



Esta Asesoría Xurídica recibe para informe facultativo solicitude formulada pola Secretaría Xeral da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia, con entrada do 9 de xaneiro de 2006, na que solicita asesoramento relativo ó desacordo do profesorado coa obriga de atender ao alumnado antes do incio das clases.

Dos antecedentes que obran no expediente, consta a oposición do profesorado dun centro escolar público de infantil e primaria á formulación dun artigo no regulamento de réxime interior que establece un horario de apertura das instalacións dez minutos antes de comezar as clases e a obriga do profesorado de someterse a un turno de garda para o debido coidado da entrada dos alumnos ó centro escolar.

Xuridicamente, tanto da petición como do extenso e profuso expediente, dedúcese basicamente dúas cuestións xurídica a dilucidar;

- 1.- A adecuación a dereito daquel precepto.
- 2.- No caso de resposta afirmativa á primeira cuestión, cualificar adecuadamente dito período de tempo dentro do horario do profesorado.

Visto, procede emitir o seguinte

INFORME

I.- O estudo da primeira cuestión xa foi efectuado no informe da asesoría xurídica da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de 21 de setembro de 2005, que literalmente se transcribe;

“ Recíbese nesta Asesoría Xurídica petición de informe inicialmente formulada pola Directora do CEIP “Emilia Pardo Bazán” da Coruña, que plantea a quen lle corresponde a garda e custodia dos alumnos na hora de saída cando algún pai ou nai se refusa, e as funcións do Equipo directivo neste casos. Vistas as preguntas formuladas a esta Asesoría Xurídica e non habendo mais documentación remitida, procede emitir o seguinte

INFORME

I) O artigo 154 do Código Civil establece como unhas das funcións inherentes á patria potestade á de velar polos fillos. As funcións da patria potestade correspóndelles aos pais conxuntamente ou a un deles có consentimento expreso ou tácito do outro. Nos casos de separación ou divorcio haberá que estar ao debido convenio regulador ou medidas adoptadas xudicialmente.

II) Plantea a petición de informe unha cuestión interesante como é o de determinar o réxime da posible responsabilidade que poida xerarse tras a finalización da xornada escolar e mentres os pais non proceden a recoller ao seu fillo/a. Dito d outro xeito, trátase de concretar si, xuridicamente, o deber de garda e custodia que recae sobre o profesorado esténdese ao período posterior á finalización da xornada escolar.



Con carácter xeral, o Tribunal Supremo na importante sentenza de 3 de decembro de 1991, razoa da seguinte maneira:

El motivo segundo, por la vía del art. 1692.5.º LECiv., acusa infracción del inciso segundo del artículo 1903 del Código Civil en relación con su inciso último. Se desarrolla, argumentando que el padre de la menor no tenía ni la guarda inmediata ni mediata de su hija porque la había confiado al Centro Escolar donde recibía educación; que la prueba practicada ha revelado que era habitual tener el patio de recreo abierto, después de terminada la jornada de mañana y la de la tarde durante un margen de tiempo antes del cierre (lugar y espacio temporal en el que ocurrió el accidente); y que, en consecuencia, el deber de guardia y custodia sobre los menores era exclusivo del Centro en ese tiempo.

El motivo ha de ser acogido. En efecto, el accidente se produjo en las circunstancias antedichas y así lo reconoce como hecho probado la sentencia de instancia, en el ámbito del Centro Escolar a donde iban como alumnos el menor lesionado y la menor causante de la lesión. Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2.º del art. 1903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuentan con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el Centro recurrido tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores. En el caso de autos, las pruebas practicadas ponen de relieve que era la primera de las situaciones la que se daba, por lo que era el Centro Escolar el que exclusivamente tenía a su cargo el deber de vigilancia, y no, como establece la sentencia recurrida, los padres «además»; superprotección que no se explica porqué hubiera de darse en ese momento solamente.

Nos mesmos termos se pronuncia a Sentenza do Tribunal Supremo de 29 de decembro de 1998:

El presupuesto jurídico del presente caso es la obligación de responder por actos ajenos, de los enseñantes, que recogía el artículo 1903, penúltimo párrafo, del Código Civil vigente en el tiempo de los hechos y antes de la reforma que sufrió por Ley 1/1991, de 7 enero (RCL 1991\38), que decía así: *son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia*; concepto que deriva de la responsabilidad «in vigilando» y que se relaciona con mentalidad no ya decimonónica, sino medieval, de la custodia por el maestro sobre el alumno o aprendiz, sustitutiva y semejante a la de patria potestad, pero que en la época actual se estimó que cuando el alumno es confiado a un establecimiento propiedad de una persona jurídica, es ésta como director del establecimiento el que responde del acto de alguna de las personas físicas enseñantes.

