

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION 001
A CORUÑA

Secretaría

23 NOV. 2010

*Estima parte
fax S.C.
corre. 10d.*

NOTIFICACION DE SENTENCIA

Por la presente se notifica a la persona abajo indicada la sentencia..... que, por copia adjunta, se acompaña, dictada en el dia de hoy en el procedimiento que también se indica.

Al propio tiempo se le hace saber que no es firme y que, contra ella, sólo cabe interponer el recurso de casación ordinario establecido en el artículo 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dentro del plazo de diez días computados desde el siguiente a su notificación, que se preparará ante esta Sala, a medio de escrito con los requisitos del artículo 89 de dicha Ley, para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo; y que para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal, núm. 1570-0000-25-0265-08, el depósito a que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266, de 4/11/2009). Asimismo podrá interponer contra ella cualquier otro recurso que estime adecuado a la defensa de sus intereses.

A CORUÑA, diecisiete de Noviembre de dos mil diez.

El secretario

Fdo: - JOSE ANDRES SALGADO FERNANDEZ

RECURSO NÚMERO: 0000265 /2007

RECURRENTES: CONFEDERACION GALLEGA DE ASOCIACIONES DE PADRES DE ALUMNOS (CONGAPA), FEDERACION EDUCACION E XESTION DA COMUNIDADE AUTONOMA DE GALICIA, FEDERACION AUTONOMICA DE CENTROS DE ENSINO PRIVADO DE CECE-GALICIA, ACES-GALICIA "ASOCIACION DE CENTROS DE ECONOMIA SOCIAL DE GALICIA"

ADMINISTRACION DEMANDADA: CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA

PERSONA A NOTIFICAR:

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

REPRESENTANTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA



**T.S.J. GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUÑA.**

SENTENCIA: 01296/2010

PONENTE: D^a MARIA DOLORES GALINDO GIL

RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 265/2007

RECURRENTES: CONFEDERACION GALLEGA DE ASOCIACIONES DE PADRES DE ALUMNOS (CONGAPA), FEDERACION EDUCACION E XESTION DA COMUNIDADE AUTONOMA DE GALICIA, FEDERACION AUTONOMICA DE CENTROS DE ENSINO PRIVADO DE CECE-GALICIA, ACES-GALICIA "ASOCIACION DE CENTROS DE ECONOMIA SOCIAL DE GALICIA"
ADMINISTRACION DEMANDADA: CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA. Pte.

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

MARIA DOLORES GALINDO GIL

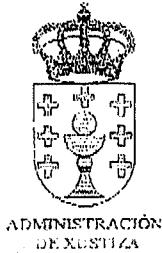
A CORUÑA, diecisiete de Noviembre de dos mil diez.

En el recurso contencioso-administrativo que, con el número 265/2007, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la CONFEDERACION GALLEGA DE ASOCIACIONES DE PADRES DE ALUMNOS (CONGAPA), la FEDERACION EDUCACION E XESTION DA COMUNIDADE AUTONOMA DE GALICIA, la FEDERACION AUTONOMICA DE CENTROS DE ENSINO PRIVADO DE CECE-GALICIA, ACES-GALICIA "ASOCIACION DE CENTROS DE ECONOMIA SOCIAL DE GALICIA", representados por el procurador D. JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA, dirigidos por el letrado D. ANGEL L. SUAREZ LOSADA, contra DECRETO 30/2007, DE 15 DE MARZO, CONSELLERIA EDUCACIÓN Y ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, SOBRE REGULACIÓN ADMISIÓN ALUMNADO CENTROS DOCENTES SOSTENIDOS CON FONDOS PUBLICOS QUE IMPARTEN ENSEÑANZAS REGULADAS EN LA LEY ORGANICA 2/2006, DE 3 DE MAYO. Es parte la Administración demandada la CONSELLERIA DE EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, representada por el LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA.

Es ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA DOLORES GALINDO GIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en síntesis, tras



exponer los hechos y fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que se declare nulo, anule y deje sin efecto el art. 9 núm.2 del Decreto de la Xunta que se recurre; el art. 29.1, en lo que se refiere a atribuir a las comisiones de escolarización la función de "garantir... o cumplimiento das normas sobre admisión do alumnado"; o subsidiariamente, se declare inaplicable a los centros privados sostenidos con fondos públicos; y los artículos 7.5 y 31.1 e), f) y g) del citado Decreto; con expresa imposición de las costas a la demandada.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en la contestación de la demanda.

