ Así, en la sentencia de la AP de Guipúzcoa de 8 de enero de 1998 —rollo de apelación civil 1230/97, sentencia 8/98—, que se ocupó de la reclamación de unos padres por las lesiones sufridas por su hijo menor en el transcurso de un partido de hockey en un colegio de San Sebastián, el tribunal, para tratar de determinar la existencia o no de responsabilidad en la actuación del centro docente, tomó en consideración lo establecido en el Proyecto Educativo del colegio para el curso 1993-1994 en materia de accidentes escolares. La sentencia recoge el tenor literal del folio 99 de dicho Proyecto, según el cual, “los seguros escolares cubren los accidentes que los alumnos pueden tener en el Colegio, durante el horario escolar, y en el trayecto de su domicilio al Colegio. Los alumnos accidentados pedirán la documentación necesaria en la Secretaría. Inmediatamente se avisará a los padres del alumno, quienes se encargarán de acompañarlos a recibir los cuidados que necesiten. Sólo en casos muy urgentes se encargará el Colegio de acompañar al alumno accidentado”.

⁵¹¹ “Si el actuar académico y organizativo del centro no responde al ideario, se defrauda la expectativa creada en una materia que merece la máxima protección social como es la decisión sobre los elementos fundamentales de la formación que han de recibir los niños y los jóvenes” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.M., “Derechos de los padres. Contenido de la prestación educativa”, cit., pp. 44-45).

mismas. Habrán de impartirse, por tanto, los planes de estudio de los diferentes niveles educativos en los horarios y demás condiciones previstas y conforme a la programación fijada. Los profesores responsables de la impartición de dichas enseñanzas deberán contar con la titulación y capacitación adecuadas. Las instalaciones y equipamientos del centro tienen que responder a lo legalmente exigido⁵¹².

No hay que olvidar, sin embargo, que las obligaciones del centro docente son verdaderas obligaciones de medios⁵¹³, y que, por tanto, el centro docente se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al alumno la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente⁵¹⁴. Y si ello es así, es porque en las obligaciones de medios —como ocurre en este caso— el resultado perseguido por el acreedor, y que el deudor se esforzará en

⁵¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.M., “Derechos de los padres. Contenido de la prestación educativa”, cit., p. 45.

⁵¹³ Como señala YZQUIERDO TOLSADA, la autoría de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado ha sido tradicionalmente atribuida a DEMOGUE. Pero lo cierto es que un cuarto de siglo antes ya había sido formulada por la doctrina alemana. En efecto, en un comentario al Proyecto del Código Civil alemán, había ya indicado BERNHOFT: “toda relación obligatoria implica una tensión de la voluntad del deudor en dirección a un cierto resultado. Sin embargo, la relación puede ser de tal carácter que el deudor sólo se vea obligado a hacer cuanto pueda para alcanzar el resultado, y con ello se libera independientemente de la efectiva consecución del fin. Pero si la obligación contempla el resultado por sí mismo, la misma no se extingue hasta que el resultado no se haya obtenido, salvo el caso de la imposibilidad sobrevenida. En las obligaciones de la primera especie, también la imposibilidad subjetiva libera al deudor, con tal de que haya tenido lugar por causas que no le son imputables” —*Miete und verwandte Verträge*, Berlín, 1889, p. 17—. BERNHOFT, sin embargo, no dio nombre a las categorías de las obligaciones descritas. Sería FISCHER —“*Vis major und Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*”, 1898, en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, Frankfurt, 1967— quien, algunos años después y con muy poco cuidado, denominó obligaciones subjetivas y obligaciones objetivas a las que, ya entrado el siglo XX, DEMOGUE —*Traité des obligations en général*, V, París, 1925, pp. 538 y ss— llamaría respectivamente de medios y de resultado, en terminología que, aun no exenta de críticas, ha sido la recogida mayoritariamente por la doctrina por ser probablemente la que mejor responde a esa diferenciación (YZQUIERDO TOLSADA, M, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, p. 255).

⁵¹⁴ “Admitido que el interés final está siempre presente, en las obligaciones de medios ese interés es contingente, eventual. El deudor cumple en su programa de prestación observando el esfuerzo o actividad debidos. Con ello se agota un interés primario; y el interés definitivo o final, que es hacia lo que está orientado el comportamiento del deudor, al ser incierto, hace que el deudor quede liberado si desplegó esa buena conducta. Se da, pues, un doble juego de intereses en el objeto de la obligación: un interés final aleatorio, que se satisface con la actuación profesional diligente, y que, en definitiva, constituye el auténtico objeto del deber: la prestación de las obligaciones de medios” (YZQUIERDO TOLSADA, M, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 267).

alcanzar, es demasiado aleatorio; depende demasiado poco de la sola diligencia del deudor para que las partes puedan hacerlo objeto de la obligación⁵¹⁵.

⁵¹⁵ MORENO QUESADA, M, “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, n° 60, 1976, p. 475. “No puede decirse que en las obligaciones de medios el interés final del acreedor no forma parte del objeto de la obligación, porque, si esto fuera cierto, no se justificaría la celebración de un acto jurídico que es causa fuente del derecho de crédito; el acreedor no concertaría la obligación, pues ello carecería de sentido a su respecto. Lo que ocurre es que, en las obligaciones de medios, ese interés, aún formando parte de su objeto, es aleatorio, contingente, potencial, eventual, razón por la cual es bastante para actuar el contenido de la obligación —*in solutione*—, con la observancia de la conducta prudente y diligente del deudor, con su mera actividad y esfuerzo. Por el contrario, en las obligaciones de resultado, la simple conducta diligente no satisface la prestación, pues es necesario que se alcance el fin perseguido por el acreedor, ese resultado por medio del que precisamente se ha calificado la obligación. El interés es, pues, siempre vital en el objeto de las obligaciones” (YZQUIERDO TOLSADA, M, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 256, citando a BUERES, A, *El objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986, p. 155)

b'.— La carga del menor educando de colaborar en el cumplimiento de la prestación educativa

Como afirma BIANCA, la regla de la relatividad del contrato se integra en el más amplio principio según el cual los terceros pueden ser destinatarios de los efectos jurídicos de un contrato, siempre que tales efectos no les perjudiquen⁵¹⁶. En este mismo sentido, GALGANO justifica que el contrato a favor de tercero sea una excepción al principio general de la falta de eficacia del contrato con respecto a los terceros en el hecho de que, en este caso, el tercero no asume obligaciones, sino que sólo adquiere derechos⁵¹⁷.

El Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, regula los “derechos y deberes de los alumnos” en los centros no universitarios, de lo cual podría deducirse que el menor educando se encuentra, respecto al centro docente, inmerso en una relación sinalagmática en la que, además de ser titular del derecho a recibir la prestación educativa, es deudor en el cumplimiento de una serie de deberes. Sin embargo, pensamos que no es ésta la realidad de la cuestión.

A nuestro juicio, cuando el mencionado Real Decreto 732/1995 —al igual que hace la LODE— habla de deberes del alumno, concretando los mismos, lo que está haciendo en realidad es definir las actuaciones que se esperan del alumno en cumplimiento de la carga que como acreedor le corresponde, que, como ya dijimos, no es otra que la de colaborar en el cumplimiento de la prestación educativa.

Como es bien sabido, la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento de la prestación por parte del deudor es un tema que ha sido objeto de

⁵¹⁶ BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milán, 1987, p. 536.

⁵¹⁷ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, 2, Milán, 1990, p. 417.

prolijas discusiones en la doctrina, y en el que, por el momento, no parece alumbrarse una solución clara. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que la cooperación del acreedor al cumplimiento es una carga⁵¹⁸. En contra de esta concepción se muestran varios autores, los cuales, a pesar de intentar atraer la actividad de cooperación al cumplimiento hacia la órbita de las obligaciones contractuales, no consiguen, a nuestro juicio, llegar a conclusiones sólidamente asentadas⁵¹⁹. Además, en nuestra opinión, en el hipotético caso de falta de cooperación por parte del menor educando al cumplimiento del centro docente, las consecuencias jurídicas pueden ser muy diversas según las circunstancias en las que tenga lugar el comportamiento negativo del menor. Por un lado, puede que el menor educando tenga la capacidad de juicio suficiente para que su falta de cooperación se identifique con el desistimiento unilateral que extinguiría la obligación del centro educativo; por otro lado, puede que el menor carezca de esa capacidad de juicio, situación en la cual habrá que dirigir la atención a la carga que grava a los padres de cooperar con el centro docente en el cumplimiento de la prestación a favor de su hijo⁵²⁰, con el fin de, si se ve conveniente, prolongar la relación contractual el tiempo que sea necesario para que los padres puedan poner los medios adecuados para que el menor vuelva a cumplir el contenido de su carga. Y, todo ello, con independencia de que la cooperación al cumplimiento de la prestación del centro docente tenga carácter de obligación legal hasta los 16 años, cuyo incumplimiento puede provocar la adopción de medidas —tanto en relación con el menor como con sus padres— por parte del juez (art. 158 Cc).

Por último, pensamos que en los supuestos en que la prestación educativa no tiene carácter gratuito, la falta de cooperación de los padres, del menor, o de todos ellos, en el cumplimiento del centro docente, permitiría la hipotética reclamación por parte de éste último de la cuantía correspondiente al valor de la actividad realizada para intentar facilitar la cooperación al cumplimiento (tutorías del menor, asesoramiento a los padres, etc)⁵²¹.

⁵¹⁸ CATTANEO, G, “La mora del creditore”, *Commentario del Codice Civile*, dirigido por SCIALOJA/BRANCA, Bolonia-Roma, 1973, pp. 46-47; CABANILLAS SÁNCHEZ, A, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 45; GETE-ALONSO, C, “Comentario a la sentencia de 3 de diciembre de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 15, 1987, p. 5253.

⁵¹⁹ CRISTOBAL MONTES, A, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 99-100; CABALLERO LOZANO, J.M., *La mora del acreedor*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 130.

⁵²⁰ *Vid. inf. apdo. IV. 2. C. b.*

⁵²¹ Esta posibilidad, expresamente reconocida en la legislación alemana (parágrafo 324 BGB), puede encontrar justificación en nuestro ordenamiento jurídico en la teoría del enriquecimiento sin causa, teniendo presente en este caso para la determinación del mismo lo que el deudor haya ahorrado al quedar libre de la prestación, o lo que adquiera mediante otro empleo de su

La carga del acreedor de cooperar al cumplimiento del deudor, que puede ser más o menos gravosa dependiendo del tipo de obligación de hacer ante la que nos encontremos, lo es de un modo especial en el caso de la prestación educativa, donde la propia naturaleza de la actividad del deudor exige un alto grado de cooperación por parte del acreedor-menor educando, e incluso de sus padres, como luego veremos. Como se ha señalado por las más modernas doctrinas pedagógicas, el alumno no puede ser considerado como un mero receptor pasivo del servicio; es necesario considerar su posición en el proceso de enseñanza/aprendizaje como la de un usuario singular, que participa activamente en su propio proceso formativo. Más aún, la adopción del concepto de proceso en el ámbito educativo permite identificar el papel del alumno en el aula como el de un “coproductor” activo de un servicio educativo y del profesor como el de un promotor de la calidad que añade al proceso⁵²².

La LODE, en su art. 6.2, establece que “constituye un deber básico de los alumnos, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia del centro docente”. También el Real Decreto 732/1995, se refiere a estos dos deberes —cargas en el sentido antes indicado— tanto en su preámbulo como a lo largo de su articulado. Así, en relación con el deber del estudio indica lo siguiente:

“El deber más importante de los alumnos es el de aprovechar positivamente el puesto escolar que la sociedad pone a su disposición. Por ello, el interés por aprender y la

capacidad de trabajo (CABANILLAS SÁNCHEZ, A, *Las cargas del acreedor en Derecho Civil y Mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 216-223).

⁵²² ENGELKEMEYER, S, “Total Quality: A Mechanism for Institutional Change and Curriculum Reform”, en *Academic Initiatives in Total Quality for Higher Education*, ASQC Qualit Press, Milwaukee, 1995, p. 54.

asistencia a clase, es decir, el deber del estudio es la consecuencia del derecho fundamental a la educación” (Preámbulo).

“El estudio constituye un deber básico de los alumnos y se concreta en las siguientes obligaciones: a) Asistir a clase con puntualidad y participar en las actividades orientadas al desarrollo de los planes de estudio; b) Cumplir y respetar los horarios aprobados para el desarrollo de las actividades del centro; c) Seguir las orientaciones del profesorado respecto de su aprendizaje y mostrarle el debido respeto y consideración; d) Respetar el ejercicio del derecho al estudio de sus compañeros” (art. 35).

Y, en cuanto al deber de respetar las normas de convivencia del centro docente:

“En la definición y exigencia de los deberes, es preciso tener en cuenta que el objetivo último que debe perseguirse es alcanzar, con la colaboración de todos los sectores de la comunidad educativa, un marco de convivencia y autorresponsabilidad que haga prácticamente innecesaria la adopción de medidas disciplinarias (...) Se pretende con este Real Decreto potenciar la autonomía de los centros en la definición de su régimen de convivencia” (Preámbulo).

“El Reglamento de régimen interior aprobado por el Consejo escolar, que en los centros públicos forma parte del proyecto educativo, contendrá las normas de convivencia del centro, así como las otras normas sobre organización y participación en la vida del centro que considere necesarias el Consejo Escolar. Dichas normas de convivencia podrán precisar y concretar los derechos y deberes de los alumnos reconocidos en este Real Decreto” (art. 9)⁵²³.

⁵²³ Vid. también los artículos 41 a 56 del mismo Real Decreto, que contienen las disposiciones

Según el Real Decreto 732/1995, también son deberes de los alumnos: respetar la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales, así como la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa (art. 36); la no discriminación de ningún miembro de la comunidad educativa por razón de nacimiento, raza, sexo o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 37); respetar el proyecto educativo o el carácter propio del centro (art. 38); cuidar y utilizar correctamente los bienes muebles y las instalaciones del centro y respetar las pertenencias de los otros miembros de la comunidad educativa (art. 39); participar en la vida y funcionamiento del centro (art. 40).

Como se ve, la cooperación del menor educando en la prestación educativa del centro docente es mucho más compleja de los que pudiera parecer a primera vista, no sólo porque el proceso educativo, como hemos dicho, requiere una notable presencia activa del educando, sino también porque en el desarrollo de dicho proceso concurren con cada menor educando otra serie de usuarios y miembros de la comunidad educativa, cuyos derechos han de ser respetados. Además, como se deduce también de esta normativa, la concreción del contenido de los derechos y deberes —especialmente en lo relativo a las normas de convivencia— puede variar de unos centros a otros, en virtud de la autonomía que se les reconoce —y potencia— en este terreno⁵²⁴.

generales acerca de las normas de convivencia, así como las disposiciones relativas a las conductas contrarias a las normas de convivencia, a las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del centro, y la tramitación de los expedientes disciplinarios en estos casos.