2. La jurisprudencia ha sido muy escasa en este tema. La Sentencia de 10 noviembre 1990 (RJ 1990\8538) dice que hubo «una conducta culposa en los profesores del colegio, "culpa in vigilando" suficiente para imponer al amparo del artículo 1903.4.º del Código Civil y de la



constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad civil por "culpa in vigilando" o "in eligendo", a la entidad, ya sea pública o privada de quienes los causantes del daño dependían» y la de 3 diciembre 1991 (RJ 1991\8910) dice: «el accidente se produjo en las circunstancias antedichas y así lo reconoce como hecho probado la sentencia de instancia, en el ámbito del Centro Escolar a donde iban como alumnos la menor lesionada y la menor causante de la lesión. Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2.º del artículo 1903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal».

Por tanto, la obligación de reparar el daño se impone, como sujeto pasivo, al titular del centro de enseñanza y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas propiamente dichas o en tiempo posterior en el que todavía ejerce el colegio su labor de guarda.

Ainda con mais claridade se pronuncia a Sentenza da A.P. de Valencia de 18 de maio de 2002:

La Asociación Cultural del Colegio Alemán trata de contrarrestar la anterior argumentación alegando que dado que el menor Rubén había finalizado sus clases y permanecía en el colegio a la espera de ser recogido por su padre, ya no se encontraba bajo la vigilancia y control de ningún profesor, no siendo, por tanto, exigible el deber de vigilancia previsto en el artículo 1.903 del Código Civil. Esta apreciación no puede compartirse, puesto que, como ha reconocido la legal representante del Colegio, Doña Karin T. A., en el acto del juicio, los niños que por su corta edad han de ser recogidos por sus progenitores, cuando terminan las clases no salen a la calle y esperan allí a sus padres, sino que se quedan en el recinto del colegio hasta que son recogidos y esta práctica es la habitual en el Colegio Alemán, de modo que siempre hay alguien hasta que se va el último alumno, con lo que, en definitiva, está admitiendo que su deber de vigilancia y custodia permanece mientras los alumnos están en el Colegio. Esta es la postura que mantiene la jurisprudencia al declarar (SS. del T.S. de 3-2-91 y 29-12-98) que si bien la obligación de guarda de los progenitores renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, ello no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino que ha de hacerse con la suficiente flexibilidad que cada caso demande, de ahí que si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal. Por tanto, la obligación de reparar el daño se impone, como sujeto pasivo, al titular del Centro de enseñanza y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas propiamente dichas o en tiempo posterior en el que todavía ejerce el Colegio su labor de guarda.

III) Dito esto, o actual sistema de responsabilidade das Administracións Públicas recollido nos artigos 139 e seguintes da Lei 30/92, de 26 de Novembro,



nos levan á conclusión que calquer dano xerado entre a finalización da xornada e o cerre das instalacións, sería estudado en vía xudicial pola xurisdicción contenciosa administrativa e se vehicularía a traves da institución da responsabilidade patrimonial, neste caso da Administración titular do centro (no noso caso da Xunta de Galicia), sen perxuízo da hipotética e escasamente utilizada vía de repetición contra o funcionario por dolo, culpa ou negligencia grave (artigo 145.2 da Lei 30/92) . Todo isto, ao marxe das medidas adoptadas pola Administración para a protección do profesorado (artigo 62.2 da LOCE).

IV) Como conclusión práctica, débese deducir da cuestión formulada a importancia dentro da programación xeral anual dos centros da fixación do horario polo respectivo Consello Escolar, de acordo coas previsións dos artigos 43 e 98 do Decreto 374/1996, de 27 de Outubro e da Orde de 22 de xullo de 1997. Parece necesario que se establezan os horarios de apertura e peche do centro, que a súa vez determinarán o momento en que cede a garda e custodia dos pais en favor dos profesores e viceversa. Tamén debemos ter en conta que de acordo có artigo 94 do Decreto 374/96, o Regulamento de Réxime interior deberá establecer as normas de convivencia que favorezan as relacións entre os distintos membros da comunidade educativa e a organización dos espazos e instalacións do centro, có que parece razoable que dito regulamento fixe os horarios de entrada e saída do recinto escolar xa que constitúe unha auténtica norma de convivencia, sendo función do Director garantir o seu cumprimento (artigo 79 da LOCE).