TERCERO.- Habiéndose recibido el asunto a prueba y practicada ésta según obra en autos y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

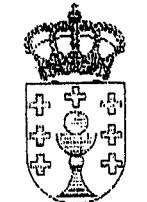
CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Confederación Gallega de Asociaciones de Padres de Alumnos (CONCAPA), ACES-GALICIA Asociación de Centros de Economía Social de Galicia, la Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado de CEC-GALICIA y la Federación Educación Xestionada Comunidad Autónoma de Galicia, dirigen la presente vía jurisdiccional contra el Decreto 30/2007, de 15 de marzo, por el que se regula la admisión del alumnado en centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

SEGUNDO.- Aún siendo el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la referida disposición general, los recurrentes constriñen la impugnación a concretos preceptos y respecto de cada uno de ellos formula específica pretensión en el Suplico de su escrito expositivo, por lo que procedemos a su estudio separado e interrelacionado con la específica pretensión anulatoria.

El primero de los impugnados es el artículo 9.2 que, encuadrado sistemáticamente en el Título II, que se abre bajo la rúbrica "Normas comunes sobre el procedimiento y la acreditación de los criterios de admisión", regula el criterio general de prioridad para la admisión del alumnado consistente en tener hermanos matriculados en el centro sostenido con fondos públicos, en los siguientes términos, apartado 1, "Para la consideración de hermanos matriculados en el centro, solo se tendrán en cuenta los que vayan a continuar escolarizados en el mismo durante el curso escolar para el que se solicita la admisión y, apartado 2, "En el caso de centros docentes privados concertados será necesario, además, que estos tengan

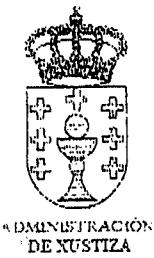
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

suscrito concierto para el nivel educativo en el que cursará estudios el hermano o los hermanos matriculados."

La tesis recursiva reputa dicho apartado contrario a las previsiones del artículo 84.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (en lo sucesivo LOE) y, en cuanto éste tiene el carácter de legislación básica dictada en ejercicio de la competencia exclusiva que corresponde al Estado, según atribución de los artículos 149.1, apartados 1 y 30 y 27 de la Constitución Española, incursa en extralimitación en el reparto de competencias Estado/Comunidades Autónomas configurado en el texto constitucional, toda vez que no sujetando la LOE el criterio prioritario consistente en la existencia de hermanos matriculados en el centro, a tener en cuenta en el proceso de admisión de alumnado cuando no existan plazas suficientes a condición alguna, el texto reglamentario introduciría indebidamente un límite en su aplicación cuando se trata de centros privados concertados ya que la existencia de hermanos matriculados en el mismo solo operaría, como tal criterio prioritario, cuando el centro tenga suscrito concierto para el nivel educativo en el que cursará estudios el hermano o los hermanos ya matriculados.

Entienden los recurrentes que, configurado de este modo el citado criterio de admisión en el texto impugnado, queda, además de lo expuesto, conjurado en su finalidad y eficacia en tanto su previsión en la legislación básica (LOE) no es otra que hacer viable que es la escolarización en centros públicos y privados concertados favorezca que todos los hermanos cursen estudios en el mismo centro en un intento de permitir la conciliación familiar.

La Consellería de Educación, aún admitiendo la naturaleza de legislación básica del artículo 84.2 de la LOE y que el requisito añadido supone una excepción a la regla general prevista en dicho precepto, discrepa de que la normativa autonómica discutida incurra en extralimitación de la distribución constitucional de competencias ya que el precepto impugnado se limita a introducir una singularidad que encuentra amparo en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Galicia que otorga a la Comunidad Autónoma competencia plena para la regulación y administración de la enseñanza en todos su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y en la leyes orgánicas que, conforme con el apartado primero del artículo 81 de la misma, la desarrollen, de las facultades que le atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución y de la alta inspección precisa para su cumplimiento y garantía, sin que la regulación cuestionada quiebre las previsiones que ya contenía el Decreto 87/1995, de 16 de marzo, por el que se regula la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos de educación infantil, de educación primaria y de educación secundaria, derogado por el actual Decreto 30/2007, de 15 de marzo, que establecía en su artículo 14, regla primera que tan solo se habría de valorar la existencia de hermanos matriculados en el centro cuando continúen en el mismo al curso siguiente.



