

DITAME NÚM. 433/12

Asunto: Proxecto de decreto polo que se regula a admisión de alumnado en centros docentes sostidos con fondos públicos que imparten as ensinanzas de 2º ciclo de educación infantil, de educación primaria, de educación secundaria obrigatoria e de bacharelato reguladas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación.

Procedencia: Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia).

Aprobación: 8 de outubro de 2012.

Relator: De la Huerga Fidalgo.

Letrado: Blanco Serrano.

ANTECEDENTES

1.- Con data 10.04.2012 tivo entrada neste Consello Consultivo escrito do señor presidente da Xunta solicitando a emisión do preceptivo ditame sobre o “proxecto de decreto polo que se regula a admisión de alumnado en centros docentes sostidos con fondos públicos que imparten as ensinanzas de 2º ciclo de educación infantil, de educación primaria, de educación secundaria obrigatoria e de bacharelato reguladas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación”.

2.- No expediente remitido consta:

Texto do proxecto de decreto,

Orde de inicio do expediente de elaboración do decreto,

Memoria xustificativa de data 27.04.2012 da Dirección Xeral de Centros e Recursos Humanos.

Informe do Servizo Técnico-Xurídico da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria do 27.04.2012.

Táboa de vixencias, do 27.04.2012,

Aprobación inicial do anteproxecto polo conselleiro Cultura, Educación e Ordenación Universitaria do 27.04.2012,

Informe do director xeral de Centros e Recursos Humanos sobre as alegacións presentadas do 21.05.2012,

Memoria económica de data 30.05.2012 do mesmo centro directivo,

Informe da Secretaría Xeral de Igualdade de data 30.05.2012,

Informe da Asesoría Xurídica Xeral de data 02.06.2012,

Informe da Dirección Xeral de Orzamentos do 11.06.2012,

Certificación do secretario do Consello Escolar de Galicia, sen data, referida á sesión do pleno deste órgano do 19.06.2012,

Informe da Secretaría Xeral Técnica da Consellería promovinte de data 04.07.2012, e

Aprobación polo conselleiro Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de data 09.07.2012.

3.- O expediente de razón foi remitido polo señor presidente da Xunta de Galicia a este Consello Consultivo para o seu ditame, acordándose en data do 23.08.2012 a solicitude de diversa documentación para completar o expediente remitido, o que se efectuou con data 11.09.2012.

4.- Os restantes antecedentes dedúcense do contido do ditame.

CONSIDERACIÓNS

Primeira.- Competencia para a emisión do ditame.

A competencia deste órgano para a emisión do ditame de referencia resulta dos termos recollidos polos artigos 11, d) da Lei 9/1995, do 10 de novembro, e 10 do Decreto 282/2003, do 22 de maio, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello Consultivo de Galicia, cando prevé que este deberá ser consultado preceptivamente nos supostos de regulamentos que se diten en execución de leis, así como as súas modificacións.

A este respecto, o presente proxecto de decreto, configúrase como unha norma regulamentaria de desenvolvemento dunha lei estatal, concretamente da Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación.

O artigo 84.1 da LOE sinala que as Administracións educativas regularán a admisión de alumnos en centros públicos e privados concertados de tal forma que

garanta o dereito á educación, o acceso en condicións de igualdade e a liberdade de elección de centro por país e titores.

Segunda.- Procedemento de elaboración da norma.

Os trámites de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral atópanse regulados no Capítulo II, do Título I da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración Xeral e do Sector Público Autonómico de Galicia.

Este Consello Consultivo ten manifestado, en numerosas ocasións, que se deben observar, en igual modo, as normas substantivas e as de carácter adxectivo que regulan a canle a través da cal se debe producir a actividade normativa da Administración, en canto tanto unhas como outras forman parte do ordenamento xurídico ao que se encontran sometidos os poderes públicos na súa actuación (artigos 9.1 e 103.1 da Constitución); por conseguinte, a observancia do procedemento legalmente establecido debe ser escrupulosa pois, se o procedemento opera como medio de garantía das decisións administrativas, a súa esixencia é tanto maior cando se trata de emanar normas que se van inserir no ordenamento xurídico cunha vocación de permanencia e xeneralidade.