⁵²⁴ También en los centros educativos sostenidos con fondos públicos (*vid.* art. 2.3.f de la LOGSE y art. 5 del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, que regula el régimen de elección de centro educativo). “Por otra parte, deben reforzarse las propias funciones encomendadas al Consejo Escolar, de modo que pueda afrontar con éxito las tareas complejas que se le encomienden, entre las que destacan, por su trascendencia (...), el ejercicio de una mayor autonomía de organización y gestión, y la determinación de las directrices para la elaboración del proyecto educativo del centro, desde la concreción de los objetivos que pretenden las

Pues bien, al menor educando, como acreedor, le incumbe la carga de no impedir al centro docente el cumplimiento de sus deberes. Por ello, si no colabora a que el cumplimiento de la prestación educativa se haga efectiva —y, de ese modo, se produzca la liberación del promitente, cuando éste está dispuesto a realizar la prestación debida en la forma pactada con los padres— el menor educando puede llegar a provocar, no sólo un retraso en la posibilidad de cumplimiento por parte del centro docente, sino incluso la imposibilidad de realización de la prestación en el futuro, con la consiguiente extinción de la obligación sin responsabilidad alguna para el centro docente, que quedaría liberado.

Normalmente, la consecuencia de la falta de cooperación del menor educando será la puesta en contacto del centro docente con los padres del menor, que pueden, de mutuo acuerdo con el centro docente, desistir del contrato. Caso de que los padres, a pesar de la advertencia del centro docente respecto a la actitud de su hijo, no estén dispuestos a desistir del contrato, el centro podrá acordar la expulsión del menor⁵²⁵.

enseñanzas impartidas hasta la oferta específica que el alumnado recibe” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de participación, evaluación y gobierno de los centros docentes).

⁵²⁵ Ante la falta de regulación expresa del supuesto, opina ALBALADEJO que, en los casos de oposición al cumplimiento por parte del acreedor en las obligaciones de hacer, el deudor se libera por la no aceptación de su ofrecimiento de realizar la prestación (*Derecho Civil*, II, 1, 10ª ed., Madrid, 1997, p. 164). En los supuestos de oposición al cumplimiento del tercero beneficiario en los contratos a favor de tercero, ALBALADEJO distingue entre el caso en que el tercero haya aceptado la estipulación a su favor y cuando todavía no lo ha hecho. En el primer supuesto, cuando el promitente ofrece el cumplimiento y el tercero lo rechaza se aplicarían las reglas generales sobre consignación (en el caso de las obligaciones de hacer, liberación del promitente por la no aceptación de su ofrecimiento de realizar la prestación). En el segundo caso, defiende que si el estipulante pide el cumplimiento de la prestación a favor del tercero, no hay obstáculo si éste se opone a recibirla. Puesto que todavía no ha aceptado, el contrato obliga y confiere derechos sólo a estipulante y promitente, y pueden, de mutuo acuerdo, desistir de él o acordar que la prestación se realice a favor del estipulante —lo cual no tiene sentido en el caso del contrato de educación—. Por último, el promitente que desee liberarse de su obligación hacia el tercero, cuando éste se niegue a admitir el pago, y el estipulante a revelarlo de ella, puede consignar a disposición de la autoridad judicial para quedar liberado —liberación que, en el caso de las obligaciones de hacer, se produciría con la doble negativa del tercero y del estipulante, y que traería como consecuencia la expulsión del menor educando— (*Derecho Civil*, II, 1, cit., pp. 453-

Por otro lado, dado que al tercero no le corresponde, por no ser parte contractual, la acción de resolución del contrato⁵²⁶, el incumplimiento de la carga de cooperar al cumplimiento la prestación del promitente puede suponer para el deudor un modo de desligarse de la relación obligatoria en la que se halla inmerso, modalidad que se identifica con la declaración tácita del menor educando de renunciar a lo estipulado en su favor, a la que hemos hecho referencia en apartados anteriores.

b.— Derechos, deberes y cargas de los padres

Como ya hemos indicado, aun cuando los padres pacten la realización de la prestación educativa del centro docente para su hijo, no pierden la condición de parte contratante, de manera que les corresponde el cumplimiento de los deberes contractuales que les incumben, así como nacen para ellos los derechos que no hayan sido destinados al hijo menor, en cuyo beneficio está constituida la obligación del centro docente.

Por un lado, del contrato nace para ellos el derecho a que la prestación se realice a favor del menor educando del modo previsto en el contrato de educación, y conforme a la legislación educativa vigente. Por otro lado, en el caso de que no haya una contratación gratuita de servicios educativos, recae sobre ellos el deber de pagar la contraprestación económica. Por último, en virtud de la relación paterno filial, recae también sobre ellos la

454).

⁵²⁶ “No corresponde, en cambio, al tercero la acción de resolución del contrato, y, en general, se le deniegan las facultades atinentes al contrato, puesto que son sólo ejercitables por las partes contratantes. En concreto, de acuerdo con el art. 1124 CC, la acción de resolución fundada en el carácter recíproco de la relación contractual pertenece al estipulante frente al incumplimiento de la obligación asumida por el promitente, pero no al tercero porque no ha sido parte en el contrato y porque no obtendría ninguna ventaja sino, más bien, el inconveniente de verse privado del derecho acordado a su favor” (PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 214).

carga de ayudar al menor en el cumplimiento de lo que ya hemos mencionado es una carga para él, en virtud de su posición de acreedor respecto al centro docente: la de colaborar en el cumplimiento del centro docente; carga que, como también hemos visto, se concreta en el deber del estudio y en el respeto de las normas de convivencia del centro docente.

a'.— El derecho a que los servicios educativos se presten conforme a lo pactado en el contrato de educación. El derecho de información de los padres

Dice PÉREZ CONESA que el interés de una parte en el contrato reside en el cumplimiento en la forma pactada, y en el contrato a favor de tercero, una de las partes es el estipulante —en nuestro caso los padres— y el cumplimiento en la forma pactada implica la ejecución de la prestación al tercero —en nuestro caso el menor educando—⁵²⁷.

Sin embargo, en el caso del contrato de educación, nos encontramos con que el interés de los padres en que la prestación se realice conforme a lo pactado, no es un mero interés contractual, sino que es un verdadero derecho fundamental educativo de los padres: forma parte, como vimos, del contenido de la libertad de enseñanza⁵²⁸.

Por ello, el art. 4 de la LODE, haciéndose eco del art. 27. de la CE, establece lo siguiente:

“Los padres o tutores, en los términos que las Disposiciones legales establezcan, tienen derecho: a) a que sus hijos o pupilos reciban una educación conforme a los fines

⁵²⁷ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 216.

⁵²⁸ *Vid. sup.* apdo. III. 2. B.

establecidos en la Constitución y en la presente Ley (...) c) a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Además, como ya dijimos, la libertad de enseñanza de los padres se extiende también a la elección de una determinada opción pedagógica.

Podemos afirmar, por tanto, que el interés contractual de los padres, como estipulantes en el contrato educativo, incluye como elemento esencial su derecho fundamental a la libertad de enseñanza en el desarrollo del proceso educativo de su hijo menor de edad. Es importante detectar esta realidad, pues, de no ser así, limitaríamos el derecho fundamental de los padres a la libertad de enseñanza al momento de los tratos preliminares y a la elección resultante de los mismos en el *iter* negocial del contrato educativo. Dicho de otro modo, ese derecho fundamental quedaría desprotegido en el desarrollo mismo de la actividad educativa, y no sería tenido en cuenta en el supuesto de cumplimiento defectuoso de la prestación educativa.

Además, del mismo modo que, durante los tratos preliminares y la conclusión del contrato educativo, la libertad de enseñanza de los padres se protege —entre otros modos— mediante el derecho a recibir una información adecuada sobre la oferta educativa de los distintos centros docentes —proyecto educativo, carácter propio, ideario, reglas de régimen interior, etc.—, durante la vida del contrato de educación la legislación educativa reconoce expresamente la existencia de un derecho de información de los padres, que tiene como contrapartida un verdadero deber contractual del centro docente.

En efecto, el art. 13.3 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, establece que “a fin de garantizar la función formativa que ha de tener la evaluación y lograr una mayor eficacia del proceso de aprendizaje de los alumnos, los tutores y los profesores mantendrán una comunicación fluida con éstos y sus padres en lo relativo a las valoraciones sobre el aprovechamiento académico de los alumnos y la marcha de su proceso de aprendizaje, así como acerca de las decisiones que se adopten como resultado de dicho proceso”.

Este deber de información del centro docente, puede aparecer concretado de manera muy diversa en el proyecto educativo de cada centro docente, siempre que dicha concreción permita una comunicación verdaderamente “fluida” entre el centro docente y los padres, tal y como establece el Real Decreto 732/1995.

El derecho de los padres a la información acerca del proceso educativo de su hijo se convierte, de esta manera, en mecanismo de protección para el derecho a la educación del menor y para la libertad de enseñanza de los padres, medio a través del cual los padres pueden detectar la posible prestación defectuosa de servicios educativos con la que podrían verse vulnerados los dos derechos fundamentales al mismo tiempo.

A nuestro juicio, también formaría parte importante del deber de información del centro docente la obligación de advertir a los padres con la antelación suficiente del posible cambio de titular del centro docente, y del modo en que dicho cambio puede afectar al proyecto educativo del centro. Asimismo, pensamos, el titular del centro debe comunicar con la anticipación necesaria el posible cierre del centro —por los motivos que sea—, de modo que los padres tengan posibilidad de buscar un nuevo centro cuyo proyecto educativo sea acorde con la educación y la formación que desean para sus hijos.

b'.— El deber de costear la educación y la carga de cooperar al concurso del hijo menor en la recepción de la prestación educativa

La actuación de las partes en el contrato a favor de tercero se lleva a cabo en nombre propio y por propia cuenta. El hecho de que la prestación se dirija a un tercero no es contradictorio con que el estipulante esté personalmente interesado en el contrato y ello implica que, si estamos ante un contrato bilateral, deberá cumplir la contraprestación correlativa a la prestación del promitente. En el seguro de vida, por ejemplo, deberá pagar las primas al asegurador; en el contrato de renta vitalicia deberá entregar el capital al rentista; etc⁵²⁹.

En el contrato de educación, caso de que la prestación de los servicios por el centro docente no sea de carácter gratuito, los padres deberán realizar el pago de la contraprestación económica correspondiente. Generalmente el pago se realiza de forma fraccionada a lo largo del curso lectivo, que constituye habitualmente el periodo de duración de un contrato educativo, y suele llevarse a cabo en mensualidades, aunque nada impide que los contratantes opten por el pago realizado por cursos completos, dado que, como decimos, la prestación educativa se realiza por un curso escolar académico⁵³⁰.

Sin embargo, el deber paterno que más interesa a nuestro estudio es el que nace por efecto del contrato educativo y en virtud de la relación paterno filial, deber que no es otro que el de ayudar al menor en el cumplimiento de su carga de estudio y de respeto de las normas de convivencia del centro docente⁵³¹.

⁵²⁹ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 145-146.

⁵³⁰ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 323.

⁵³¹ LÓPEZ TAPIA —“Obligaciones de los padres. Formalización de la relación con el centro”, cit., pp. 61-62— hace la siguiente enumeración de contenidos de este deber de los padres: “informar al centro docente de las circunstancias de los hijos —psicológicas, de salud, de contexto

Este deber paterno ha sido contemplado por la doctrina como un verdadero deber contractual⁵³², cuando, a nuestro juicio, en el seno de la relación contractual educativa, no pasa de ser una carga, al igual que ocurre, como ya dijimos, con la misma actuación del menor de cooperar al cumplimiento de la prestación⁵³³. Cuestión distinta es que ese deber de cooperar de los padres sea una verdadera obligación en el seno de la relación paterno-filial, cuyo incumplimiento puede dar lugar incluso a la adopción de sanciones penales⁵³⁴.

La carga de los padres de cooperar al cumplimiento por parte del menor de su carga de estudiar y de respetar las normas de convivencia del centro docente no se restringe, por tanto, a la cooperación en los actos que, según hemos dicho, supone la

familiar, etc.— que sean relevantes para su rendimiento escolar y para la plena formación de su personalidad; suspender la asistencia de sus hijos al centro en supuestos de accidente o enfermedad cuyas consecuencias se puedan ver agravadas por la presencia en el centro, o en casos de padecimiento de enfermedad grave contagiosa susceptible de transmisión a los miembros de la comunidad educativa del centro aun en los supuestos de que se observen las precauciones sanitarias ordinarias; justificar al centro, con veracidad, la causa de la inasistencia del hijo al centro; proponer y demandar la colaboración de los responsables del centro para la atención de los problemas detectados en el proceso educativo del menor; asistir a las entrevistas y reuniones a las que sean convocados por el centro para tratar asuntos relacionados con la educación de sus hijos; seguir las actividades escolares de sus hijos, supervisar el cumplimiento del deber de estudio que incumbe al hijo y la realización de las tareas escolares; corresponsabilizarse con el centro en la corrección de los comportamientos contrarios a sus deberes como alumno y en el seguimiento de las correcciones que le sean impuestas; velar por el efectivo respeto de los derechos del alumno en el ámbito escolar e intervenir en defensa de los derechos que hayan sido transgredidos”.

⁵³² PAGUILLÓN, R, *Le contrat d' education*, cit., p. 103; TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., p. 322.

⁵³³ Por otro lado, como indica GARCÍA ABELLÁN —*El contrato de educación*, cit., p. 100—, es importante distinguir la cooperación de los padres del menor como deber legal, de la cooperación en el sentido peculiar del contrato, necesaria para que la finalidad educativa se realice. Para LÓPEZ TAPIA —“Obligaciones de los padres. Formalización de la relación con el centro”, cit., p. 70— las actuaciones de cooperación de los padres no son exigibles jurídicamente, al menos —dice— en su grado más leves de incumplimiento. Pensamos que, en caso de promover la declaración de responsabilidad de los padres por incumplimiento de esos deberes, los incumplimientos habrían de ser de la suficiente gravedad como para tener que alegar la inobservancia de obligaciones inherentes a la patria potestad, y no propiamente de obligaciones contractuales de los padres respecto al centro docente, lo cual no necesariamente cambiaría la naturaleza de la reclamación, que podría siendo de carácter contractual atendiendo al tenor literal del art. 1258 del Código Civil, a pesar de que, muy probablemente, nuestro Tribunal Supremo derivaría hacia el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ateniéndose al criterio de la “estricta órbita contractual”.