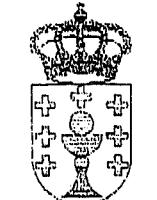
Planteados en estos términos la impugnación del precepto reglamentario cuestionado, la cuestión litigiosa queda constreñida a determinar si, efectivamente, la Consellería de Educación ha incurrido en un exceso en el ejercicio de las competencias asumidas en materia de educación, según reparto constitucional de las mismas, habida cuenta que es hecho admitido, primero, que el artículo 84.2 de la LOE tiene carácter de legislación básica dictada por el Estado en ejercicio de las competencias exclusivas que le atribuye el artículo 149.1 en sus apartados 1 y 30 y, segundo, que por vía reglamentaria la Administración Autonómica ha introducido, a modo de límite al criterio prioritario de existencia de hermanos cursando estudios en el centro concertado para el que se insta la admisión, una excepción a la regla general que la LOE establece en su configuración, teniendo en cuenta que es competencia exclusiva del Estado, de un lado, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, de otro, la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia, finalidad a la que responde el dictado de la LOE.

El artículo 84 de dicho texto legal, dispone que, por lo que interesa al debate que las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores y, apartado 2, que cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de hermanos matriculados en el centro o padres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres o tutores legales, rentas anuales de la unidad familiar, atendiendo a las especificidades que para su cálculo se aplican a las familias numerosas, y concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 de este artículo.

El Tribunal Constitucional en sentencia dictada en Pleno de fecha 4-11-2004, nº 194/2004, recopilando doctrina anterior, tiene declarado que la legislación básica para ser tal, debe satisfacer unos requisitos determinados, de orden formal, de un lado, y de orden material, de otro, requisitos ambos configurados como "canón de constitucionalidad" de la misma (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 4 EDJ2003/11362) y que se concreta, por lo que hace a la noción material, en la finalidad esencial de procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas (SSTC 69/1988, EDJ1988/384 y 80/1988 EDJ1988/396) y en la concepción de que ~~lo~~ que ha de



**ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**

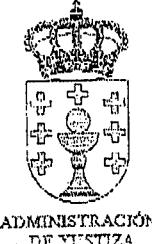


**ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA**

considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3 EDJ1988/364), esto es, un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991 EDJ1991/7284), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1 EDJ1982/1) a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, FJ 16 EDJ1988/365) (STC 197/1996, FJ 5 a) EDJ1996/7980).

Por tanto, teniendo por finalidad el artículo 84 de la LOE, la configuración de un común denominador normativo sobre las condiciones de admisión del alumnado en centros públicos y privados concertados de modo que, cuando no existan plazas suficientes, el criterio prioritario de existencia de hermanos matriculados en el centro no se sujeta a la condición de que aquellos estén cursando niveles para los que el centro privado tenga suscrito concierto, la introducción del mismo en el precepto cuestionado supone, efectivamente, un exceso en el ejercicio de la competencia que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene asumida por vía estatutaria, que va más allá que la simple configuración de un aspecto organizativo amparado por dicha competencia autonómica pues desactiva la previsión de la normativa básica dictada en desarrollo del artículo 27 de la C.E. para garantizar el cumplimiento de los deberes que corresponde al poder público en materia de educación y enseñanza, incorporando un límite en la configuración de aquel criterio prioritario que lo desvirtúa en su concepción básica para quebrar la necesaria igualdad que se trata de procurar en el territorio español en el ejercicio del derecho a la educación.

Es el Decreto 30/2007 el que en su preámbulo invoca la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, como referencia para la regulación por las administraciones educativas de la admisión del alumnado en centros públicos y privados concertados en forma tal que se garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres, madres y tutores legales y el que cita, expresamente, el artículo 84 de aquel texto legal, lo que significa que lo que pretende el Decreto 30/2007 es desarrollar y reglamentar las disposiciones de la LOE, por lo que la regulación que la Comunidad Autónoma de Galicia efectúe ha de llevarse a cabo con pleno respeto a su contenido y, por lo que incumbe al presente motivo de impugnación, a su artículo 84, pues se trata de una norma que pretende desarrollar el modo en que en la Comunidad Autónoma habrá de verificar el proceso de admisión del alumnado en centros públicos y privados concertados, lo que impide que la Consellería demandada pretenda apelar a una pretendida atribución de carácter organizativo, o, de ámbito doméstico que singulariza la aplicación del criterio preferente baremable de existencia de hermanos matriculados en el centro, es decir, es inadmisible pretender la ordenación de un modo de



proceder de la Comunidad Autónoma en su propia Administración singular o particular pues con ello está alterando aquel denominador normativo común que diseña el artículo 84.2 de la LOE. Cierto es que la normativa básica no puede ser exhaustiva debiendo permitir márgenes efectivos al legislador autonómico pero siempre dentro del ejercicio de su competencia de desarrollo que, por concepto, no supone la legislación ex novo o innovadora de aquella.