Por todo elo, procede manifestar as seguintes **CONCLUSIÓNs**:

- Nos casos de danos xerados desde a finalización da xornada e ata o peche das instalacións aos alumnos dun centro escolar público dependente da Xunta de Galicia, será responsable a administración educativa titular do mencionado centro de acordo cos requisitos e procedemento da responsabilidade patrimonial, dada a existencia e mantemento do deber de garda e custodia ata o peche das instalacións.

- Ditas variantes (horarios de apertura e peche) deberán estar refictidos na programación xeral anual e no regulamento de réxime interno que se aprobe, sendo competencia do equipo directivo a de garantir o seu cumprimento.

(...)"

Este informe resulta, para o caso concreto agora analizado, ratificado expresamente.



II.- Concretamente, as cuestión particulares que agora se someten a informe, tamén foron formuladas na vía xudicial. Estudando calquera repertorio de sentenzas, encontramos un suposto, absolutamente igual o aquí traído na petición de informe. Trátase da sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, sala do contencioso administrativo, de 1 de abril de 2004. O suposto xurídico que se resolvía era o seguinte:

“Se impugna en este proceso contencioso administrativo la resolución de la Dirección General de Centros Educativos del Ministerio de Educación y Cultura de fecha 11 de diciembre de 1998, por la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por el sindicato recurrente contra las Instrucciones dictadas por la Dirección Provincial de dicho Departamento en Asturias, de fecha 24 de agosto de 1998, para el comienzo del curso 1998/99 en los colegios de Educación Infantil y Primaria de esta provincia, solicitando se anule el párrafo segundo del apartado V de las Instrucciones, que establece que "además de esta vigilancia de recreos, los profesores de turno deberán supervisar y controlar las entradas y salidas de los alumnos, estableciendo unas guardias no inferiores a quince minutos antes de la hora oficial de entrada y de salida respectivamente", toda vez que se infringe la Orden Ministerial de 29 de junio de 1994, por la que se aprueban las Instrucciones que regulan la organización y funcionamiento de las escuelas de Educación Infantil y de los colegios de Educación Primaria, sin que el total global del horario regulado en los artículos 67 y siguientes dedicados al horario de los profesores, distribución del horario, elaboración de los horarios, etc., contemplen en modo alguno la existencia de ninguna actividad consistente en periodos de recreo no vigilado a que se refiere la resolución impugnada, incrementándose al personal docente en un régimen de jornada partida la jornada laboral en una hora diaria más por tratarse de dos llegadas y dos salidas de transporte, y para los centros que disponen de jornada continuada el incremento será de media hora diaria, sin que forme parte de ningún tipo de jornada el control del abandono del centro o llegada al mismo por los alumnos y, a mayor abundamiento, las funciones encomendadas son propias de cuidadores, auxiliares o similares, lo que va en desprestigio del profesorado....” (fundamento de derecho primeiro)

III.- En canto á cuestión relativa á adecuación a dereito dunha disposición do regulamento de réxime interior e da programación xeral anual na que se dispoña a obriga do cuidado da entrada do alumnado de infantil e primaria ás clases por parte do profesorado, uns minutos antes de comezar o horario lectivo, deriva dos seguintes fundamentos;

1.- Os xa expostos no previo informe da asesoría xurídica, dimanantes dunha sólida construción xurisprudencial. A Xurisprudencia non é fonte do dereito, pero complementa o ordenamento xurídico (artigo 1.6 do CC), e é invocable en casación (artigo 477.3 da LAC, e artigo 88.1 apartado d da LXCA).



2.- No ordenamento xurídico positivo pódense albiscar preceptos dos que se deduza esta obriga concreta do profesorado, ao marxe das normas xerais de responsabilidade que se deducen do CC. Así, o artigo 34 apartado h) do Decreto 374/1996, do 17 de decembro, reconece a competencia concreta do xefe de estudos para organizar a atención dos alumnos nos períodos de ocio. O artigo 81 apartado ñ) do mesmo Decreto atribúe o mestre tutor a función de atender, xunto co resto do profesorado, aos alumnos e alumnas mentres permanecen no centro nos períodos de ocio. E todo isto dentro da función xeral que lle compete ó profesorado de contribuir a que as actividades do centro se desenvolvan nun clima de respecto, de tolerancia, de participación e de liberdade para fomentar nos alumnos os valores da cidadanía democrática (artigo 91.1 apartado g da LOE).