No caso que nos ocupa, o procedemento de elaboración regulamentaria tense acomodado ás previsións contidas na Lei 16/2010, do 17 de decembro, sen que exista observación que formular en relación con este particular.

Terceira.- Marco xurídico de referencia.

O artigo 31 do Estatuto de Autonomía de Galicia regula a competencia plena da comunidade galega en materia de educación. Así, o precepto indica: *“É da competencia plena da Comunidade Autónoma galega o regulamento e administración do ensino en toda a súa extensión, niveis e graos, modalidades e especialidades, no ámbito das súas competencias, sen prexuízo do disposto no artigo 27 da Constitución e nas leis orgánicas que, conforme co apartado primeiro do artigo 81 da mesma, o desenvolvan, das facultades que lle atribúe ao Estado o número 30 do apartado 1 do artigo 149 da Constitución e da alta inspección precisa para o seu cumprimento e garantía”.*

A Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación, regula no seu capítulo III a escolarización en centros públicos e privados concertados, establecendo no seu artigo 84 que nos centros docentes públicos e privados concertados que impartan varias etapas educativas, o procedemento inicial de admisión se realizará ao comezo da que corresponda á menor idade e que, no caso dos centros docentes privados, sexa obxecto de concerto. Así mesmo, de conformidade co establecido no devandito artigo 84 da citada lei orgánica, o dito procedemento de admisión do alumnado, cando non existan postos escolares suficientes, rexeráse polos criterios de existencia de irmáns matriculados no centro, ou pais ou titores legais que traballen nel, proximidade do domicilio ou do lugar de traballo dalgún dos pais ou titores legais, rendas anuais da unidade familiar, atendendo ás especificidades que para o seu cálculo se aplican ás familias numerosas, e concorrencia de incapacidade no alumno ou nalgún dos seus pais ou irmáns, sen que ningún deles teña carácter excluínente.

Así mesmo establece o precepto que en ningún caso haberá discriminación na admisión do alumnado por razón de nacemento, raza, sexo, relixión opinión ou calquera outra circunstancia persoal ou social.

Por outra banda, o Real decreto 1538/2006, do 15 de decembro, regula no seu capítulo V o acceso aos ciclos formativos de formación profesional con carácter de norma básica.

Na Comunidade Autónoma de Galicia a regulación destas materias está contida actualmente no Decreto 30/2007, do 15 de marzo, que regula a admisión do alumnado en centros docentes sostidos con fondos públicos que imparten ensinanzas reguladas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación, norma que o presente proxecto vén substituír.

Esta norma regulamentaria foi impugnada diante do Tribunal Supremo de Xustiza de Galicia, que na súa sentenza do 17 de novembro de 2010 declarou a nulidade de pleno dereito do artigo 9.2 así como a inaplicación aos centros privados concertados dos artigos 7.5 e 31.1 letras e), f) e g) do decreto citado.

Cuarta.- Observacións de legalidade ao texto do proxecto.

Artigo 9.- Criterios xerais de admisión do alumnado.

Este precepto fixa no seu parágrafo 3 os criterios que se terán en conta para o proceso de admisión nos centros onde non existan prazas suficientes para atender todas as solicitadas, así como a súa valoración.

O precepto indica os criterios que se terán en conta nese procedemento, incluíndo os criterios prioritarios indicados na LOE e outros complementarios, atribuíndo a cada un deles unha avaliación en puntos.

Pois ben, mentres respecto dalgúns destes criterios o proxecto fixa unha puntuación determinada, noutros criterios a avaliación déixase aberta e sen concretar, empregando a preposición “ata” diante da puntuación máxima que pode corresponder (así os criterios c, d, g, e, h do artigo 9.3.

O precepto non aclara o xeito en que estes criterios deben de avaliarse nin as circunstancias a ter en conta para outorgar unha ou outra puntuación dentro do máximo que respecto destes criterios establece.

Certamente esta indefinición non satisfai a necesaria complitude da norma regulamentaria, nin cumpre co criterio de complemento indispensable que o regulamento debe cumprir respecto da lei, pois resulta evidente que non será posible aplicar este precepto sen outro instrumento normativo que permita determinar cál será a puntuación que corresponda a cada un destes criterios.