⁵³⁴ El art. 226.1 del Código Penal castiga con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana y con la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por un tiempo de 4 a 10 años, al que “dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar”.

aceptación por parte del menor de lo estipulado en su favor. El mismo concepto de la educación como proceso supone que la carga de los padres esté presente a lo largo de todo el proceso, en virtud de la relación paterno-filial.

Señala TAULER ROMERO que la carga de los padres de hacer posible el cumplimiento de la prestación educativa por parte del centro docente tiene dos manifestaciones prácticas. Por un lado, el respeto del carácter propio del centro; por otro, el deber de procurar la asistencia a las clases y el comportamiento adecuado del menor educando sometido a la patria potestad⁵³⁵.

Si el centro docente está obligado a educar conforme a su carácter propio, de la misma manera los padres han de facilitar la educación del menor educando, en primer lugar, respetando el carácter propio del centro. Como señaló el Tribunal Constitucional al referirse a la relación entre libertad de cátedra y carácter propio del centro, esta carga no supone una obligación de convertirse en apologista de dicho carácter, pero sí obliga a una actitud de respeto y de no ataque a dicho carácter⁵³⁶. Y, dentro del proyecto educativo, en lo relativo al ideario del centro —en el caso de aquellos centros que lo tienen—, “los padres, al haber elegido para sus hijos un centro docente con un ideario determinado, están obligados a no pretender que el mismo siga las orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con tal ideario, aunque sí pueden pretender legítimamente que se adopten

⁵³⁵ TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, cit., pp. 325-329.

⁵³⁶ “La relación de la libertad de cátedra con el ejercicio de sus derechos por los padres queda enmarcada por el respeto que aquélla debe a la definición de oferta educativa realizada por el titular del centro. La elección de los padres se adopta teniendo en cuenta dicha oferta, por lo que el respeto al ejercicio de este derecho ha de estar garantizado por la coherencia entre la actuación del profesorado y el proyecto educativo propuesto (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.M., “Derechos de los padres. Contenido de la prestación educativa”, *Educadores*, nº 193-194, 2000, p. 43).

decisiones que no puedan juzgarse, con arreglo a un criterio serio y objetivo, contrarios al ideario⁵³⁷.

Por otro lado, parece obvio que facilitar la educación empieza por facilitar la asistencia del menor educando al centro educativo así como la educación previa que propicie un comportamiento adecuado.

Este último contenido de la carga de facilitar el cumplimiento del centro docente — la educación previa que propicie el comportamiento adecuado y el respeto a las normas de convivencia del centro— podría haber sido objeto de análisis por la jurisprudencia en ciertos casos de responsabilidad de centros docentes por hechos dañosos de sus alumnos menores de edad. En determinados supuestos, la no asunción por parte de los padres de esa carga previa ha sido contemplada como fundamento para hacer responsables a los padres, junto al centro docente, de los hechos dañosos causados por sus hijos. Aunque una sentencia no se refiera expresamente a la existencia de esa carga para los padres, cuando afirma la responsabilidad de los mismos en determinados casos —especialmente en aquellos en los que los padres entregan a sus hijos objetos que pueden causar un daño en la comunidad escolar—, se está poniendo de manifiesto la existencia de esa carga paterna⁵³⁸.

Por último hemos de indicar que la no asunción por parte de los padres de la carga de facilitar el cumplimiento del centro docente puede dar lugar a la liberación del centro docente, e incluso, en determinados supuestos, a la reclamación de daños y perjuicios,

⁵³⁷ STC 77/1985, de 27 de junio (Az. RTC 1985/77), FJ 9º.

⁵³⁸ MORENO MARTÍNEZ, J.A. —*Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, cit., p. 181— cita el caso de una sentencia alemana que estimó que un padre, al entregar a su hijo —con capacidad mermada— una navaja para que la llevara a una excursión escolar, creó las circunstancias determinantes para que tuviese lugar el daño que generó la responsabilidad (8 W 1810/755, p. 30).

cuando de la falta de cooperación de los padres pueda haberse derivado algún daño —de cualquier clase— para algún miembro de la comunidad educativa.

D.— LA “YUXTAPOSICIÓN DE ACCIONES” EN CASOS DE RESPONSABILIDAD DE CENTROS DOCENTES Y PROFESORADO POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA DE SERVICIOS EDUCATIVOS

Si, como creemos haber demostrado, el contrato de educación es un verdadero contrato a favor de tercero, surge inmediatamente —como cuestión de máximo interés— la necesidad de analizar cuáles son las acciones de las que disponen cada uno de los sujetos del contrato de educación para defender sus respectivos derechos.

El estudio de la jurisprudencia vertida hasta el momento a este respecto —especialmente de la norteamericana— nos lleva a la conclusión de que la imprecisión existente acerca de la configuración jurídica del complejo relacional educativo padres-centro docente-alumno menor de edad se manifiesta también en el momento de la defensa judicial de sus derechos por parte de dichos sujetos.

En la mayoría de los casos de prestación defectuosa de servicios educativos son los padres quienes interponen las demandas, tomando como base la responsabilidad extracontractual del centro docente, y reclamando por dicho título indemnización para sus hijos dañados, y, eventualmente, para sí mismos⁵³⁹.

⁵³⁹ *Vid.*, entre otros, *Clareen F. v. Western Placer Unified School District* (Super. Ct. No. 53919, Ct. Of App. Third Appellate Dist, California, 1981), en el que actuaron como codemandantes los padres Clareen y Ray F., y su hijo de quince años, Bobby F.

Sin embargo, cuando la acción es de responsabilidad contractual, los padres presentan la demanda en su propio nombre, reclamando para ellos una indemnización, distinta de la reclamada —con fundamento extracontractual— para sus hijos. En estos casos, se considera que el incumplimiento del contrato por el centro docente, además de ocasionar un perjuicio a los padres contratantes, daña también —y principalmente— al menor educando. No obstante, a éste último se le considera extraño a la relación padres-centro docente, de modo que los tribunales en estos casos entienden que un mismo hecho genera responsabilidad contractual y extracontractual. Respecto al menor se entendería violado el deber general de no causar daño a otro, y no el contenido específico de la relación obligatoria que le une con el centro docente⁵⁴⁰. Por eso mismo, cuando es el propio menor educando quien, alcanzada la mayoría de edad, presenta por sí mismo la reclamación, sin intervención paterna alguna —ni procesal ni sustantiva— también lo hace fundándose en la existencia de responsabilidad extracontractual⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ *Vid.*, por todos, *De Pietro v. St. Joseph's School* (Supreme Ct. of the State of New York, Cty. of Suffolk, Index No. 79-10023, 1979), en el que Vincent de Pietro demandó al colegio privado Saint Joseph School en relación con la supuesta prestación defectuosa de servicios educativos a su hijo Michael. El padre reclamó para sí —con base contractual— la devolución de las cantidades pagadas al centro docente entre 1970 y 1978, así como la indemnización por haber violado su derecho a la información acerca del proceso educativo de su hijo, al habersele dado informaciones falsas acerca de los progresos realizados en el mismo. Por último, reclamó también —esta vez con base extracontractual— una indemnización para su hijo por los tratos degradantes que se le habían dado en ese periodo, así como por las taras psicológicas derivadas de los mismos.

⁵⁴¹ *Vid.*, entre otros, *Garrett v. School Board* (Circuit Ct. of the Seventeenth Judicial Circuit, in and for Broward County, Florida, No. 77-8703, 1977), en el que el demandante, George Garrett, contaba 18 años al presentar la demanda contra los responsables del distrito escolar de Broward County, en Florida. Los hechos alegados se desarrollaron durante los años de asistencia a uno de los centros docentes de dicho distrito escolar. La demanda trató de fundarse en la supuesta responsabilidad extracontractual del centro docente.

Pues bien, partiendo de la configuración del complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero, se llega a la conclusión de que es preciso superar este estado de cosas, diferenciando con claridad a quién corresponden y cuáles son los fundamentos y contenidos de cada una de las posibles acciones que pueden suscitarse en el ámbito de la prestación de servicios de educación, para evitar que los derechos fundamentales presentes en dicho ámbito queden desprotegidos. De ello nos ocupamos a continuación.

a.— Las acciones del menor educando

a'.— Acción propia del menor

Una vez analizado el contenido propio de la prestación educativa debemos plantearnos si el menor educando dispone de una acción propia en caso de que se produzca un cumplimiento defectuoso por parte del centro docente, o si, más bien, habrá de esperar a la decisión que tomen sus padres al respecto, por cuanto sean estos los únicos que aparezcan con legitimación propia en el seno del complejo relacional educativo para ejercitar la acción en contra del centro docente.

Dice PÉREZ CONESA que la posibilidad de un contrato a favor de tercero depende, en último término, de la existencia o inexistencia de una acción del tercero para exigir el cumplimiento de la prestación pactada en su provecho, pretensión ésta deducida de la relación que se constituye mediante el acuerdo de voluntades de las partes, sea aquélla objeto el objeto único o sea una más de las que se integran en la relación contractual⁵⁴². La afirmación del art. 1257 CC —“si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento (...)”— encierra la medida de lo que representa el contrato a favor de tercero porque en ella se concreta la singularidad de la figura, consistente en que al tercero se le considera acreedor de una prestación y, como tal, titular de un derecho. Si así no fuera, no tendría

⁵⁴² PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 6.

acción para exigir el cumplimiento de la estipulación a sus favor y si le favorece es porque le concede un derecho, no una simple ventaja que le reporte algún beneficio⁵⁴³.

Por tanto, del contrato a favor de tercero deriva una atribución para un tercero, que puede hacer valer en juicio cuando se produzca un incumplimiento contractual que le afecte. De este modo, el tercero tiene la facultad, no sólo de reclamar directamente contra el promitente por medio de la acción de cumplimiento, sino también, en caso de incumplimiento —puesto que no afecta en exclusiva al estipulante contratante, como sucede normalmente, sino al acreedor de la prestación que en nuestra figura es el tercero— de ejercitar la acción para exigir la ejecución forzosa, y, en último término, de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, tanto en caso de incumplimiento, como en el supuesto de que la prestación devenga imposible de forma sobrevenida por causa imputable al promitente⁵⁴⁴.

Como ya señalamos, en los supuestos de prestación defectuosa de servicios educativos en los que el centro docente no cumple todo lo derivado de la opción pedagógica o formativa pactada con los padres se vulnera el derecho fundamental del menor a la educación: bien porque no se prestan los servicios conforme a lo pactado expresamente por los padres —en cuanto a la orientación pedagógica o moral—, o bien porque no se prestan conforme a la buena fe, al uso y a la ley propios del contexto educativo (art. 1258 CC).

Como señala YZQUIERDO TOLSADA, poco importa que los deberes y procedimientos a que deban sujetarse los contratantes se encuentren previstos en el pacto —cosa harto infrecuente, por cierto— o provengan de la ley, de los usos profesionales o de las reglas de deontología. Si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible, y las normas han de ser las contractuales. Es cierto que, en efecto, que pocas veces un contrato prevé absolutamente todas las conductas que deberán ser observadas. Más, todavía, si el contrato es de servicios profesionales, en el que los usos de la profesión y las normas corporativas componen, junto a la buena fe,

⁵⁴³ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 88-89.

⁵⁴⁴ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 213.

un clima tan natural, que no se considera preciso consignar en el texto contractual lo que es práctica habitualmente observada⁵⁴⁵.

En consecuencia, si, como hemos venido diciendo, el menor tiene —en el seno del contrato educativo— un derecho a su favor independiente del derecho de sus padres, creemos que no hay inconveniente en afirmar que, en supuestos de incumplimiento por parte del centro docente, tiene una legitimación propia para ejercitar la acción correspondiente contra el centro, aunque necesite para ello de la representación procesal de sus padres⁵⁴⁶. Es más, en el supuesto extremo —e improbable— de que el menor con la suficiente capacidad de juicio piense —en contra de la opinión de sus padres— que se ha producido el incumplimiento, podrá ejercitar la acción correspondiente, aunque en último extremo tenga que acudir a la solicitud de habilitación judicial para comparecer en juicio⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ “Piénsese, por otra parte, la enorme cantidad de supuestos en que las partes de un contrato de este tipo ni siquiera redactan dicho texto, limitándose a perfeccionar el contrato por un simple consentimiento que es resultado de unas conversaciones en las que casi todo se da por sobreentendido” (YZQUIERDO TOLSADA, M, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, p. 107).

⁵⁴⁶ Art. 7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil 2000; 154, 156 y 163 CC.

⁵⁴⁷ Arts. 1994 y ss. de la LEC de 1881, norma que continúa vigente en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El art. 1994, en su texto actual, procedente de la Ley 15/89, de 29 de mayo, establece que necesitarán habilitación judicial para poder comparecer en juicio los hijos no emancipados cuando no estén autorizados para ello por la Ley, o por el padre o la madre que ejerce la patria potestad. En el art. 1995 (LEC de 1881) se establece que para que pueda concederse la habilitación es preciso que el hijo haya sido demandado o que se le siga un gran perjuicio de no proponer la demanda y que se produzca alguno de los supuestos siguientes: 1º: Hallarse los padres ausentes, ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional para esperar su próximo regreso; y 2º: Negarse el padre o la madre a representar en juicio al hijo. La habilitación debe concederse por el Juez, tras haber seguido el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria en el que se prestará audiencia al Ministerio Fiscal (art. 1996). En el auto en el que se acuerde la habilitación se nombrará al menor un defensor judicial (art. 1997). Por último, el art. 2001 establece que los efectos de la habilitación cesarán luego que el padre o la madre se presten a comparecer en juicio por el hijo.

Como precedente del reconocimiento de esa legitimación propia del menor se puede citar el Real Decreto 732/1995, de derechos y deberes de los alumnos, en el que se contempla de modo expreso —aunque la reclamación tenga carácter administrativo— la legitimación del menor para reclamar, con independencia de sus padres, en los supuestos de falta de objetividad en la evaluación de su rendimiento escolar⁵⁴⁸. Asimismo, en el mismo Real Decreto, se contempla la posibilidad de que los alumnos, también al margen de la actuación de sus padres, manifiesten su discrepancia respecto a las decisiones educativas del centro docente que les afecten⁵⁴⁹.

b'.— El carácter contractual de la acción del menor

La siguiente cuestión que hemos de plantearnos es la de si la acción que puede ejercitar el menor en los supuestos anteriormente citados tiene carácter de reclamación de responsabilidad contractual o extracontractual.