3.- A mesma sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, xa enriba citada, resolve a cuestión da seguinte maneira;

“...Por último señalar que la previsión de vigilancia y cuidado de los alumnos transportados a la entrada y salida del centro se enmarca en la genérica obligación que compete a los profesores de vigilar a los alumnos y que tiene su marco jurídico en el Real Decreto 82/96, que aprueba el Reglamento Orgánico de Centros de Educación Infantil, al establecer en su artículo 46.1.j) el deber de los tutores de "atender y cuidar, junto con el resto de los profesores del centro, a los alumnos en los periodos de recreo y en otras actividades no lectivas"; razones que justifican la medida adoptada y conllevan el rechazo del recurso interpuesto,...” (Fundamento de dereito terceiro).

IV.- A segunda cuestión formulada é a relativa a cualificación que se lle deberá dar a ese horario.

A Sentenza do T.S.X. de Cataluña, de 6 de outubro de 2004, denega a posibilidade de computación como horas extraordinarias.

Para ir adiantando ó noso criterio, aquela sentenza do T.S.X. de Asturias, conclúe ó respecto;

“...La pretensión actora no puede prosperar pues las alegaciones vertidas en el escrito de demanda no aciertan a desvirtuar los motivos que fundamentan la resolución recurrida, que se explican en la nota aclaratoria del Director Provincial incorporada al expediente que fue remitida a los centros de Asturias, fechada el 10 de septiembre de 1998, que partiendo de lo dispuesto en el artículo 70 de la invocada Orden Ministerial de 29 de junio de 1994, "se considerarán lectivas tanto la docencia directa de grupos de alumnos como los periodos de recreo vigilado de los alumnos", deduce que sólo serán lectivos los periodos de recreo vigilado, no pudiéndose considerar como tales los periodos de recreo no vigilado. Por otra parte, decae también la alegación referida al incremento de la jornada legal establecida en el artículo 69 de la mencionada Orden Ministerial, por cuanto es perfectamente posible que la organización de la vigilancia por parte de los profesores a la entrada y salida de los alumnos en guardias no inferiores a quince minutos, pueda desarrollarse dentro de los límites horarios previstos por el Ministerio, y sólo el eventual supuesto de que el sistema de distribución de horarios implique para algún concreto profesor el exceso del límite máximo de



treinta horas lectivas semanais sería obxecto de impugnación individualizada por tal motivo, pero lejos de ello cabe la posibilidade de que por medio de la vigilancia del recreo cada maestro diminuya su horario lectivo en una hora y media, ya que como señala el informe complementario si un profesor, voluntariamente, vigila media hora semanal el recreo y además otra media hora (quince minutos a la entrada y quince minutos a la salida) se le consideran como lectivas las dos horas y media correspondientes al recreo, con lo que a cambio de esta tarefa, por una hora, se le computan dos horas y media lectivas..." (Fundamento de dereito segundo).

A Orde de 22 de xullo de 1997, non define horario lectivo, coa excepción expresa do recreo (apartado 4.4 do capítulo VI dedicado ao alumnado), pero si o horario non lectivo. Efectivamente, o apartado 2.1.3 do capítulo V, relativo ó profesorado, define horario non lectivo como aquel destinado  realización de actividades tendentes  consecución dos obxectivos previstos na programación xeral anual, para logo concretar as actividades que poden incardinarse neste concepto (entrevista cos pais, asistencia s reunións, realización de actividades extraescolares e complementarias...). Porén, a cita das actividades non lectivas non é "numerus clausus", pois permite incluír "... calqueira outra actividade das establecidas na programación xeral anual". Esta previsión dara sustento a unha cualificación daquel horario de entrada e salida como non lectivo, se así se preveu en dita programación xeral, e sempre con respecto ao límite máximo establecido.

Dito o que antecede, CONCLÚESE;

- Na adecuación a dereito do artigo dun regulamento de réxime interior que establece un horario de apertura das instalacións dez minutos antes de comenzo das clases e a obriga do profesorado de someterse a un turno de garda para a debido coidado da entrada dos alumnos de infantil e primaria  centro escolar, e así tamén conste na programación xeral anual.
- xiste sustento en dereito para considerar eses períodos como non lectivos.

 todo canto se informa. Dese traslado  asesoría xurídica da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.

Santiago de Compostela, 17 de xaneiro de 2007.

O LETRADO DA XUNTA DE GALICIA
Xefe de estudos da Asesoría Xurídica Xeral



[Signature]
Carlos Abun Flores.

SECRETARÍA XERAL DA CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN
UNIVERSITARIA.