Esta circunstancia xa foi posta de relevo polo informe da Asesoría Xurídica da Xunta, sen que se adoptasen as correccións procedentes.

Debe salientarse que este instrumento non podería ser unha orde do titular da consellería competente, porque aínda que o decreto o habilita para ditar as disposicións pertinentes para a súa aplicación debe entenderse que estas normas só poden referirse ao aspecto interno ou doméstico da consellería e non a aqueles aspectos que afectan aos dereitos dos cidadáns.

A estes respecto, cómpre lembrar que o artigo 37 da LOFAXGA que regula a potestade regulamentaria establece que:

“1. Corresponde á Xunta de Galicia a titularidade e o exercicio da potestade regulamentaria na Comunidade Autónoma.

2. As persoas titulares das consellerías poden ditar disposicións administrativas de carácter xeral no relativo á organización e ás materias propias dos seus departamentos”.

En consecuencia a orde do titular da consellería poderá regular aspectos organizativos ou aqueles que por referirse a cuestións técnicas non poidan recollerse no decreto, pero non a cuestións xerais que teñen o seu encaixe neste instrumento normativo.

Polo tanto, resulta imprescindible que o proxecto especifique claramente a puntuación que corresponde a cada un dos criterios.

Artigo 9.3, h).-

Este precepto indica entre os criterios a valorar no proceso de admisión *“por expediente académico, se é o caso: ata 2 puntos”.*

O criterio do expediente académico non é un dos criterios incluídos no artigo 84 LOE senón que se establece no artigo 85 baixo a rúbrica *“Condicións específicas de admisión de alumnos en etapas postobrigatorias”*, indicando no seu parágrafo 1 que para as ensinanzas de bacharelato, ademais dos criterios establecidos no artigo anterior, se atenderá ao expediente académico do alumno.

Neste contexto legal a indicación *“no seu caso”* resulta imprecisa e confusa, dado que podería interpretarse que o precepto regulamentario permite a aplicación do criterio a supostos distintos dos legalmente establecidos.

Por esta razón a previsión do proxecto de decreto foi obxecto de numerosas emendas na súa discusión no Consello Escolar de Galicia que propoñían a súa eliminación ou modificación.

Fronte a estas críticas a Consellería promovente do proxecto considera que dado que o expediente é tido en conta na admisión a ciclos formativos a expresión utilizada é axeitada.

A criterio deste Consello Consultivo a redacción utilizada polo proxecto non se axusta ao establecido na LOE que, como quedou exposto, considera o expediente académico como un criterio específico da admisión do alumnado en ensinanzas postobrigatorias, polo que a súa regulación xunto con outros criterios aplicables a todas as etapas educativas que regula o proxecto crea confusión e afecta á seguridade xurídica (artigo 9.3 da Constitución española).

Así as cousas debe modificarse a expresión “no seu caso” por “nas ensinanzas de bacharelato”, ou ben “nas etapas postobrigatorias”.

Artigo 9.3, i).-

Este precepto introduce a posibilidade de que o órgano competente do centro introduza criterios complementarios “*consistentes noutras circunstancias relevantes*”, engadindo que debe tratarse de criterios obxectivos e que terán que facerse públicos polos centros con anterioridade ao inicio do proceso de admisión.

Debe admitirse a posibilidade de que a comunidade autónoma introduza criterios complementarios aos establecidos no artigo 84 LOE na medida en que estes se establecen como “*prioritarios*”, o que permite considerar que non son os únicos que poden ser tidos en conta. Neste sentido pronúnciase a sentenza do Tribunal Supremo do 9.09.1987, se ben referida á LODE, e que di: “*Ha de partirse de que aunque la LODE establece en el art. 20.2 que la admisión de alumnos en los centros públicos, cuando no existan suficientes plazas, tendrá como criterios prioritarios las rentas anuales de la unidad familiar, la proximidad del domicilio y la existencia de hermanos matriculados en el centro, sin embargo, esta nominación expresa no excluye la posibilidad de que del conjunto del régimen constitucional y legal que rige la enseñanza pública no puedan extraerse otras que tengan un valor tan primordial como el de los anteriormente enunciados y que por su naturaleza objetiva y la justificación que tienen desde el punto de vista de una razonable ordenación del ejercicio del derecho a la educación consagrado en el art. 27 del Texto Constitucional, pueden considerarse plenamente integradas en el mismo y sin afectar, por otra parte, al imperativo igualatorio recogido en el artículo 14 de la Constitución*”.