El límite impugnado por los recurrentes, a diferencia de lo que la Administración demandada pretende hacer ver, no se incorporaba al Decreto 87/1995 que el actual deroga cuando exigía que los hermanos ya matriculados en el centro en cuestión, debían continuar en el mismo en el curso siguiente pues ninguna referencia hacia a que se tratase de curso en nivel concertado siendo cualitativa la diferencia ya que permitía la operatividad del criterio aunque el centro no tuviese suscrito concierto por lo que ninguna distinción hacía entre centros públicos y centros públicos concertados.

Pero es que, desde la perspectiva que anima la introducción de este criterio preferente de existencia de hermanos matriculados, carece de sentido la justificación al límite litigioso que aporta el Letrado de la Xunta en su escrito expositivo no siendo razonable que por la no admisión del alumno solicitante de plaza en centro concertado queden primados los padres que ya tienen otros hijos cursando estudios en él desplazando a estos de centro para procurar en otro nuevo la agrupación de todos los hermanos dado que con ello se dificulta la escolarización de la totalidad de ellos ya que por la imposibilidad de matriculación de uno solo se le impone a los padres afectados el esfuerzo de procurar una nueva matriculación de todo el conjunto para conseguir que todos cursen estudios juntos desplazándolos a centro distinto.

El requisito introducido en el artículo 9.2 del Decreto 30/2007, infringe la doctrina constitucional sobre la admisión del alumnado y que es sintetizada en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 1994, dictada en recurso de apelación número 2006/1989, EDJ 1994/3289.

Según aquella la admisión de alumnos en todos los centros sostenidos con fondos públicos se asientan en los siguientes puntos, entre otros, que los padres tienen el derecho fundamental de elegir para sus hijos, el centro docente público o privado, que responda mejor a sus preferencias y que los poderes públicos tienan la obligación, dentro de sus efectivas posibilidades, de garantizar el ejercicio de este derecho de elección del centro entre los anteriormente referidos, así como que, en caso de insuficiencia de puestos escolares para atender a todas las solicitudes presentadas en un Centro concreto, se deberá proceder a una selección de las solicitudes presentadas, de acuerdo con los criterios prioritarios que el apartado 2º del artículo 20 de la LO 8/1985, de 3 de julio.

Tales principios se verían conculcados por la regulación que en la materia de que tratamos incorpora el artículo 9.2 del Decreto impugnado.

Por consiguiente, habiéndose extralimitado el artículo 9.2 del Decreto 30/2007 de la configuración que con carácter de normativa básica establece el artículo 84.2 de la



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

LOE en la configuración del criterio preferente de existencia de hermanos matriculados, procede estimar este primer motivo de impugnación y, en consecuencia, acceder a lo peticionado en el Suplico del escrito rector de la litis declarando la nulidad del artículo 9.2 en el concreto extremo de exigir, además, que los centros privados concertados tengan suscrito concierto para el nivel educativo en el que cursará estudios el hermano o los hermanos matriculados y todo ello al amparo de los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el artículo 84.2 de la LOE y artículos 27, 149.1.1 y 30 de la Constitución Española.

TERCERO. - Los siguientes motivos de impugnación giran en torno a las funciones que los artículos 29.1, 7.5 y 31.1, letras e), f) y g) del Decreto 30/2007, atribuyen a las comisiones de escolarización.

El artículo 29 ubicado sistemáticamente en el Título VI rubricado Órganos competentes para resolver los procesos de admisión, se titula Comisiones de escolarización, disponiendo en su apartado 1, "Los titulares de las delegaciones provinciales de la consellería competente en materia de educación podrán constituir comisiones de escolarización de ámbito municipal con la finalidad de garantizar y supervisar el cumplimiento de las normas sobre admisión de alumnado y el ejercicio de los derechos reconocidos en este decreto, así como adoptar las medidas oportunas para la adecuada escolarización de todos los alumnos y alumnas."

Los recurrentes impugnan expresamente la atribución a las comisiones de escolarización de la función de garantizar el cumplimiento de las normas sobre admisión del alumnado por infracción del derecho a la libre creación de centros docentes que reconoce el artículo 27.6 de la Constitución Española en su faceta de derecho a la dirección del centro docente y, en particular, en la gestión del mismo mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con los procesos de admisión de alumnos, que entienden de la propias de los titulares del centro en los términos que define la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994.