La cuestión, hoy por hoy, no es baladí, pues si se entiende que la acción es contractual, el plazo de prescripción de la acción es de quince años⁵⁵⁰, lo que permitiría al menor proceder a la reclamación cuando el daño producido por la negligencia del centro docente se hace patente con el paso de los años; o bien, simplemente, cuando, lo que —por

⁵⁴⁸ Art. 13.4: Los alumnos o sus padres o tutores podrán reclamar contra las decisiones y calificaciones que, como resultado del proceso de evaluación, se adopten al finalizar un ciclo o curso. Dicha reclamación deberá basarse en la inadecuación de la prueba propuesta al alumno en relación con los objetivos o contenidos del área o materia sometida a evaluación y con el nivel previsto en la programación, o en la incorrecta aplicación de los criterios de evaluación establecidos.

⁵⁴⁹ Art. 27: Los alumnos tienen derecho a manifestar su discrepancia respecto a las decisiones educativas que les afecten. Cuando la discrepancia revista carácter colectivo, la misma será canalizada a través de los representantes de los alumnos en la forma establecida en la normativa vigente.

⁵⁵⁰ Art. 1964 Código Civil.

el motivo que sea— no fue considerado por los padres como prestación defectuosa de servicios educativos alcanza esa consideración por parte del menor en un momento posterior, momento incluso en el cual, puede que ya sea mayor de edad, con lo que, además de ejercitar la acción que le es propia, lo haría sin necesitar la representación procesal alguna.

Por el contrario, la afirmación del carácter extracontractual de esta clase de acciones, a pesar de poder beneficiar al menor —debido, entre otras cosas, a la tendencia jurisprudencial actual a la objetivación de la responsabilidad de ese carácter⁵⁵¹— supondría un plazo de prescripción de un año⁵⁵², además de no adaptarse, como veremos, a la configuración del contrato de educación como contrato a favor de tercero⁵⁵³.

Como es bien sabido, y con independencia de la revisión que de dicho criterio se está operando en la actualidad, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado en numerosas

⁵⁵¹ La posibilidad de acudir a la responsabilidad extracontractual en casos de prestación de ciertos servicios profesionales queda abierta por el Tribunal Supremo —con razonamiento fácilmente esgrimible en casos de servicios educativos, y con independencia de la corrección técnica del mismo— cuando entiende que, en la responsabilidad del médico concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual, ya que aquél, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro, dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales o extracontractuales (*vid.*, a este respecto, la importante STS 7.II.1990 —Az. RJ 668—). La aplicabilidad de este razonamiento a los servicios educativos se puso de manifiesto en la sentencia de 2.III.1995 de la Audiencia Provincial de Girona (Az. AC 728), cuando la parte demandada y recurrente alegó que la existencia de un contrato de educación entre los padres de los menores educandos y los titulares de los centros educativos haría inviable el ejercicio de responsabilidad extracontractual. La Audiencia acudió al mencionado razonamiento para aceptar la argumentación de los demandantes, padres de una niña de trece años que resultó gravemente dañada al caer sobre ella la ventana de uno de los lavabos del centro docente demandado (FJ 3º).

⁵⁵² Art. 1968.2º Código Civil.

⁵⁵³ Tratando de delimitar el ámbito propio de la responsabilidad contractual —y refiriéndose, en concreto, a los casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad— YZQUIERDO TOLSADA afirma lo siguiente: “No dudo que sea cómodo para la víctima ampararse en las normas de la responsabilidad aquiliana, que (...) otorgan en la práctica un trato más *generoso* que la normativa contractual. Pero desde el punto de vista puramente técnico, la idea es rocambolesca” (*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, p. 107).

ocasiones el carácter contractual de la responsabilidad cuando el daño se genera en la “rigurosa órbita del contrato”⁵⁵⁴. La aplicación de este criterio al contrato de educación, sin tener en cuenta la configuración del mismo como contrato a favor de tercero, puede dar lugar a entender que la potencial acción del menor tiene carácter extracontractual, no tanto porque el daño se produzca fuera de la estricta órbita contractual, sino por entender que el menor, al no ser parte en el contrato de educación, no puede disponer a su favor de una acción de responsabilidad contractual.

Tal fue lo que sucedió en el ya famoso caso de la STS de 13.XII.1984⁵⁵⁵: el padre de María Teresa Blasco Ranera concluyó con la Compañía Telefónica Nacional de España un contrato de abono telefónico y otro de publicidad. En este último se indicaba que el nombre que figuraría en la guía telefónica no sería el del abonado, sino el de su hija. En la guía de 1976 el segundo apellido de la hija apareció cambiado, constando “Ramera”, en lugar de “Ranera”. La hija reclamó a la Compañía los daños sufridos en su fama. Aunque la demanda prosperó al amparo del art. 1902 CC, la Compañía Telefónica alegó la inexistencia de una estipulación a favor de tercero, para negar la posibilidad de reclamación directa por parte de la hija. A pesar de conceder la indemnización, el Tribunal Supremo entendió que no se trataba de una estipulación a favor, sino de una prestación a tercera persona: “la persona beneficiaria de un contrato de publicidad con la Compañía Telefónica del que no es parte viene únicamente autorizada por esa convención para recibir la prestación establecida a su favor y en forma alguna adquiere el derecho estipulado sustituyendo al contratante acreedor. Por ello no puede dirigir contra la Compañía una acción de daños y perjuicios fundada en el incumplimiento de las obligaciones nacidas de aquel contrato, ya que no es parte interviniente” (FJ 3º).

Sin embargo, a nuestro juicio, la realidad es muy otra en el contrato de educación, en cuanto contrato a favor de tercero. Como afirma DIEZ-PICAZO, entre las acciones que

⁵⁵⁴ El comienzo de esta línea jurisprudencial, repetida en innumerables sentencias de nuestro Tribunal Supremo, se encuentra en la STS de 24 de junio de 1969 (Az. RJ 3635), en la que se entendió que la responsabilidad extracontractual se aplica cuando se trata de daños “extraños a la materia y contenido del contrato” (FJ 4º), que en aquel caso concreto eran los producidos por el incendio de un pabellón industrial arrendado.

⁵⁵⁵ Az. RJ 6111.

puede ejercitar el tercero contra el promitente se encuentra la acción de resarcimiento de daños, que debe regirse por el régimen de la responsabilidad contractual⁵⁵⁶.

La razón fundamental por la que se afirma tal naturaleza de la acción del tercero no viene dada, a nuestro juicio, por el hecho de que la relación promitente-tercero se genere por el contrato educativo celebrado entre los padres y el centro docente, sino por la propia naturaleza de dicha relación.

Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido, en reiteradas ocasiones, la naturaleza contractual de la responsabilidad generada por el incumplimiento de contenidos propios de relaciones jurídicas no contractuales. Se ha llegado a decir que el art. 1101 CC se refiere a las deudas civiles nacidas de cualquier causa que ponga en relación directa a deudor y acreedor —pudiendo incluso ser la relación precedente una comunidad de bienes o una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado—⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ DIEZ-PICAZO, L, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 414-415.

⁵⁵⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, Dykinson, Madrid, 1999, p. 167. *Vid.* también la importante STS 26.I.1984 (Az. RJ 386), en la que se afirma lo siguiente: “la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como (...) una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que (...) si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 CC, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual; existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido (...); y en el caso debatido es indudable que entre la empresa recurrente y la demandante y actual recurrida existía una relación jurídica, si no contractual de derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica a la que contribuye la recurrida, de modo que la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron los daños a la actora no surgió *ex novo* a virtud de esos daños y por causación material de la recurrente, sino que se deriva de la relación jurídica previa existente entre ambas” (FJ 3º).

Dado que, como venimos afirmando, entre el menor educando y el centro docente media una relación obligatoria generada por el contrato de educación, es posible entonces afirmar la naturaleza contractual de la responsabilidad generada por prestación defectuosa del servicio educativo. Y ello, aunque en la definición del modo en que hubiese de cumplirse la prestación no haya intervenido el tercero.

Además, teniendo en cuenta las posturas doctrinales más modernas, pensamos que se puede afirmar la naturaleza contractual de la responsabilidad aun en el caso de que los deberes incumplidos por el centro docente no sean los que integran el contenido principal de la prestación educativa, sino que se trate de deberes de conducta accesorios a la misma, lo cual es de suma importancia en los supuestos —que hemos dejado de lado en nuestro estudio— de prestación defectuosa por el centro docente de su deber de custodia sobre los alumnos: en nuestra opinión, dicho deber de custodia, es, al fin y al cabo, un deber de protección específico del contexto educativo, que, aunque no se exprese en el tenor literal del contrato de educación, viene exigido por el cumplimiento conforme al uso y a la buena fe propios de dicho contexto⁵⁵⁸.

Sin embargo, como afirma YZQUIERDO TOLSADA, lamentablemente, y a juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial diaria, la teoría de la obligación de seguridad no está llamada a tener mucho éxito en España, pues no parece que se desee dar

⁵⁵⁸ Afirma DÍEZ-PICAZO que la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual, y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia* una vez despejado el camino a través de la llamada tesis sustancialista en materia procesal (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 268). *Vid.* también YZQUIERDO TOLSADA, M, “Casos en los que el daño tiene lugar, no por el incumplimiento de una de las prestaciones inequívocamente estipuladas, sino por el de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato”, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, pp. 108-114.

al art. 1258 CC todo el juego que merece. Se comprenderá —continúa el autor— que, si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una prestación claramente pactada, se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a los derechos de la personalidad, con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio viene a causarse como consecuencia del incumplimiento de una obligación accesoria no expresamente pactada⁵⁵⁹.

b.— Acción de los padres. La posible yuxtaposición de acciones

Como venimos señalando, de la estipulación a favor de tercero surge una relación contractual directa entre el estipulante y el promitente, que debe cumplirse a tenor de sus cláusulas. Por ello, en caso de incumplimiento por parte de uno de ellos del contenido prestacional específico de su relación, tendrá el otro la facultad de pedir la resolución con la indemnización de daños y perjuicios. En el caso de los padres, podrán ejercer la acción correspondiente en los supuestos de prestación defectuosa de información por parte del colegio acerca del desarrollo del proceso educativo de su hijo, e, insistimos, con independencia de la posible acción que corresponda al menor por vulneración de su derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres⁵⁶⁰.

Sin embargo, por virtud del contrato el estipulante podrá pedir también que se realice la estipulación en provecho de tercero, tal y como señala BONET, quien añade, citando a COLIN y CAPITANT, que, como el promitente se ha obligado, respecto al estipulante, a ejecutar su promesa a favor del tercero, el mismo estipulante puede pedir el

⁵⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, p. 110.

⁵⁶⁰ Distinto es el caso en el que ha sido el propio menor, con suficiente capacidad de juicio, el que ha optado por una determinada formación o método pedagógico. En estos supuestos, el derecho de información de los padres deja de ser parte del contenido del derecho a la educación del menor, que pasa a ser un derecho a ser educado conforme a sus propias determinaciones. Esto no quiere decir que los padres no tengan derecho a ser informados del desarrollo del proceso educativo de su hijo y que no puedan reclamar los daños correspondientes por la prestación defectuosa sufrida.

cumplimiento del contrato, no siendo de aplicar el adagio de que donde no hay interés no hay acción, puesto que, en realidad, el estipulante tiene siempre interés en que se cumpla la estipulación con el tercero, aunque sólo sea un interés afectivo⁵⁶¹.

El párrafo 335 del BGB contempla expresamente esta posibilidad, al establecer que “el estipulante puede, a menos que sea otra la voluntad de los contratantes, exigir la prestación para el tercero, aun cuando el derecho a la prestación pertenece al tercero”⁵⁶².

En el contrato de educación, esta facultad del estipulante supone, además, que los padres, en caso de incumplimiento por parte del centro docente de aquellos deberes a los que se ha obligado con respecto al menor educando, pueden exigir el cumplimiento por equivalencia, cuando éste sea todavía posible, o bien pedir la resolución del contrato con la reclamación de los daños correspondientes⁵⁶³.

Como dice HEDEMANN, esta potencial reclamación del estipulante —de los padres, en este caso—, independiente de la reclamación del tercero —menor educando— da lugar a una interesante yuxtaposición de acciones⁵⁶⁴, pues el hecho de que el estipulante pueda pedir el cumplimiento de la prestación al deudor no quiere decir que se trate de un crédito solidario, ejercitable por cualquiera de los acreedores —en este caso el tercero y el

⁵⁶¹ BONET RAMÓM, F, *Los contratos a favor de tercero*, cit., p. 25.

⁵⁶² “*Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschliessenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diessem das Recht auf die Leistung zusteht*”.

⁵⁶³ Tanto los padres como el menor podrán pedir la prestación por equivalencia, con la diferencia de que los padres, como parte contractual, podrán reclamar la devolución del precio de la prestación educativa, cosa que no podrá hacer el menor. Por otro lado, como ya dijimos, sólo están legitimados para pedir la resolución contractual en caso de incumplimiento los padres del menor educando, mientras que al menor le queda la posibilidad de la renuncia expresada a través de la no asunción de la carga de cooperar al cumplimiento de la prestación educativa por parte del centro docente.

⁵⁶⁴ HEDEMANN, *Derecho de Obligaciones*, III, Traducción de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 108.

estipulante— ya que el único titular es el tercero y el estipulante sólo está legitimado para exigir que se le haga a aquél la prestación, no a sí mismo.

c.— Incumplimiento del centro docente y vulneración simultánea del derecho a la educación del menor educando y de la libertad de enseñanza de los padres

La cuestión que hemos planteado en el epígrafe anterior, que parece no ofrecer grandes pegos en lo relativo a la reclamación de cumplimiento, presenta notables dificultades en lo relativo a la posible reclamación de daños y perjuicios cuando la ejecución forzosa deba ir acompañada de los mismos, o cuando se lleve a cabo la prestación por equivalencia acompañada también de la correspondiente indemnización.