Existe, polo tanto, certa marxe de configuración da normativa autonómica para incluír criterios complementarios, atendendo ás particularidades da súa realidade social, pero esta marxe debe ser utilizada de xeito que non resulten desnaturalizados

os criterios que a norma básica configura como prioritarios, debendo ter natureza obxectiva e estar xustificadas desde unha razoable ordenación do dereito á educación.

Á problemática que suscita a admisión de criterios complementarios, neste caso engádese o carácter excesivamente xenérico do precepto, que dificulta a determinación de cáles poden ser estas circunstancias relevantes que poden ser valoradas no proceso de admisión do alumnado.

A cuestión foi obxecto dun amplo debate no Consello Escolar de Galicia, existindo posicións claramente contrapostas entre os partidarios da súa supresión e os de darlle unha maior ponderación no proceso de admisión do alumnado.

Durante o citado debate falouse de determinadas circunstancias que poderían valorarse neste apartado, algunha das cales suscitan serias dúbidas sobre o seu axuste á lei, así, falouse de *“antigos alumnos, familiares de docentes ou formación relixiosa ou moral que se desexa para os fillos e fillas”*.

Así as cousas, parece que a indefinición do texto con abuso de conceptos xurídicos indeterminados pode producir inseguridade xurídica, na medida en que permite a valoración de circunstancias que non se axustan á legalidade.

Polo tanto, sería preciso que o texto concretase cáles son as circunstancias que poden ser obxecto de valoración, establecendo unha listaxe da que, se é o caso, o órgano competente de cada centro, poida escoller a que estimase oportuna.

Artigo 9.-

Tamén neste precepto se advirte a inexistencia de referencia ao suposto de irmáns nados de partos múltiples, feito que dá lugar a unha específica situación que necesariamente debe ser abordada polo decreto dada a dificultade de aplicación da norma que pode presentarse diante da eventualidade de que estes irmáns teñan que ser separados para a súa escolarización.

Esta carencia xa foi manifestada por este Consello no seu ditame CCG 77/2007 sen que fose recollida no texto do decreto.

O certo é que neste caso a cuestión foi suscitada durante o trámite de audiencia, sendo desbotada co argumento de que podería incluírse na orde da consellería. Argumento que non pode ser aceptado polas razóns xa expostas anteriormente respecto do carácter de complemento necesario que debe ter o regulamento respecto da lei.

Quinta.- Observacións de mellora do texto

Artigo 2.2.-

De acordo coas emendas formuladas polo Consello Escolar de Galicia parece procedente que recollendo o precepto indicado a regulación contida no artigo 87 da LOE se complete a referencia ao precepto engadindo a garantía dos recursos necesarios aos centros, tal e como establece o precepto legal.

Artigo 6.2.-

O precepto establece a posibilidade de aprobar a adscrición de centros privados concertados a outros centros concertados *“que se atopen na mesma área de influencia”*.

Este requisito de atoparse na mesma área de influencia foi discutido no Consello Escolar de Galicia por entender que é discriminatorio ao ser un requisito non establecido para os centros públicos.

O artigo 84.7 da LOE dispón a prioridade da admisión do alumnado na admisión aos centros públicos cando procedan de centros que teñan adscritos, indicando que no caos dos centros privados concertados se seguirá un procedemento análogo, sempre que estas ensinanzas estean concertadas.

Polo tanto non parece que exista impedimento legal para a admisión da adscrición a outros centros concertados situados fóra da área de influencia, sempre que existan circunstancias obxectivas que o xustifiquen.

Artigo 8.-

Este precepto regula as áreas de influencia indicando no seu parágrafo 2 que a consellería dará a máxima difusión ás áreas de influencia.

Parece conveniente que o recepto especifique o modo de dar publicidade a estas áreas, por exemplo, establecendo a súa publicación na páxina web da consellería e nos taboleiros de anuncios dos centros educativos.