A su vez, la atribución que discuten pugnaría frontalmente con las funciones que tanto la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio del Derecho a la Educación como la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo otorgan a dichas comisiones, toda vez que la primera de las indicadas en su artículo 57, letra c) las limita a "participar en el proceso de admisión, garantizando la sujeción a las normas sobre el mismo" y la segunda, artículo 86.2, a supervisar el proceso de admisión alumnos, el cumplimiento de las normas que lo regulan y la proposición a las administraciones educativas de las medidas que estimen adecuadas.

Dado que la tesis recursiva se plantea sobre la doble vulneración de contenidos constitucionales y de legalidad ordinaria, se hace preciso, desde los concretos preceptos invocados, determinar su efectividad.



En efecto, el artículo 27.6 de la C.E. reconoce a las personas físicas y jurídicas, la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, cuestión distinta es que la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos forme parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro.

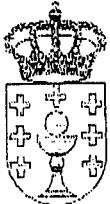
En relación con este particular, el Tribunal Constitucional en sentencia de 27-6-1985, número 77/1985, EDJ 1985/77, delimita el contenido esencial del derecho a la dirección en los siguientes términos,

"El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal Constitucional (S 11/1981 de 8 abril, JC tomo I, págs. 191-192), tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa. Desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional."

Por ello, si bien caben, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo a que nos acabamos de referir. Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 CE, para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que "los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca" con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros."

Como precisa el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de mayo de 2007, dictada resolviendo recurso de casación número 673/2005, EDJ 2007/135819, si bien el Tribunal Constitucional no hace una enumeración de las facultades decisorias que delimitan positivamente el contenido del derecho a la dirección del centro docente, la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos no se encuentra entre las que enumera aquél, sin que exista base para afirmar que la atribución de esa competencia sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio de centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección.

De hecho, la LODE no atribuye de manera explícita a los titulares de centros privados concertados dicha competencia como tampoco lo hacen los artículos 84 a 88 de la

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

LOE dedicados específicamente a regular la escolarización en centros, públicos y privados concertados, ni ningún otro precepto de dicho texto legal.

Por consiguiente, no puede prosperar la impugnación del artículo 29.1 del Decreto 30/2007 pues la atribución a las comisiones de escolarización de la función de garantizar el cumplimiento de las normas sobre admisión de alumnado no es lesiva del derecho a la dirección del centro en su manifestación de ejercicio de la facultad de admisión de alumnos al no formar parte ésta del contenido esencial del derecho fundamental indicado en su configuración constitucional ni legal.

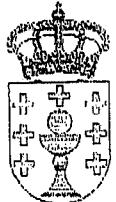
Restaría, entonces, por determinar si la atribución de tal facultad puede reputarse vulneradora de los artículos 57, letra c) y 86.2, respectivamente, de la LODE y LOE.

El artículo 86.2 de la LOE, al ocuparse de la escolarización en los centros públicos y privados concertados, prevé la posibilidad de que las Administraciones Educativas, sin perjuicio de las competencias que le son propias, puedan constituir comisiones u órganos de garantías de admisión, posibilidad que se torna en obligación cuando la demanda de plazas en algún centro educativo del ámbito de actuación de la comisión supere la oferta, con atribución expresa de las funciones de supervisar el proceso de admisión de alumnos, el cumplimiento de las normas que lo regulan y la propuesta a las Administraciones educativas de las medidas que estimen adecuadas, para cuyo cumplimiento también prevé que los centros les remitan la información y documentación precisa.

Tal configuración es clara para definir y esclarecer cual haya de ser la naturaleza jurídica de tales comisiones como lo es que queden denominadas como órganos de garantías de admisión, por lo que, con independencia del nomen iuris que se utilice, en el caso del Decreto impugnado "comisiones de escolarización", su finalidad y función es, exclusivamente, velar y hacer viable que el proceso de admisión de alumnado en centros públicos y privados concertados, observe la normativa aplicable, comprobando que en el caso concreto se han cumplido sus previsiones y sugiriendo a las administraciones educativas las medidas oportunas a tal finalidad.

Tal delimitación de su naturaleza jurídica impide que puedan serle atribuidas y, por ende, ejercitadas funciones decisorias sobre el proceso de admisión y en general, sobre la escolarización del alumnado y en la medida que la LOE es normativa básica, aquella configuración se impone al legislador autonómico.