Así como decíamos que el estipulante, en su condición de acreedor contractual, está legitimado para reclamar del promitente el cumplimiento de lo estipulado a favor del tercero —siempre y cuando la petición se haga para que dicho cumplimiento se realice a favor del tercero, lo cual da lugar a dos pretensiones concurrentes contra el promitente—, por la misma razón tendría acción para reclamar la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato haya causado, petición ésta que iría dirigida a favor del tercero. Esta conclusión se sostiene desde la perspectiva del interés del estipulante, y, concretamente, desde el interés en la ejecución de la prestación contractual al tercero. El interés de una parte en un contrato reside en su cumplimiento en la forma pactada, y en el contrato a favor de tercero una de las partes es el estipulante y el cumplimiento en la forma pactada implica la ejecución de la prestación al tercero. Por ello, en la hipótesis de incumplimiento, el interés del estipulante no será recibir a favor propio una indemnización,

sino que el promitente indemnice al tercero por la prestación incumplida⁵⁶⁵. CASALS, al aludir al problema del interés del estipulante, afirma que el incumplimiento de la prestación al tercero por el promitente no puede ni debe dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios a favor del estipulante, sino precisamente a favor del tercero⁵⁶⁶.

Ahora bien, podría pensarse que el estipulante tiene derecho a un resarcimiento de daños y perjuicios a favor de sí mismo, con independencia del perjuicio sufrido por el tercero beneficiario. Así, se ha admitido que, para el supuesto de que el promitente no cumpla su obligación, el estipulante podría pedir la resolución del contrato con una indemnización de daños que compense el daño personal que experimente por el hecho de la inejecución⁵⁶⁷. La titularidad de la acción indemnizatoria propia del estipulante tendría aquí su justificación por el daño que le puede ocasionar el incumplimiento de la obligación del promitente, si se tiene en cuenta la otra faceta del interés del estipulante, es decir, el interés en el otorgamiento del derecho al tercero que se halla en la relación de valuta donde, incluso aunque la causa sea *donandi*, el daño no patrimonial sería resarcible⁵⁶⁸.

Como señala GIRINO, es difícilmente pensable que el estipulante sufra un daño por el incumplimiento del promitente, pero es posible cuando la estipulación a favor de tercero es hecha *solvendi causa*. En tal caso, observa este autor que no se ve por qué este daño no debería ser reparado⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 213-214.

⁵⁶⁶ CASALS COLLDECARRERA, M, “Contrato a favor de tercero”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V, Barcelona, 1953, pp. 359-360.

⁵⁶⁷ RAMS, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1º, 3ª ed., Boch, Barcelona, 1995, p. 553.

⁵⁶⁸ GONZÁLEZ PACANOWSCA, Comentario al art. 1257 CC, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII, 1º, Madrid, 1984, pp. 417-418.

⁵⁶⁹ GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milán, 1965, p. 41-42.

Pues bien, en el caso del contrato educativo, es importante no olvidar que el derecho *erga omnes* de los padres a la libertad de enseñanza se identifica con lo que es un deber en el seno de la relación paterno-filial⁵⁷⁰, y que la observancia de ese deber forma parte de las obligaciones educativas de los padres, cuyo cumplimiento opera como verdadera causa de la relación —de valuta— que une a los padres con el centro docente. Causa que no es, por tanto, *donandi*, sino *solvendi*, lo cual, a nuestro juicio, legitima la reclamación de daños por parte de los padres en su propio favor en cualquier supuesto de educación del menor apartándose de las determinaciones pedagógicas y formativas establecidas en el contrato de educación, reclamación que tendría también carácter contractual.

Pero no es éste el único fundamento que avala la potencial reclamación de daños a favor de los padres del menor educando. Existe una razón más determinante todavía.

Como ya quedó dicho, en el contrato a favor de tercero la primera y principal facultad del tercero es la de reclamar el cumplimiento del contrato. Más exactamente, el tercero podrá pedir el cumplimiento de la obligación que, como deudor, pesa sobre el promitente en lo estrictamente relacionado con lo estipulado en su ventaja, pues es posible que no todo el contrato se haya estipulado a favor del tercero, quedando algunas ventajas en provecho del estipulante como contraparte. La distinción entre la relación contractual, que media entre estipulante y promitente, y la relación obligatoria, que se establece entre promitente y tercero, permite hacer una separación entre las pretensiones que puede invocar el tercero y las que puede aducir el estipulante. Así, la acción del tercero es una acción principal que no depende de la que le corresponde al estipulante contra el

⁵⁷⁰ *Vid. sup.* apdo. III. 2. A. b.

promitente, aunque la proximidad entre ambas acciones se concreta en la finalidad a que tienden. Por parte de éste, el derecho directo que ostenta contra el promitente hace viable su pretensión, sin necesidad de tener que esperar a que el estipulante haya entablado una demanda, porque dispone de una acción para obtener la sanción de la obligación que se pone a cargo del promitente por el contrato. Asimismo, es preciso señalar que, no obstante la identidad por el objeto que equipara ambas acciones, puede ocurrir que el tercero no reciba del promitente toda la prestación que le incumbe realizar cuando el contrato no se haya pactado en su integridad para un tercero. La medida de lo pactado a favor del tercero integra el contenido de su derecho y en ella se concretan las facultades que le competen como acreedor⁵⁷¹.

Ocurre, sin embargo, que, en el contrato de educación, la medida de lo pactado a favor del menor educando —el contenido de la relación obligatoria con el centro docente— coincide en parte con el contenido del derecho fundamental de los padres a la libertad de enseñanza. Mientras no tiene la suficiente capacidad de juicio, el menor tiene derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres, y los padres a determinar la orientación pedagógica y formativa de la enseñanza que recibe el menor. Por tanto, a nuestro juicio, cuando la prestación defectuosa del centro docente supone una vulneración del derecho a la educación del menor —por apartarse de la opción pedagógica o formativa de los padres (derecho fundamental a la educación como derecho de libertad), o por suponer una prestación de una calidad inferior a la prometida (derecho fundamental a la educación como derecho de prestación)—, supone, al mismo tiempo, una vulneración del derecho de los padres a la libertad de enseñanza.

⁵⁷¹ PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 207 y 212.

De acuerdo con este razonamiento, la legitimación de los padres para reclamar una indemnización a su favor en los supuestos de prestación defectuosa de servicios educativos no derivaría del daño sufrido por su hijo —y, por tanto, del daño moral que pueda haberles producido la defectuosa educación de su hijo—, sino de la vulneración directa de su derecho fundamental a la libertad de enseñanza.

En estos casos, tanto el menor como los padres estarían legitimados para reclamar, si todavía es posible, la ejecución específica de la prestación educativa, o bien su equivalente patrimonial, además de los correspondientes daños: como ya dejamos dicho, el menor en virtud de su condición de acreedor, y los padres en virtud del interés en el cumplimiento de lo pactado con el centro docente a favor de su hijo.

La desconfianza generada hacia el centro docente que prestó defectuosamente sus servicios hará que, normalmente —en los casos de enseñanza defectuosa— el menor haya ya recibido, al tiempo de presentarse la demanda, lo que los tribunales norteamericanos han denominado *remedial education* —en forma de clases particulares o a través de los servicios de un centro psicopedagógico—, cuyo coste será tenido en cuenta por el juez a la hora de determinar la cuantía de la indemnización⁵⁷².

En este sentido, nos parece oportuno hacer referencia a la sentencia de la AP de Guipúzcoa de 8 de enero de 1998 —ya citada⁵⁷³—, que se ocupó de la reclamación de unos padres por las lesiones sufridas por su hijo menor en el transcurso de un partido de hockey en un colegio de San Sebastián. La pretensión de los demandantes, que no fue atendida en primera instancia, sí lo fue por la Audiencia, que declaró la existencia de responsabilidad del centro docente, conforme al art. 1903.5 CC (FJ 4º). Pues bien, dicha sentencia resulta especialmente interesante por tres motivos: en primer lugar, porque en la determinación de la cuantía de la indemnización se aplicaron por analogía los baremos para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación (FJ 5º); en segundo lugar, porque los demandantes pidieron que se tuviera en cuenta en la determinación de la indemnización la cuantía de las clases particulares que tuvo recibir el menor debido al

⁵⁷² Vid., por todos, *Irwin v. School Directors*, Mc Henry County, 79L49 (1979).

⁵⁷³ Rollo de apelación civil 1230/97, sentencia 8/98.

descenso de su rendimiento escolar durante el periodo de curación de las lesiones —a este último respecto la Audiencia entendió que no había quedado probado en el transcurso del proceso que el accidente ocurrido el 25 de mayo de 1994 hubiese tenido incidencia alguna en el rendimiento escolar del menor— (FJ 5°); y, en tercer lugar, porque la madre reclamó también indemnización por la disminución de sus ingresos en ese periodo de especial atención de su hijo menor, extremo que tampoco se consideró probado por el tribunal (FJ 5°).

Además de los diversos contenidos de la indemnización solicitada, llama de nuevo la atención que la reclamación presentada por estos padres no tiene un fundamento definido, hablándose en la demanda de responsabilidad contractual y extracontractual indistintamente.

Por otro lado, el daño que se produce al menor por la prestación defectuosa de servicios educativos puede ser de dos clases: daño intelectual —cuando se provoca un retraso o una disfunción en el proceso de aprendizaje del menor—⁵⁷⁴, o daño formativo —cuando la disfunción se produce en el proceso de formación no estrictamente académica del menor—. Además, pensamos que en ambos casos sería también indemnizable el daño moral derivado de dichas disfunciones; entendiendo la expresión “daño moral” en su más estricto sentido de “reflejo subjetivo del daño injusto” —en estos casos, como dolor psíquico por saberse disminuido educativamente⁵⁷⁵—, que no puede ser obviado en estos casos, pues es indudable que cualquiera de las disfunciones

⁵⁷⁴ “Who in good faith can deny that a student who upon graduation from high school cannot comprehend simple English —a deficiency allegedly attributable to the negligence of his educators— has not in some fashion been injured?” (*Donohue v. Copiague Union Free School District*, cit., p. 375).

⁵⁷⁵ “Tiene razón Renato SCOGNAMIGLIO al señalar que el origen de lo que después se ha denominado daño moral se encuentra en lo que en el antiguo Derecho común se llamaba *pretium doloris* y en el antiguo Derecho germánico *schmerzengeld* (...), definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado o, según la expresión de SCOGNAMIGLIO, dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto (DÍEZ-PICAZO, L, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 325-326).

apuntadas puede afectar a la capacidad de relación del menor con su entorno —social y familiar— con las secuelas consiguientes en la plenitud de su desarrollo personal⁵⁷⁶.

Por último, la pluralidad de acciones derivadas del incumplimiento del centro docente se extendería también a los daños y perjuicios provocados por la vulneración de derechos educativos fundamentales: el menor educando quedaría legitimado en virtud de la vulneración de su derecho fundamental a la educación, y los padres en virtud de la vulneración de su derecho a la libertad de enseñanza.

Es decir, el derecho a la libertad de enseñanza de los padres —el derecho a que su hijo sea educado conforme a su opción pedagógica y formativa— encuentra cauce en la propia posición de los padres en el contrato de educación, que no tendrían que fundamentar su legitimación para reclamar daños por la prestación defectuosa del servicio educativo en la existencia de un pretendido daño moral causado por la educación defectuosa de su hijo —dejando al margen la posibilidad de que también reclamen por esos daños—. Su derecho a la libertad de enseñanza encuentra cobertura contractual en el complejo relacional educativo, pues —por la conclusión del contrato— el centro docente se obliga respecto a los padres a educar a su hijo menor conforme a su opción pedagógica y formativa —sea cual sea—, del mismo modo que, respecto al hijo menor, queda obligado a educarle conforme a las determinaciones de sus padres.

⁵⁷⁶ El Juez Davidson —de la Corte de Apelación de Maryland— en el voto particular que emitió en el caso *Hunter v. Board of Education* (439 A.2d 582, Md. App. 1982), en el que un menor había sido reiteradamente ridiculizado por varios profesores, subrayó que encontraba difícil defender que la conducta negligente de un profesional de la educación no produjese, entre otras consecuencias, un daño psicológico para el menor, derivado de su propia percepción personal de lo ocurrido.

Como se puede ver, la yuxtaposición de acciones existe en cuanto a la posibilidad de reclamación de cumplimiento, de ejecución forzosa o de cumplimiento por equivalencia, y también en cuanto al daño derivado del incumplimiento: tanto los padres como el hijo menor tienen legitimación para reclamar en virtud de sus posiciones en el complejo relacional educativo.

Sin embargo, aunque el incumplimiento del centro docente legitima tanto al menor como a los padres cuando, a resultas del mismo, se daña el derecho a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza, respectivamente, el contenido de las pretensiones de resarcimiento del daño será necesariamente diverso en un caso y en otro. No existe en este caso, propiamente, yuxtaposición de acciones: aunque las potenciales acciones del menor o de sus padres tengan su origen en daños causados por el incumplimiento del centro docente, el juez habrá de apreciar en cada caso cuál haya de ser la indemnización correspondiente a unos y a otros.

Como es bien sabido, nuestro sistema de tutela de los derechos fundamentales, al igual que el austriaco y el alemán, se caracteriza por tener que acudir el ciudadano, en primer lugar, a su Juez legal ordinario a fin de obtener la protección de su derecho fundamental vulnerado, y, si no obtuviera de él la tutela, habrá de reproducir su pretensión ante los Tribunales superiores del Poder Judicial hasta agotar dentro de la jurisdicción ordinaria los medios de impugnación (art. 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Tan sólo cuando su petición de restablecimiento del derecho fundamental vulnerado no fuera atendida por el Poder Judicial es cuando estará facultado para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, y, en último término, si fuera desestimada su pretensión, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cit., art. 35.