Artigo 9.3, f).-

Neste apartado establécese como criterio de valoración a condición de familia monoparental á que se atribúen 2 puntos. Este criterio non se atopa incluído entre os que fixa o artigo 84.2 LOE xa citada.

A inclusión do criterio da condición de familia monoparental podería ter apoio, como sinala o informe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, na Lei 3/2011, do 30 de xuño, de apoio á familia e á convivencia en Galicia, que inclúe a familias monoparentais entre os grupos de familias de especial consideración no seu artigo 9, e de feito este é o único argumento que consta no expediente para xustificar a súa inclusión, pero sen xustificar porque esta especial consideración debe concretarse, precisamente, nunha prioridade para a admisión do alumnado, máxime cando se outorga unha puntuación que pode resultar superior a outras circunstancias expresamente previstas na lei.

Porén, como tamén recoñece o informe da Asesoría Xurídica, a lei non establece unha prioridade destas familias respecto da admisión do alumnado nestas etapas educativas, a diferenza do que, por exemplo ocorre respecto das familias numerosas na Lei 40/2003, do 18 de novembro. Esta ausencia dunha previsión legal se ben non impide a posibilidade de inclusión deste criterio por vía regulamentaria si esixe que esta inclusión estea expresamente xustificada dende unha razoable ordenación do dereito á educación.

As razóns que xustifican a inclusión deste criterio deben figurar expresamente no preámbulo da norma, razoando por qué a ordenación do dereito á educación esixe a especial consideración destas familias para os efectos da admisión do alumnado.

Para rematar, indicar que a inclusión deste criterio complementario por vía regulamentaria non pode desvirtuar a ponderación doutros criterios establecidos

expresamente en normas de rango legal, así por exemplo non resultaría legalmente admisible atribuír ás familias monoparentais unha puntuación maior da recoñecida ás familias numerosas que contan cunha prioridade legalmente recoñecida para a admisión do alumnado, circunstancia que podería darse coa actual redacción do proxecto, que atribúe a estas familias 2 puntos e ás familias numerosas ata 3, o que, en principio, permitiría a atribución dunha puntuación inferior aos 2 puntos.

Artigo 11.2.-

Di o precepto que o órgano da consellería competente en materia de educación establecerá a proporción de alumnado con necesidades específicas que poderá ser escolarizado en cada centro.

Debería concretarse a referencia ao “*órgano da consellería en materia de educación*” pois pode dar lugar a diferentes interpretacións, sendo así que o órgano que debe exercer unha competencia debe estar perfectamente identificado na forma que atribúe esta competencia.

Artigo 15.-

O precepto indica como finalidade das comisións de escolarización a de garantir e supervisar o cumprimento das formas de admisión do alumnado.

Dado o rexeitamento que o emprego da palabra “*garantir*” suscita en determinados sectores representados no Consello Escolar de Galicia, parece adecuada a súa substitución ou mesmo supresión, con independencia de que esta regulación non sexa contraria ao ordenamento xurídico tal e como sinala a Sentenza do TSXG do 17 de novembro de 2010, tantas veces citada.

O certo é que o artigo 86 da LOE só indica que estas comisións supervisarán o proceso de admisión de alumnos e o cumprimento das normas que o regulan, polo que a supresión da función de garantía, máis propia da administración educativa de acordo co artigo 86.1 da LEO, axustaríase á citada norma.

Artigo 16.1, g).-

Debería concretarse que o funcionario ou funcionaria debera estar ao servizo da Administración xeral da comunidade autónoma de conformidade co disposto no artigo 18.1 da LOFAXGA.

CONCLUSIÓN

Por todo o anteriormente exposto, o Pleno do Consello Consultivo de Galicia, por unanimidade de todos os seus membros con dereito a voto, ditamina:

“Que o proxecto de decreto polo que se regula a admisión de alumnado en centros docentes sostidos con fondos públicos que imparten as ensinanzas de 2º ciclo de educación infantil, de educación primaria, de educación secundaria obrigatoria e de bacharelato reguladas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación é conforme co ordenamento xurídico agás no disposto na consideración cuarta”.