Con esta premisa que el artículo 29.1 atribuya a las comisiones de escolarización la función de garantizar, además de supervisar, el proceso de admisión, no entraña vulneración alguna de aquella normativa estatal, como tampoco de la LODE, al no suponer dicho cometido una asunción de las funciones decisorias que en materia de admisión de alumnos pueda corresponder a los consejos escolares o a los titulares de los centros privados concertados, en los términos que perfila el artículo 28 del propio Decreto impugnado, al tratarse de un plus al control de la legalidad que les es propio, por lo que el recurso ha de ser desestimado por lo que hace al óbice de legalidad opuesto al artículo 29.1 en el particular extremo que hemos tratado.



La subsiguiente impugnación se dirige contra los artículos 7.5 y 31.1, letras e), f) y g) del Decreto 30/2007.

Dispone el artículo 7.5, relativo a las solicitudes de admisión, "Será ineficaz la solicitud o solicitudes presentadas en los casos siguientes:

a) Cuando se presente más de una solicitud para unas mismas enseñanzas, o mismo centro o centros diferentes.

b) Cuando se compruebe la falsedad o uso fraudulento de la documentación aportada por el interesado.

c) Cuando la solicitud se presente fuera de plazo."

A continuación y constreñido a tales supuestos declara que "no se tendrá en cuenta la solicitud o solicitudes presentadas, realizándose la escolarización por la comisión de escolarización o, en su defecto, por el Servicio Provincial de Inspección Educativa."

Los recurrentes reputan dicho precepto contrario, de un lado, a lo establecido en el artículo 86.3 de la LOE que dispone que "Las familias podrán presentar al centro en que deseen escolarizar a sus hijos las solicitudes de admisión, que, en todo caso, deberán ser tramitadas." y, de otro, vulnerador del apartado 2 del mismo precepto en cuanto supone la atribución de funciones decisorias a las comisiones de escolarización.

Sin duda alguna, lo razonado previamente acerca de la naturaleza exclusivamente garantista de las comisiones que prevé el artículo 86 de la LOE determina la infracción normativa que la parte actora pone a cargo del último párrafo del artículo 7.5 impugnado pues implica la intervención de aquellas en el proceso de admisión ejercitando una función decisoria sobre la efectiva escolarización de las solicitudes tenidas por ineficaces que excede del perfil y carácter de órganos de garantía que aquel texto legal define.

Esta sola consideración impide aceptar lo argumentado por la Consellería demandada que trata de salvar la conformidad a derecho del inciso apelando al mandato constitucional que impone a los poderes públicos el artículo 27 de la C.E. lo cual, con ser cierto, ha sido erróneamente instrumentado en el Decreto impugnado ya que tal deber recae sobre los órganos competentes con facultades decisorias que se verán privados de las mismas con su encomienda y ejercicio a las comisiones de escolarización. Una cosa es que estas propongan lo oportuno en los supuestos en que la solicitud resulta ineficaz y otra bien distinta es que dispongan la distribución de los alumnos afectados entre los centros que cuenten con plazas vacantes.

A mayores, el motivo de impugnación se dirige contra la declaración de ineficacia de las solicitudes incursas en los tres supuestos que enumera el apartado 5 del precepto en cuestión.

Es irrefutable la taxatividad con que se expresa el artículo 86.3 de la LOE cuando ordena que, en todo caso, las solicitudes de admisión deberán ser tramitadas.

La Administración demandada trata de compaginar la conformidad de la previsión del Decreto autonómico con tal



mandato argumentando que la obligación de tramitar que resulta de la legislación estatal no conlleva la de resolver en cuanto al fondo para lo que apela a las previsiones de ciertos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en particular, de su artículo 71 cuando prevé la posibilidad de subsanación de las solicitudes de iniciación de los procedimientos administrativos, concluyendo que el artículo 7.5 cuando declara ineficaces las solicitudes presentadas en los supuestos que enumera no vulnera la obligación de tramitación de los mismas que impone la legislación estatal sino que se limita a aplicar la consecuencia que el artículo 71 de la Ley 30/1992 dispone para las solicitudes que contengan defectos no subsanados, otorgando a los interesados la posibilidad de su impugnación ya sea en vía administrativa o jurisdiccional.

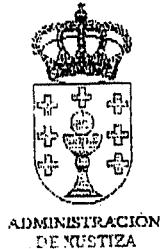
El argumento no puede ser aceptado pues la interpretación de la totalidad del precepto reglamentario no permite colegir que incluso las solicitudes incurso en alguno de los supuestos sean efectivamente cursadas, iniciando un procedimiento en cuyo seno se otorgue trámite de subsanación al interesado y ello no solo porque el Decreto no contenga previsión alguna en este sentido por incorporación expresa a su texto por lo que donde la ley no distingue no es dable hacer la distinción, sino porque la inexistencia de trámite por la declaración ad limine de ineficacia una vez comprobada la concurrencia de tales defectos, se induce de la atribución a las comisiones de escolarización o, en su defecto, al Servicio Provincial de Inspección Educativa de la función de proceder a su inmediata escolarización, siendo claro el precepto cuando refiere que en tales casos no se tendrán en cuenta las solicitudes presentadas.