A fin de dar cumplimiento a las exigencias de “preferencia” y de “sumariedad” establecidas en el art. 53.2 de la CE, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona instauró tres conjuntos de denominadas “garantías jurisdiccionales”, que no eran sino procedimientos especiales —penal,

Aunque advertimos al principio de nuestro estudio que no entraríamos de lleno en el estudio de los elementos de la posible responsabilidad civil de centros docentes por prestación defectuosa de servicios educativos, hacemos aquí un breve alto en el camino para ofrecer un pequeño esquema del contenido de las posibles reclamaciones de los padres y del menor educando en esos supuestos, de acuerdo con lo que hemos dicho hasta ahora⁵⁷⁸:

El hijo menor estaría legitimado para reclamar la ejecución forzosa o el cumplimiento por equivalencia, además del daño intelectual o educativo derivado del

civil y contencioso-administrativo—, ya que el término “sumariedad” fue utilizado en su sentido vulgar de proceso rápido y no en el técnico de proceso “sumario”. Sin embargo, las sucesivas reformas de nuestras leyes procesales prácticamente han dejado sin contenido a la mencionada Ley 62/1978. Así, su todavía hoy vigente sección 1ª, relativa a la “garantía jurisdiccional penal” (arts. 2 a 5), resulta difícilmente aplicable al actual proceso penal, que ha sufrido importantes y profundas modificaciones desde 1978 hasta nuestros días. Por otro lado, la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, derogó expresamente la sección 2ª de la Ley 62/1978 (arts. 6 a 10), ordenando en su lugar el proceso especial de amparo administrativo en sus arts. 114 a 122. Finalmente, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, se ha encargado de derogar la sección 3ª de citada Ley (arts. 11 a 15), y, a diferencia de otras leyes procesales, como la administrativa o la laboral, que han creado procesos especiales dedicados a la protección de derechos fundamentales, ha previsto que la tutela de estos derechos en el orden civil se encauce a través del llamado juicio ordinario, esto es, mediante un proceso ordinario, pero con las necesarias especialidades de preferencia y rapidez en su tramitación —Exposición de Motivos, epígrafe X, párrafos 2º, 4º y 6º—. Por otro lado, conviene recordar que, cuando se invoca por primera vez ante los Tribunales ordinarios la vulneración de un derecho fundamental, puede hacerse mediante la individualización del derecho fundamental material infringido. Sin embargo, si el Poder Judicial no satisface la pretensión de amparo, la invocación de la lesión ante el Tribunal Constitucional habrá de hacerse mediatamente como vulneración del derecho a la tutela (art. 41.2 LOTC), esto es, en calidad de amparo judicial ordinario y como violación del artículo 24.1 CE, y no como lesión autónoma del derecho fundamental material (CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Parte especial, Colex, Madrid, 2000, pp. 242-245).

⁵⁷⁸ Pensamos que no hay inconveniente alguno en entender que todos estos daños están cubiertos por el seguro de responsabilidad civil que tenga contratado el centro docente. A este respecto resulta pionero —y revelador— el tenor literal del párrafo primero del art. 1679 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998: “Quienes tienen a su cargo establecimientos educativos de enseñanza primaria y secundaria responden del *daño que sufren los alumnos menores de edad mientras se hallan en el ámbito de su actividad*. A tal efecto, todos los establecimientos deben constituir y mantener un seguro de responsabilidad civil, en los términos que determine su reglamentación; ésta preverá asimismo las sanciones administrativas aplicables en el caso de no ser constituido o mantenido regularmente”.

incumplimiento del centro docente. Junto a ese daño, también podría reclamar el daño producido por la vulneración de su derecho fundamental a la educación, en cuanto derecho de libertad, como derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres, tanto en el ámbito pedagógico como en el formativo. Y, en último lugar, podría reclamar indemnización del daño moral producido por el incumplimiento, que se extendería, no sólo al daño consistente en la frustración que pueda producirle el retraso en su aprendizaje o la disfunción en su educación —y, por tanto, en su vida de relación—, sino también al daño moral producido por la lesión de su derecho fundamental a la educación, o, lo que es lo mismo en este caso, en su libertad personal⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ La orientación favorable a la reparación del daño moral en supuestos de vulneración de derechos fundamentales —ya sea en el ámbito contractual o extracontractual— se reflejó ya en el artículo 4.5 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuyo tenor literal es el siguiente: “La indemnización por perjuicios materiales y morales será fijada en la sentencia expresamente. Los Tribunales tendrán en cuenta el agravio producido y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta, así como la difusión del mismo”. Esta orientación fue reiterada por el legislador con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 5/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar, y a la Propia Imagen, de acuerdo con el cual, “(...) la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia de medio a través del que se haya producido (...)”. La expresión “daño moral” en el ámbito de los derechos fundamentales se utiliza normalmente para designar el daño producido por la vulneración del derecho fundamental de que se trate, es decir, de un determinado aspecto del patrimonio moral de la persona. Sin embargo, cuando en estos párrafos hablamos de “daño moral producido por la lesión de un derecho educativo fundamental”, nos estamos refiriendo al sufrimiento del menor o de sus padres como dolorosa percepción personal de la situación generada. Si un sujeto resulta privado injustificadamente de su libertad personal, no sólo habrá que indemnizarle por la lesión de su derecho fundamental a la libertad, sino también por el sufrimiento que dicha privación le supone, sufrimiento que será distinto para unos sujetos que para otros. En otras palabras, no entendemos porqué se tiene en cuenta el daño moral derivado del daño corporal, y no el “daño moral”, en cuanto reflejo subjetivo del “daño moral producido por la vulneración de un derecho fundamental”. Pensamos que, en este sentido, las referencias del Tribunal Supremo al “daño moral” en los casos de vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, se extienden a las dos clases de daños apuntados (*vid.*, a modo de ejemplo, la STS 23.VII.1990 —Az. RJ 6165, FJ 8º— según la cual, “en la reclamación de daños morales por ofensas al honor, la valoración de los daños corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser causa suficiente para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiendo de valorarse por el juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias del caso concreto, ya que el daño moral -...- es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual”).

Los padres, por su parte, podrían reclamar —a favor de su hijo— la ejecución forzosa o el cumplimiento por equivalencia, además del daño intelectual o educativo derivado del incumplimiento del centro docente. También estarían legitimados, en virtud de su posición contractual, para reclamar la indemnización de todos los demás daños que se han producido al menor, mencionados con anterioridad. Hasta aquí se extendería lo que hemos venido llamando, con expresión de HEDEMANN, yuxtaposición de acciones en el contrato a favor de tercero.

Pero la legitimación de los padres —debido a su posición en el complejo relacional educativo— para reclamar responsabilidad contractual no terminaría ahí. Podrían también reclamar —con fundamento contractual— por la lesión de su propio derecho fundamental a la libertad de enseñanza.

Por último, pensamos que el juez podría decretar también la indemnización del daño moral producido a los padres a causa del incumplimiento del centro docente: no sólo el daño moral derivado de la lesión de su derecho a la libertad de enseñanza —es decir, de un aspecto fundamental de su libertad personal—, sino también el daño moral que se les pueda producir con la situación en la que queda su hijo menor de edad a resultas de la actuación del centro docente⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Como señala VICENTE DOMINGO —*Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 216—, “los daños morales sufridos por las víctimas de rebote, al ser daños morales puros —en particular, el desánimo por la muerte del ser querido y la presencia constante de la incapacidad—, en un primer momento tropezaron con las dificultades propias de esta clase de daños. Sólo se admitía su reparación en los casos de muerte de la víctima inicial. Sin embargo, hoy en día, se tiende a flexibilizar este límite aunque las lesiones de la víctima inicial tienen que ser de entidad suficiente como para provocar un daño moral a los parientes y allegados”. Llegado el caso, pensamos que el juez debiera plantearse si el daño intelectual o educativo producido al menor ha provocado efectivamente en los padres ese daño moral consistente en el desánimo causado por la “situación en la que queda su hijo menor de edad” — STS de 23.IV.1992 (Az. RJ 3323)— a resultas de la actuación del centro docente.

Cuando la prestación defectuosa de los servicios de un determinado centro docente hubiese afectado a una pluralidad de usuarios de dichos servicios, los padres y alumnos podrían también tomar en consideración la posibilidad que ofrece el art. 6.1 de la Ley 1/2000, según el cual, “podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: (...) 7º: Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados”. Aunque la protección de los intereses de los consumidores y usuarios desde la perspectiva de los intereses colectivos o de grupo no es nueva, sino que ya la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios la establecía —en sus arts. 20 y 21 se atribuyó la legitimación para la defensa de esos derechos a las Asociaciones de consumidores y usuarios constituidas de acuerdo con la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964—, lo que aquella Ley no contemplaba es que fueran los propios consumidores los que conformaran un grupo con la única finalidad de proceder a la defensa de sus intereses comunes, atribuyendo la legitimación a un ente con personalidad jurídica, pero diferente a los propios consumidores y usuarios⁵⁸¹.

Siguiendo adelante, nos encontramos con que, del estudio detenido de la jurisprudencia norteamericana y de la dictada en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁸², se infiere que el supuesto en el que esta situación —vulneración

⁵⁸¹ “Las *class actions* cuentan con una larga tradición jurídica en Estados Unidos. Aunque con precedentes en el *common law* es la *Federal Equity Rule 38*, de 1912, la que determina el origen de esta institución en el Derecho norteamericano. La regulación actual se contiene en la *Federal Rule 23*, de 1938, con las modificaciones introducidas en 1966 (...) En dicha regulación se establece como presupuesto que el grupo que presente la demanda sea tan numeroso que el litisconsorcio sea impracticable. Creemos que aunque nuestro legislador no haya establecido de forma expresa ese presupuesto, el mismo puede considerarse implícito en nuestra legislación, y que el propio concepto de grupo lo presupone” (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium, Barcelona, pp. 132 y 172).

⁵⁸² También en nuestro ámbito judicial la posibilidad de la vulneración simultánea del derecho fundamental del menor a la educación y del derecho a la libertad de enseñanza de sus padres producida por una misma actuación del centro docente fue ya apuntada por los demandantes, padres de un menor expulsado de un colegio de Oviedo, en el caso resuelto por el Auto del Tribunal Constitucional 1996/382, de 18 de diciembre (Az. RTC 382/1996), auto al que ya no hemos referido con anterioridad. Aunque el Tribunal Constitucional denegó el amparo pretendido por los padres del menor, pues entendió que, al haber incumplido dicho alumno las normas de convivencia del centro, la medida adoptada por el colegio no podía ser considerada arbitraria (FJ 4º), el FJ 3º de este Auto comienza de la siguiente manera: “Se alega a continuación la lesión del derecho a la educación que a todos garantiza el art. 27.1 CE, así como la vulneración del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Infracciones ambas que se imputan al hecho de que el

simultánea del derecho a la educación del menor y de la libertad de enseñanza de los padres— se puede producir con más nitidez es el de prestación defectuosa de servicios educativos acompañada de incumplimiento del deber de información a los padres: la prestación defectuosa supondría la vulneración del derecho a la educación del menor y de la libertad de enseñanza de los padres, mientras que el incumplimiento del deber de información a los padres supondría la vulneración de su derecho fundamental a la libertad de enseñanza, pero también del derecho a la educación del menor, pues, como ya dijimos, el deber de información del centro docente respecto a los padres, es también parte del contenido del derecho a la educación del menor, pues una fluida y correcta información a los padres hace posible su cooperación eficaz en el desarrollo del proceso educativo de su hijo. Y, todo ello, con la peculiaridad de que, teniendo el menor —como consecuencia del contrato de educación, y como contenido propio de la relación obligatoria que le une con el centro docente— derecho a ser educado conforme a las determinaciones de sus padres, la responsabilidad que puede reclamar el menor en dichos supuestos tiene también naturaleza contractual⁵⁸³.

colegio (...) acordase la expulsión del alumno, pues, con esta sola decisión, de una parte, se privó a éste de su derecho a la educación, y, al tiempo, se menoscabó la facultad que a sus padres confiere el art. 27.3, habida cuenta de que en dicho centro se impartía una docencia conforme a sus convicciones”.

⁵⁸³ En la SAP de Tarragona, de 28.XII.1995 (Az. AC 1382), se juzgó como delictivo el ejercicio de actos propios de la profesión de psicopedagoga por parte de una persona empleada por un centro docente de dicha provincia, que carecía del correspondiente título académico expedido o reconocido en España. La actuación de la profesora provocó daños a un menor de edad oligofrénico, que no recibió la atención adecuada a su situación. Aunque el tribunal no lo entendió así en el caso descrito, este campo de la responsabilidad civil derivada de esta clase de delitos —de falta de titulación en el profesorado— puede ser uno de los campos en los que haya de tenerse en cuenta la posibilidad de doble vulneración de derechos fundamentales.

También en carta de 19.X.1999, dirigida al director de un diario de ámbito nacional, una madre exponía el siguiente caso, que muy bien podría quedar encuadrado en este supuesto de doble vulneración de derechos fundamentales: “Tengo una hija de 4 años con necesidades educativas especiales (Síndrome de Down) que fue admitida en el colegio público XXX para la clase de 3 años. Todo parecía ir bien, y estábamos contentos por escolar a nuestra hija en un colegio de integración. Los problemas empezaron antes de que la niña comenzara las clases, el día de la reunión previa con los padres, a la que asistieron las dos profesoras y el jefe de estudios. Una de las tutoras —que por desgracia le tocó a mi hija— se permitió decir delante de todos, y sólo porque le habían cambiado algunas cosas de sitio, ‘que más se les puede pedir, no

En la jurisprudencia norteamericana destacan los casos *Peter W. v. San Francisco Unified School District*, *Donohue v. Copiague Union Free School District*, y *Paladino v. Adelphi Univ.*, *Aubrey et al. v. School District of Philadelphia*, *Hoffman v. Board of Education*, a cuyo contenido ya hicimos referencia⁵⁸⁴. En casi todos ellos, se produjeron incumplimientos del centro docente que fueron detectados por los padres después de graduarse sus hijos en su respectivo *high school*, o bien que fueron provocados por actuaciones del centro docente sin conocimiento de los padres. En algunas ocasiones, el defecto de la prestación educativa se había producido en el ámbito propiamente docente de la misma —alumnos graduados con capacidades de comprensión oral y escrita prácticamente ridículas para su edad—, mientras que en otros, el incumplimiento se había producido en el ámbito formativo de la educación recibida por los hijos —alumnos que habían recibido clases con contenidos, o con explicaciones de los mismos, que se apartaban de la opción pedagógica o formativa ejercida por los padres al elegir ese centro docente—.

veis que son deficientes’. A este comentario siguió una serie de hechos impropios de una educadora que tiene en sus manos niños de tres años que son como esponjas y lo absorben todo. Así como una serie de recomendaciones del tipo de ‘no dejéis a la niña a comer porque lo va a pasar mal’, ‘llevaos a la niña a casa a las doce y media porque la actividad escolar termina a esa hora’. Por estos acontecimientos solicité al director el cambio de tutoría. Pasaron dos semanas, durante las cuales la niña ha estado, y sigue, sin escolarizar, en las que se produjeron conversaciones con las profesoras de apoyo del centro y la psicóloga de orientación pedagógica de la zona. Todos reconocían que la tutora había llegado el año pasado al centro y había tenido problemas de adaptación. Sin embargo, el director se permitió decirme que ‘no es posible el cambio de tutoría porque eso significaría admitir un error’. Es lamentable que por no tener el claustro de profesores la valentía de admitir ese error haya niños sufriendo la incompetencia de esa profesora. En todo este caso ha habido ‘error’ del colegio, por no valorar a los profesores que iban a ser tutores de los niños de tres años para ver en qué clase encajaba mejor la niña de necesidades educativas especiales. Y ‘error’ del equipo de orientación pedagógica de la zona por no preocuparse de ver si la que iba a ser tutora de la niña estaba preparada para ello” (*Diario ABC*, Sección de Cartas al Director, 19.X.1999).

⁵⁸⁴ *Vid. sup.* apdo. I. 2. B.

También en la jurisprudencia del TEDH se encuentran referencias a esta posible doble vulneración de derechos fundamentales, aunque esta realidad no se tenga presente a la hora de determinar la cuantía de las indemnizaciones.

En el caso *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*⁵⁸⁵, las madres de dos menores escoceses demandaron al Estado británico por permitir que el castigo corporal fuese aceptado como medida disciplinaria en las escuelas públicas a las que asistían sus hijos. Además, la señora Cosans presentó reclamación también en nombre de su hijo, Jeffrey Cosans, que fue suspendido de su asistencia al colegio por su negativa a aceptar el castigo corporal como medida disciplinaria. El TEDH entendió que, con la suspensión de Jeffrey Cosans, no sólo se había vulnerado el derecho a la educación del menor de edad, sino también la libertad de enseñanza de su madre⁵⁸⁶. Es más, el Tribunal entendió que, con el reconocimiento de haber sido vulnerado el derecho fundamental a la libertad de enseñanza quedaban cubiertas todas las expectativas de la madre de Jeffrey, a la que se denegó una indemnización por el daño moral que le pudiese haber supuesto la suspensión de su hijo y la situación en la que se encontró posteriormente, daño moral cuya existencia fue reconocida por el Tribunal⁵⁸⁷.

En el caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*⁵⁸⁸ los demandantes, de nacionalidad danesa, se oponían a que la educación sexual integrada y obligatoria, establecida por el State School Act danés de 1970 —Act nº 235, de 27 de mayo—, fuese impartida a sus hijos en edad escolar, argumentando que, con el modo en que estaba siendo impartida dicha educación, se estaban vulnerando sus convicciones religiosas y filosóficas.

⁵⁸⁵ TEDH, 22.III.1983, Series A nº 60.

⁵⁸⁶ Pfo 2.

⁵⁸⁷ Pfo. 20.

⁵⁸⁸ TEDH, 7.XII.1976, Series A nº 23.

Se adujo, por ello, la vulneración del art. 2 del Protocolo Adicional 1º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁸⁹. Sin embargo, el TEDH estableció en su fallo que no hubo infracción de dicho precepto, porque, aunque “pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o un maestro determinados apliquen los textos en vigor, y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, para que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariados a este nivel por imprudencia (...), la segunda frase del art. 2 implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela para que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista, prohibiéndosele perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones filosóficas y religiosas de los padres, y encontrándose ahí el límite que no debe ser sobrepasado”⁵⁹⁰.

En nuestra opinión, en todos estos casos se podría haber aplicado el esquema de indemnización de daños que hemos apuntado.

Pensamos, en fin, que, con lo dicho en este apartado, es fácil vislumbrar la importancia de la concreción jurídica en el ámbito de las relaciones educativas.

A nuestro juicio —como hemos venido diciendo, y reiteramos para terminar— no sólo ocurre que el contrato a favor de tercero sea la configuración jurídica más adecuada a la realidad latente en el complejo relacional educativo, sino que, con dicha configuración jurídica, se permite una protección más eficaz de todos los derechos

⁵⁸⁹ Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional 1º: BOE 12.I.1991.

⁵⁹⁰ Pfo. 54.

fundamentales presentes en dicho contexto. Por un lado, se permite que tanto las reclamaciones de los menores educandos como las de sus padres, puedan tener un fundamento contractual, con las consiguientes ventajas en materia de prescripción. Por otro, se permite independizar las potenciales reclamaciones de los padres de las del menor educando, con todas las ventajas que ello comporta, no sólo para la libertad educativa del menor, sino también para conseguir que las indemnizaciones decretadas en estos casos reflejen todos los extremos del daño causado a quienes se ven afectados por la prestación defectuosa del centro docente. Por último, la concreción jurídica también permite, a nuestro juicio, una más eficaz defensa de los centros docentes frente a reclamaciones infundadas por parte de los usuarios de sus servicios.

V.— CONCLUSIONES

Primera.— Tradicionalmente, la actitud de los usuarios de servicios educativos —padres y alumnos menores de edad— se ha caracterizado por la resignación ante la eventual prestación defectuosa de dichos servicios, con la sola excepción de aquellos casos en que el incumplimiento del deber accesorio de vigilancia por parte del centro docente era ocasión para el daño físico de un alumno o de algún tercero.

Segunda.— Sin embargo, en la últimas décadas del siglo XX y en el comienzo del siglo XXI, la transformación de la demanda social producida por la cultura de la calidad — que ha afectado a los servicios prestados por entes tanto de titularidad privada como pública— ha dado lugar a las primeras reclamaciones de responsabilidad frente a centros docentes provocadas por la prestación defectuosa de los servicios de enseñanza y educación, deberes principales de la prestación educativa.

Tercera.— La sorprendente diversidad de fundamentaciones jurídicas empleadas por los demandantes en dichas reclamaciones, así como por los tribunales en sus pronunciamientos, ha puesto de manifiesto las dudas que suscita cuál sea la configuración jurídica del complejo relacional que liga a los protagonistas principales del proceso educativo: padres, centro docente-profesorado, alumnos menores de edad. Y esto, con la consiguiente inseguridad para todos ellos al pretender defender los derechos y facultades dimanantes de las diversas posiciones jurídicas que ocupan en dicho complejo relacional, y, muy especialmente, los derechos y libertades que les son reconocidos constitucionalmente. Esta situación reclama con urgencia un intento de concreción jurídica de la configuración del complejo relacional educativo padres-centro docente-alumno menor de edad.

Cuarta.— Al intentar definir la configuración jurídica de dicho complejo relacional, se descubre que, en el fondo de esas dudas y zozobras de litigantes y tribunales, subyace un no pequeño desacuerdo acerca de las titularidades y de los contenidos de los derechos y libertades educativas fundamentales. Por ello, el ejercicio de concreción jurídica que demanda el intento de definición de la mencionada configuración relacional, exige, en su inicio, el tratamiento jurídico-privado de esos derechos y libertades fundamentales, fruto del cual son las siguientes conclusiones.

Quinta.— El derecho a la educación de los menores de edad, en su dimensión prestacional, se dirige primariamente frente a los padres, quienes están obligados a proporcionar a sus hijos una formación integral. Dicha formación conlleva ordinariamente, por prescripción legal, la escolarización de los menores de edad en determinadas edades. Así, la prestación educativa debida por los padres a sus hijos exige, para su cumplimiento, la contratación de los servicios de un centro docente homologado, al menos durante ese periodo. Y este interés “propio” de los padres en contratar los servicios del centro docente “para” sus hijos —en cuanto dicha contratación supone cumplimiento de la prestación por ellos debida, y, en consecuencia, supuesto mejoramiento de los hijos—, unido al carácter triangular del complejo relacional padres-centro docente-alumno menor de edad, trae a la mente de modo intuitivo la figura del contrato a favor de tercero, figura admitida, ya desde el Derecho Romano, en aquellos casos en que se pudiese demostrar el interés del estipulante en el cumplimiento de la prestación para el tercero, como era el caso en que la prestación pactada fuese alguna de las que el mismo estipulante estuviese obligado a cumplir.

Sexta.— Al analizar la figura jurídica del contrato a favor de tercero, contrastando sus características con las del complejo relacional educativo, se descubre que dicha figura es capaz de acoger en su seno todas y cada una de las peculiaridades del haz de relaciones que

nace del acuerdo entre los padres del menor educando y el titular del centro docente, incluyendo los supuestos de contratación de servicios de centros titularidad pública: en estos casos, la presencia de un acto administrativo de admisión en el proceso de nacimiento del complejo relacional no elimina el carácter contractual de dicho complejo, ni de ninguna de las relaciones internas que lo forman, y, además, en ellos, el desarrollo concreto de la actividad docente no es una actividad propiamente administrativa.

Séptima.— Con la configuración del complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero se evita tener que acudir a figuras propias del ámbito de la representación para explicar la contratación por parte de los padres de servicios educativos a favor de sus hijos, figuras que no se adecuan a la realidad del proceso de formación de dicho complejo relacional. Al contratar los servicios de un determinado centro docente —con un proyecto educativo propio—, los padres realizan actos relativos al derecho a la educación de su hijo menor, que están excluidos del ámbito de la representación legal de los hijos por sus padres, pero que pueden ser realizados por los padres en cumplimiento de su función de velar por sus hijos. De este modo, se da cobertura a la realidad de que los padres, al contratar una modalidad específica de servicios educativos —determinando así la educación de su hijo—, no representan al hijo en esa elección, sino que hacen su propia elección, ejerciendo su derecho a determinar la educación del hijo —que, a su vez, tiene, como parte de su derecho a la educación mientras no tiene la suficiente madurez, el derecho a que su educación sea determinada por sus padres—.

Consecuencia, además, de que la contratación es llevada a cabo por los padres en nombre propio, es que ostentan desde ese momento una posición contractual propia en el complejo relacional, a la que corresponden unos derechos, deberes y cargas específicos: derecho a la información acerca del proceso educativo de su hijo, deber de

costear la educación del hijo si ésta no es gratuita, carga de cooperar al concurso del hijo menor en la recepción de la prestación educativa, etc.

Octava.— La configuración del complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero, al exigir la declaración del beneficiario de querer aprovecharse de la prestación contratada a su favor, da cobertura a la esencia misma de la articulación entre el derecho a la educación del menor y la libertad de enseñanza de los padres, entendida esta última como libertad de la que se derivan un conjunto de derechos de los padres —principalmente el derecho el derecho a determinar la opción pedagógica, religiosa y moral de la educación de los hijos— tendentes a la protección de los contenidos del derecho a la educación de los hijos, derechos cuyo ejercicio es legítimo, por tanto, mientras obedezca a la presunción de que el ejercicio de esos derechos por los padres es la mejor forma de proteger el derecho a la educación de los hijos. De esta manera, se da cabida a las posibles discrepancias del menor con madurez de juicio suficiente acerca de las determinaciones educativas de sus padres.

Novena.— Por último, la configuración del complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero da cobertura también a posibles reclamaciones independientes de los padres y del hijo menor de edad frente al centro docente, en virtud de las distintas posiciones que ocupan padres e hijo menor de edad en el complejo contractual, sin dejar al hijo supeditado a la actuación procesal de los padres, y sin privar de carácter contractual a sus reclamaciones de responsabilidad, por entender que su posición no esté insertada en el complejo contractual educativo. En ocasiones, esa posibilidad de reclamaciones independientes puede dar lugar a una verdadera yuxtaposición de las acciones de padres e hijo menor de edad —especialmente al vulnerarse, con una misma actuación del centro docente, la libertad de enseñanza de los padres y el derecho a la educación del hijo—, lo cual no debe ser motivo de temor para el centro docente ni para quienes se hayan de

enfrentar a la resolución de esas reclamaciones, sino que más bien debe ser guía para determinar el verdadero alcance de las responsabilidades incurridas, sin dar lugar a la desorbitación de las mismas.

Décima.— Se concluye, finalmente, que la configuración del complejo relacional educativo como contrato a favor de tercero, no sólo se ajusta con exactitud a la realidad del proceso de formación y desarrollo de las relaciones que lo conforman, sino que, además, permite la correcta articulación recíproca —así como la protección eficaz, pero no abusiva— de los derechos y libertades fundamentales reconocidos a quienes se encuentran en los tres vértices del triángulo: los padres, el centro docente y el alumno menor de edad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOGLIA/BORAGINA/MEZA, “Responsabilidad de los directores de colegio”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Homenaje al Prof. Aníbal Alterini, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- ALBALADEJO, M, *Derecho Civil*, II, 1, 10ª ed., Bosch, Madrid, 1997.
- ALBALADEJO, M, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALEMÁN MONTERREAL, A, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, 1996.
- ALPA, G, “Derecho público ‘y’ Derecho privado. Una discusión abierta”, *RDP*, nº 20, 1999.
- ARANGIO RUIZ, V, *Il mandato in Diritto Romano*, Nápoles, 1949.
- ARCHER, M, *Social Origins of Educational Systems*, Sage Publications, Londres, 1979.
- ARIÑO, G, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ARIÑO, G, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- ATIENZA NAVARRO, M.L., *Responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000.
- AZZARITI, G, *Diritto Civile secondo il nuovo codice*, I, Nápoles, 1940.
- BARRIO, J.M., *Elementos de Antropología Pedagógica*, Rialp, Madrid, 1998.
- BIANCA, C.M., *Diritto civile. Il contratto*, III, Milán, 1987.
- BONET RAMÓN, F, *Los contratos a favor de tercero*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14.VI. 1957, Reus, Madrid, 1961.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1994.
- BROSETA PONS, M, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991.
- BURDEAU, G, *Les libertés publiques*, R. Pichon Editores, París, 1972.
- CABALLERO LOZANO, J.M., *La mora del acreedor*, Bosch, Barcelona, 1992.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988.

- CALZADA CONDE, M.A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983.
- CAMUS, E, *Curso de Derecho Romano*, Tomo V, La Habana, 1941.
- CARIOTA FERRARA, L, “Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi”, *Riv. Dir. Civ.*, 1960.
- CASALS COLLDECARRERA, M, “Contrato a favor de tercero”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V, Barcelona, 1953.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., “Comentario a los artículos 154-171 del CC”, *VVAA, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, III, 2, EDERSA, Madrid, 1982.
- CASTÁN VAZQUEZ, J.M., *La patria potestad*, EDERSA, Madrid, 1960.
- CATTANEO, C, “La mora del creditore”, *Commentario del Codice Civile*, dirigido por SCIALOJA/BRANCA, Bolonia-Roma, 1973.
- CATTANEO, C, *La responsabilità del professionista*, Milán, 1958.
- CICU, A, “La filiazione”, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por VASSALLI, III, 2, Torino, 1969.
- COLLINGSWORTH, T, “Applying Negligence Doctrine to the Teaching Profession”, *J.L. & Educ.*, nº 11, 1982.
- CONNORS, E, *Educational Tort Liability and Malpractice*, Phi Delta Kappa, Indiana, 1981.
- CORDERO LOBATO, E, “Notas al Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, *RDP*, octubre 1995.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA/MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Parte especial, Colex, Madrid, 2000.
- COSSIO DÍAZ, J.R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- CRETNEY/MASSON, *Principles of Family Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1990.
- CRISTOBAL MONTES, A, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990.
- CRUZ SANZ, D, “La posición del usuario frente a la actividad de servicio público”, *Derecho y Salud*, nº 6-1, 1998.
- CULHANE, J, “Reinvigorating Educational Malpractice Claims: A Representational Focus”, *Washington Law Review*, nº 67, 1992.