El mandato que contiene el artículo 86.3 de la LOE responde al objetivo de poner en marcha, en todo caso, el procedimiento de admisión que, sin perjuicio de otras finalidades siempre garantistas, trata de proteger el derecho de los padres a la libre elección de centro, lo que significa que permitir la declaración de ineficacia sin tramitación de aquel procedimiento, conlleva una efectiva limitación de la normativa básica que está no contempla.

Lo expuesto determina la estimación de este concreto motivo de impugnación si bien que limitado a la pretensión subsidiaria que se incorpora en el Suplico del escrito rector, esto es, la declaración de ser inaplicable el artículo 7.5 del Decreto 30/2007 a los centros privados concertados pues así lo impone la legitimación activa que ostentan los recurrentes entendida esta como una especial relación con el objeto del recurso cuya estimación ha de determinar una ventaja o beneficio, de cualquier índole, en su patrimonio jurídico del que son ajenos los centros públicos.

Resta por examinar la impugnación dirigida contra el artículo 31.1, letras e), f) y g) del Decreto 30/2007.

Tal precepto enumera las concretas funciones propias de las comisiones de escolarización, concretamente, las siguientes:



e) Distribuir aquellos alumnos o alumnas que no obtengan puesto escolar en el centro solicitado en primer lugar entre los centros que cuenten con plazas vacantes, teniendo en cuenta, cuando sea posible, las preferencias de los representantes legales del alumnado y los criterios de admisión establecidos en el presente decreto, garantizando la escolarización de todo el alumnado.

f) Adoptar las medidas necesarias para la escolarización de las solicitudes efectuadas fuera de plazo.

g) Cualquier otra que establezca la consellería competente en materia de educación, en relación con la aplicación de las normas sobre admisión de alumnado en centros sostenidos con fondos públicos.

Respalda su tesis recursiva en los argumentos ya expuestos referentes a la infracción del artículo 86.2 de la LOE en cuanto aquellas implican atribuir a las comisiones de escolarización funciones decisorias en el proceso de admisión del alumnado.

La Administración demandada trata de justificar la atribución de dichos cometidos no solo apelando al deber que le incumbe de hacer posible la escolarización de todo el alumnado sino a las implicaciones prácticas inherente a la potestad de autoorganización que entiende atribuida, en esta concreta materia, por vía del artículo 86.2 de la LOE, en particular, cuando refiere que las Administraciones educativas podrían constituir aquellas comisiones u órganos de garantías, de donde deduce que aquella potestad así atribuida le permite encomendar a las comisiones de escolarización funciones propias de la Consellería de Educación sin que ello implique menoscabo de las que son propias de los titulares de los centros privados concertados.

Esta Sala y Sección, en sentencia número 1584/2002, de fecha 16 de octubre de 2002, tiene declarado que la referida potestad de autoorganización, en síntesis, alude al conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas, entrando de lleno en lo que se denominan facultades discretionariales públicas, respecto de las que la jurisdicción contencioso-administrativa tan sólo podrá fiscalizar la adecuación, del acto o de la disposición, al ordenamiento jurídico, pero no entrar a valorar los criterios de oportunidad o conveniencia implícitos en el ejercicio de la misma y ello salvo, acreditación de manifiesta arbitrariedad que entrañe desviación de poder, pues sometida, como toda potestad a la legalidad, los poderes para ordenar la organización no pueden constituir, so pretexto de que estamos ante una facultad reconducida al ámbito doméstico, un coto exento de la sumisión al Derecho, una patente de corso para alterar el régimen estatutario de los funcionarios públicos, pues tal proceder y concepción sería contrario al artículo 9.1 y 103.1 de la CE. En definitiva, estamos ante el ejercicio de unos poderes públicos, aunque sean de carácter peculiar, otorgados por el ordenamiento para conseguir fines públicos y justamente por ello la posibilidad de actuación en este campo de las

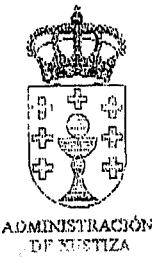


ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

autoridades de la Administración pública constituye en el sentido de su actividad administrativa una potestad organizadora que, no excluye, sin embargo, la existencia de normas determinadas que los órganos jurisdiccionales sean competentes en una revisión en todos sus extremos del uso que la potestad organizatoria no se están regulando in genere los derechos y obligaciones, ni de la totalidad de los ciudadanos, ni normalmente de una pluralidad indeterminada de sujetos. Los afectados por aquel ejercicio son quienes integran el personal al servicio de la Administración, trátese de funcionarios o de personal laboral, encontrándose íntimamente relacionadas las cuestiones que se refieren a organización propiamente dicha y a personal administrativo, principales concernidos en sus expectativas e intereses por las modificaciones orgánicas que normalmente implica el ejercicio de la potestad organizatoria.