- D'AQUILA, F, "Educational Malpractice: A Tort in Ventre", *Cleveland State Law Review*, nº 39, 1991.
- D'ORS, A, "De la *Privata Lex* al Derecho Privado y al Derecho Civil", *Boletín da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1950.
- DAVIS, T, "An Absence of Good Faith: Defining a University's Educational Obligation to Student-Athletes", *Houston Law Review*, nº 28, 1991.
- DAWSON, R, *La crisis de la educación occidental*, Rialp, Madrid, 1962.
- DE BUEN, D, "La estipulación a provecho de tercero", *RGLJ*, nº 227, 1923.
- DE LA CUÉTARA, J.M., "Perspectivas de los servicios públicos españoles", *El nuevo servicio público*, Marcial Pons-UAM, Madrid, 1997.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, 2, "Personas", Dykinson, Madrid, 1998.
- DEWEY, J, *Democracy and Education: An Introduction to the Philosophy of Education*, Nueva York, 1966.
- DÍAZ ALABART, S, "Responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad", *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000.
- DÍAZ ALABART, S, "Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley 7.I.1991", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 11-12, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, L, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, L, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L, "¿Una nueva doctrina general del contrato?", *ADC*, nº 46, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L, "El Derecho de obligaciones en la codificación civil española", *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, L, "Los llamados contratos forzosos", *Anuario de Derecho Civil*, nº 9, 1956.
- DORAL GARCÍA, J.A., *Principios de Derecho de Familia*, Universidad de Granada, 1980.
- DRUSHAL, J, "Consumer protection and the Higher Education", *Ohio St.L.J.*, nº 37, 1976.
- DU PLESSIS, J, *Historie de l'autorité paternelle et de la société familiale en France avant 1789*, París, 1900.

- DURKHEIM, E, *Historia de la educación y de las doctrinas pedagógicas*, La Piqueta, Madrid, 1982.
- EEKELAAR, J, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination”, *International Journal of Law and the Family*, nº 8.
- EEKELAAR, J, “The Wardship Jurisdiction, children’s welfare and parent’s rights”, *The Law Quarterly Review*, nº 107, 1991.
- ELSON, J, “A Common Law Remedy for the Educational Harms Caused by Incompetent or Careless Teaching”, *Northwestern University Law Review*, nº 73, 1978.
- EMBID IRUJO, A, *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2001.
- EMBID IRUJO, A, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre enseñanza”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985.
- EMBID IRUJO, A, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.
- EMBID IRUJO, A, “El contenido del derecho a la educación”, *REDA*, nº 31, 1981.
- ENGELKEMEYER, S, “Total Quality: A Mechanism for Institutional Change and Curriculum Reform”, en *Academic Initiatives in Total Quality for Higher Education*, ASQC Quality Press, Milwaukee, 1995.
- ENGISCH, K, *Introducción al pensamiento jurídico*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Comares, Granada, 2001.
- ENGISCH, K, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Heidelberg, 1953, edición española de EUNSA, Pamplona, 1968, con estudio preliminar y notas de Juan José Gil Cremades.
- ETXEBARRÍA ARIZNABARRETA, L, “El cambio y la gestión del cambio en la Administración Pública”, *Modernización administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1989.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium, Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.M., “Derechos de los padres. Contenido de la prestación educativa”, *Educadores*, nº 193-194, 2000.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, A, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA/SÁNCHEZ NAVARRO, “Comentario al art. 27 CE”, *Comentarios a la Constitución Española*, EDERSA, Madrid.
- FERRER RIBA, J, “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 7, 1995.
- FOLCO, C, “Il diritto del terzo nei contratti a favore di terzi”, *Riv. Dir. Civ.*, 1934.
- GALGANO, F, *Diritto civile e commerciale*, I, 2, Milán, 1990.
- GALINO, M.A., *Historia de la educación*, Gredos, Madrid, 1988.
- GALINO, M.A., *Historia de la educación, Vol. I: Edades Antigua y Media*, Gredos, Madrid, 1968.
- GARCÍA ABELLÁN, J, *El contrato de educación*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1954.
- GARCÍA AMIGO, M, “Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato”, *Revista de Derecho Privado*, nº 47, 1963.
- GARCÍA AMIGO, M, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 10ª ed., 2000.
- GARCÍA GARRIDO, J.L., *Problemas mundiales de la educación. Nuevas perspectivas*, Dykinson, 1992.
- GARCÍA GARRIDO, J.L., *Sistemas educativos de hoy*, Dykinson, Madrid, 1993.
- GARCÍA HOZ, V, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, *Persona y Derecho*, nº 6, 1979.
- GARRIDO FALLA, F, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Tecnos, Madrid, 1980.
- GAUDEMET, E, *Teoría General de las obligaciones*, traducción y notas del Derecho mexicano por Macedo, Porrúa, México, 1974.
- GERNHUBER/COESTERWALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994.
- GETE ALONSO, C, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985.
- GETE-ALONSO, C, “Comentario a la sentencia de 3 de diciembre de 1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 15, 1987.
- GETE-ALONSO, C, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1992

- GIL Y MUÑOZ/PERTUSA Y PERIZ, *Historia de la Educación*, T. y R. Alcalá, Málaga, 1967.
- GIOVENE, A, “La funzione giuridica della dichiarazione del terzo”, *Riv. Dir. Comm.*, 1915.
- GIRINO, F, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milán, 1965.
- GOLDBERG/HARVEY, *A Nation at Risk: The Report of the National Commission on Excellence in Education*, Phi Delta Kappan, 1983.
- GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT, *Before the best interest of the child*, The Free Press, New York, 1979.
- GÓMEZ CALLE, E, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GÓMEZ DE CASTRO, F, “Los sistemas educativos y la Revolución Francesa”, *Génesis de los sistemas educativos nacionales*, UNED, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ MORÁN, L, “El art. 162.1º del Código Civil y el derecho del menor a la salud”, *La tutela de los derechos del menor*, Universidad de Córdoba, 1984.
- GONZÁLEZ PACANOWSCA, I, “Comentario al art. 1257 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII, 1º, Madrid, 1984.
- HEDEMANN, J.W., *Derecho de Obligaciones*, III, Traducción de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- IGLESIAS, J, *Historia e instituciones del Derecho Romano*, Ariel, Madrid, 1997.
- INCE, *Elementos para un diagnóstico del sistema educativo español*, Madrid, 1998.
- ISELE, H, “Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch”, *Archiv für die civilistische Praxis*, nº 150.
- JAEGER, W, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, 1985.
- JORDANO BAREA, J, “Los contratos atípicos”, *RGLJ*, nº 195, 1953.
- JORDANO FRAGA, F, “La capacidad general del menor”, *RDP*, nº 68, 1984.
- KEETON, W, *Prosser and Keaton on the Law of Torts*, 5ª ed., West Publishing, 1984.
- KISS, A, “La protection internationale du droit de l’enfant à l’éducation”, *Revue des Droits de l’homme*, nº 6, 1973.
- KLEIN, A, “Educational Malpractice: Can the Judiciary Remedy the Growing Problem of Functional Illiteracy”, *Suffolk University Law Review*, nº 13, 1979.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, Dykinson, Madrid, 1999.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, 3ª ed., Boch, Barcelona, 1995.

- LAGASSE/MAINGAIN, *Dictamen jurídico acerca de las relaciones educativas*, Association d' Avocats, Bruselas, 1990.
- LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1996.
- LIEBERMAN, J, *The Litigious Society*, Basic Books, Nueva York, 1981.
- LINACERO DE LA FUENTE, M, “La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Actualidad Civil*, 1999.
- LLOBET I AGUADO, J, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LOIZAGA, E, *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., “La profesión, condición civil de la persona”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 29, 2000.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., “El juego, contexto jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 49, 1996.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 39, 1986.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., *El arrendamiento como aportación del socio*, Rialp, Pamplona, 1963.
- LÓPEZ MEDEL, J, *Hacia un nuevo derecho a la educación: principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la política de la Unión Europea*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores, Dykinson, Madrid, 1995.
- LÓPEZ TAPIA, F, “Obligaciones de los padres. Formalización de la relación con el centro”, *Educadores*, nº 193-194, 2000.
- MÁLAGA GARCÍA, E, *La educación y su historia*, Hijos de Santiago Rodríguez, Burgos, 1953.
- MARROU, H, *Historia de la educación en la antigüedad*, Akal, Madrid, 1985
- MARTÍ DE VESES, C, “Regulación internacional del derecho a la educación”, *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *ADC*, nº 47, 1994.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *ADC*, 1992.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española: derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, *Persona y Derecho*, nº 6, 1979.
- MARTÍNEZ MACHO, L, “Nuevas tendencias en la tutela de los usuarios de los servicios públicos en Italia”, *RAP*, nº 142, 1997.
- MATHOV, E, “Responsabilidad civil de los establecimientos educativos”, *La Ley*, nº 30, 1996.
- McJESSY, K, “Contract Law: The Propter Framework for Litigating Educational Liability Claims”, *Northwestern University Law Review*, nº 4, 1995.
- MESSINEO, F, *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de obligaciones. Parte General*, IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- MINOW, N, “Accountants’ Liability and the Litigation Explosion”, *Journal of Accountancy*, nº 74, 1984.
- MORALES MORENO, A, “El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa”, *ADC*, nº 35, 1982.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A., *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- MORENO QUESADA, M, “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, nº 60, 1976.
- MORENO, J.M., *Historia de la Educación*, Paraninfo, Madrid, 1986.
- MOREU I OROBITG, F, “Una nueva manera de entender la gestión en la sanidad”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 10, 1993.
- NAVARRO VALLS/MARTÍNEZ TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.
- NORDIN, M, “The Contract to Educate: Toward a More Workable Theory of the Student-University Relationship”, *Journal of College and University Law*, nº 8, 1982.
- OURLIAC/MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico*, I, Bosch, Barcelona, 1950.
- PACHIONI, G, *Los contratos a favor de tercero. Estudios de Derecho Romano, civil y mercantil*, traducción de Javier Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

- PALOMAR OLMEDA, A, “Algunos instrumentos para la redefinición del Derecho Público del futuro”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 45-II, 1998.
- PANTOJA GARCÍA, F, “El fiscal como defensor del menor”, *Educadores*, nº 193-194, 2000.
- PARADA, R, *Derecho Administrativo*, I, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L, “Garantía institucional y autonomía locales”, *Estudios de Derecho Público*, IEAL, Madrid, 1981.
- PATRINOS, H, “Market Forces in Education”, *European Journal of Education*, nº 35-1, 2000.
- PÉREZ CONESA, C, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999.
- PLANIOL/RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, I, La Habana, 1946.
- PROSSER, W, *Torts: Cases and Materials*, 8ª ed., 1988.
- PUYOL, R, “La universidad en el nuevo siglo”, conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid, 21.II.2001, *Gaceta Complutense*, nº 66, 6.III.2001.
- RAMOS CHAPARRO, E, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RATNER, G, “A New Legal Duty for Urban Public Schools: Effective Education in Basic Skills”, *Texas Law Review*, nº 63, 1985.
- REDONDO/LASPALAS, *Historia de la educación*, I, Dykinson, Madrid, 1997.
- REICH, N, “La protección de los consumidores en los contratos de servicios según el Derecho Comunitario”, *Estudios sobre Consumo*, nº 16, 1989.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RIVERO YSERN, J.L., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Universidad de Sevilla, 1969.
- ROBEZ-PAGUILLON, O, *Le contract d' education*, París, 1935.
- ROCA TRIAS, E, *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ COARASA, C, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ROMEO MALALDA, S, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *La Ley*, nº 5185, 2000.
- RUBELLIN-DEVICHY, “The best interests principle in French Law and Practice”, *The best interest of child*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- RUBINSON, S, “The Roman school teacher and his reward”, *Classical Weekly*, XV, 1921.

- RUBIO LLORENTE, F, “Constitución y Educación”, en VV.AA, *Constitución y Economía*, EDERSA, Madrid, 1977.
- SALÉMI, A, *Raisonnement juridique et raisonnement éducatif*, Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Libro de Actas, Bruselas, 1971.
- SAN JULIÁN PUIG, V, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*, Boch, Barcelona, 2001.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SANDOW, S, “Educational Malpractice”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº 124, 1976.
- SANDOW, S, *Emerging Education Policy Issues in Law: Fraud*, Educational Policy Research Center, 1970.
- SANTOS MORÓN, M, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.
- SATORRAS FIORETTI, R, *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SERRANO TRIANA, A, *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del Bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983.
- SIEBERT, W, “Relaciones contractuales de hecho”, *RCDI*, nº 477, 1970.
- SOHM, R, *Historia e instituciones del Derecho Privado Romano*, La España Moderna, Madrid, 1883.
- SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- STRICKLAND/FRASIER/PHILLIPS, *Avoiding Teacher Malpractice: A Practical Legal Handbook for the Teaching Professional*, Hawthorne Book, Nueva York, 1976.
- TAULER ROMERO, M, *El contrato de educación*, Tesis doctoral inédita, defendida en la Universidad de Alcalá de Henares, 16.VII.1992.
- TOQUERO, J.P., “Deber del centro educativo de guarda y custodia. Responsabilidad civil”, *Educadores*, nº193-194, 2000.
- TRAVIESAS, M, “La representación y otras instituciones afines”, *RDP*, nº 10, 1923.
- TRAVIESAS, M, “El mandato retribuido y el arrendamiento de servicios o de obra”, *RGLJ*, nº 132, 1918.

- TRIGO GARCÍA, B, *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.
- VAN WEZEL, N, “De onderwijsbepaling”, *Nieuwe wegen voor de vrijheid van richting*, Amsterdam, 1989.
- VICENTE DOMINGO, E, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VILLAR EZCURRA, J.L., *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- VV.AA, *Génesis de los sistemas educativos nacionales*, UNED, Madrid, 1988.
- YZQUIERDO TOLSADA, M, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.
- YZQUIERDO TOLSADA, M, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993.
- YZQUIERDO TOLSADA, M, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ZANNONI, E, *Derecho de Familia*, II, Buenos Aires, 1978.
- ZIRKEL/GLUCKMAN, “Educational Malpractice”, *NASSP Bulletin*, nº 34, 1991.