A este respecto debe acudirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, y así establece la Sentencia del de 17 de febrero de 1997, entre otras cosas, que la potestad autoorganizativa de las Administraciones Públicas, atribuye a éstas la facultad de organizar los servicios en la forma que estime más conveniente para su mayor eficacia, a lo que le compelle el mandato contenido en artículo 103.1 de la Constitución Española, en la que es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio, no confundible con la arbitrariedad, siempre prohibida, añadiendo que no se integra en el elenco de los derechos adquiridos el de la inalterabilidad de todos y cualesquiera de los múltiples aspectos que conforman la relación funcional en un momento dado, no comprendiéndose entre ellos, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización, el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración. La sentencia del mismo Tribunal, de fecha 12 de marzo de 1990, por su parte, determina que procede declarar, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la Administración tiene una "potestas variandi" de la normativa legal y reglamentaria que ejercita licitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría -en los términos de las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, o 6/1983, de 4 de febrero- a "petrificar" la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inmovilidad que las aleja de la realidad social e impediría su perfeccionamiento.

Pues bien en aplicación de tal doctrina la invocación a la potestad de autoorganización no tiene amparo no solo por el efecto reflejo que el ejercicio de las funciones disputadas puede tener sobre la esfera de derechos que en materia de



educación corresponden a los titulares de los centros docentes privados concertados sino igualmente los que ostentan los padres de los alumnos concernidos a que hemos hecho constante alusión, a lo que cabe añadir el ya expresado límite que para la potestad de autoorganización, de naturaleza esencialmente doméstica, supone el respeto la ley.

Es claro que las funciones litigiosas trascienden de la simple garantía y supervisión del proceso de admisión, del cumplimiento de las normas aplicables y propuestas de medidas oportunas para adentrarse en los aspectos decisarios que, en materia de admisión de alumnos, corresponden a los titulares de los centros privados concertados a quienes el artículo 28 del Decreto 30/2007 les designa responsables del cumplimiento estricto de las normas generales sobre la admisión de alumnos, con la participación del consejo escolar del centro garantizando la sujeción a las normas sobre el mismo, encuadrándolos sistemáticamente en el Título VI relativo a los órganos competentes para resolver los procesos de admisión, dando entrada indebidamente a las comisiones de escolarización incluso con una cláusula de cierre, explícita en la letra g) del apartado 1 del artículo 31, y que permite en términos onnicomprensivos la intervención de aquellas comisiones meramente garantistas en el modo que la consellería competente en materia de educación juzgue oportuno en relación con la aplicación de las normas sobre admisión de alumnado en centros sostenidos con fondos públicos, lo que introduce un indeseado factor de inseguridad jurídica proscrito por la vía del artículo 9.3 de la C.E.

Por lo expuesto y también en relación con este concreto precepto, procede, reproduciendo lo razonado previamente, la estimación del recurso contencioso-administrativo si bien que limitada a la pretensión subsidiaria por así imponerlo el interés con que han promovido el proceso las asociaciones y federaciones recurrentes a los centros privados concertados, haciendo a virtud de esta sentencia, declaración expresa de no aplicación del precepto en cuestión para aquellos centros.

CUARTO. - Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa condena en las costas del mismo, de conformidad a las previsiones del artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Gallega de Asociaciones de Padres de Alumnos (CONCAPA), ACES-GALICIA Asociación de Centros de Economía Social de Galicia, la Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado de CEC-GALICIA y la Federación Educación e Xestión da Comunidad Autónoma de Galicia contra el Decreto 30/2007, de 15 de marzo, por el que se regula la admisión del alumnado en centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, declarando la nulidad de pleno derecho del artículo 9.2 así como la inaplicación a los centros privados concertados de los artículos 7.5 y 31.1, ^{letras e), f) y g)}

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

todos del citado Decreto, con expresa **desestimación** de las restantes pretensiones; sin hacer imposición de costas.

Notifíquese a las partes y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. - La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, diecisiete de noviembre de dos mil diez.