



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 126/2007

(Pleno)

La Laguna, a 16 de marzo de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regula la admisión del alumnado de enseñanzas públicas no universitarias en los Centros docentes públicos y privados concertados de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 99/2007 PD)**.

FUNDAMENTOS

ÚNICO

1. Mediante escrito de 28 de febrero de 2007, la Presidencia del Gobierno interesa preceptivamente y por el procedimiento de urgencia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.B.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, la emisión de Dictamen en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la admisión del alumnado de enseñanzas públicas no universitarias en los Centros docentes públicos y privados concertados de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Se fundamenta la urgencia de la petición en el hecho de que la regulación de esta materia "contenida en el Capítulo III del Título II de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, deberá regir en el procedimiento de admisión correspondiente al curso 2007/2008, según establece su disposición transitoria decimonovena, por lo que debe entrar en vigor en el mes de abril del presente año con el fin de que pueda concluirse el citado procedimiento de admisión antes del inicio del mencionado curso". Por lo que está debida y suficientemente fundada la petición de Dictamen por el procedimiento de urgencia, por más que la citada Ley Orgánica entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el 4 de mayo de 2006.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

Por lo que respecta a la tramitación del procedimiento administrativo de elaboración de la mencionada disposición general, debe señalarse que en el expediente que le da soporte se encuentran, entre otras actuaciones, el informe de necesidad y oportunidad, así como la Memoria económica, ambos de la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias); así como los preceptivos informes de la Oficina Presupuestaria [art. 2.2.d) del Decreto 46/1991, de 25 de marzo], de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Economía y Hacienda, y del Servicio Jurídico del Gobierno [art. 20.f) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero]. Obra asimismo en las actuaciones el preceptivo certificado del Secretario del Gobierno de Canarias, acreditativo de la adopción por el Consejo de Gobierno, el 27 de febrero de 2007, del Acuerdo de toma en consideración del Proyecto de Decreto y de solicitud de Dictamen a este Consejo por el procedimiento de urgencia en los términos ya referidos.

2. La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de "enseñanza en toda la extensión, niveles, grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución y en las Leyes Orgánicas que conforme al apartado 1 del art. 81 de la misma, lo desarrollen" (art. 32.1 del Estatuto).

En aplicación de las normas constitucionales se aprobó en su día la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, por la que se regula el derecho a la educación (LODE), cuyas referencias a los niveles educativos han sido adaptadas a la citada Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, Orgánica de Educación (LOE) por la disposición adicional decimosexta LOE, que procede asimismo a modificar aquella Ley (disposición final primera LOE) en sus arts. 4, 5.5, 6, 7, 8, 25, 31, 56.1, 57, 62. A su vez, la Ley Orgánica 2/2006 deroga, entre otras, las Leyes Orgánicas 1/1999, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes, y 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. Por ello, las normas estatales, orgánicas o básicas, de aplicación a la materia, que consideramos se encuentran en las citadas Leyes Orgánicas 2/2006 y 8/1985, son parámetro indispensable que ha de considerarse al determinar el grado de adecuación de la norma propuesta. Parámetro, en cambio, inexistente en el Ordenamiento jurídico canario, por no existir Ley alguna que regule esta materia, por lo que la vinculación entre la norma proyectada y la legislación orgánica y básica es directa.

El precepto legal que principalmente contiene la regulación de la materia objeto del PD es el art. 84 LOE. Pues bien, las disposiciones finales quinta y séptima LOE atribuyen a los nueve primeros apartados de tal artículo el carácter de Ley Orgánica, y el de legislación básica a todo él, lo que plantea la cuestión de la competencia y el rango de la norma que habrá de desarrollar sus determinaciones.

La primera cuestión es la de saber si la regulación de esta materia (educación) está toda ella afectada por la reserva de Ley Orgánica exigida constitucionalmente. El Tribunal Constitucional considera que la utilización de otras fuentes de carácter no orgánico, por vía de colaboración con la normativa orgánica, no es contraria a la Constitución, y que “será difícil de obviar” en algunos supuestos, especialmente “cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestacionales y de participación [y de esta condición es el derecho a la educación], el *desarrollo* de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir y puede no acomodarse a los criterios de política legislativa que se consideren atendibles la plena integración de todas estas normaciones en el texto que adquirirá la especial rigidez de la Ley Orgánica” (FJ 3º, de la STC 137/1986, de 6 de noviembre). Esta remisión de la Ley Orgánica, por vía de colaboración internormativa, a fuentes que carecen de tal carácter también puede ser dirigida a favor de la potestad normativa autonómica, como la ya citada STC (FJ 3º) y la precedente STC de 16 de noviembre de 1981, lo reconocen. Por consiguiente, no vulnera la reserva de Ley Orgánica para regular el derecho de educación que la Comunidad Autónoma de Canarias ordene la admisión de alumnos en Centros públicos o concertados, en ejercicio de su competencia en la materia de educación estatutariamente prevista, como precisamente contempla el art. 84.1 LOE, que presupone dicha competencia, aunque deba hacerlo según este precepto dispone.

No obstante, la Comunidad Autónoma de Canarias ha optado por el rango normativo reglamentario, sin que exista Ley autonómica previa interpuesta. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera posible la intervención del reglamento en materias reservadas a Ley Orgánica cuando el desarrollo del derecho fundamental en cuestión (en este caso a la educación) “lo haya realizado cumplidamente el Legislador (en cuyo caso) la remisión al Reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decidirse que esta misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias” (STC

27 de junio de 1985). Ciertamente es que se trata de un Reglamento estatal, pero, en idéntica línea, nada obsta constitucionalmente no sólo a que se pueda establecer normativa autonómica de desarrollo en la materia (disposición final sexta, LOE), sino a que ésta sea reglamentaria; salvo que se tratara de desarrollar la ordenación estatal del derecho fundamental afectado, en cuyo caso debería ser una Ley por respeto a la reserva de ley exigida al efecto por la Constitución. Pero lo que hace, en puridad, la norma proyectada es ordenar cuestiones procedimentales, organizativas o aplicativas, respetando estrictamente la regulación del art. 84 LOE, y no otras materiales o sustantivos en desarrollo de aquélla. El Proyecto de Decreto *no desarrolla* la materia orgánica del art. 84 LOE, sino que esta ordenación es asumida por el mismo. Lo que hace en puridad la norma propuesta es ordenar aspectos más formales, procedimentales y organizativos que materiales o sustantivos de carácter educativo, lo que refuerza la tesis de que en este caso el rango de la norma es el adecuado.

3. Sobre las anteriores consideraciones, procede seguidamente valorar el grado de adecuación de la norma proyectada al parámetro de aplicación.

La norma proyectada viene a suceder a normas reglamentarias vigentes que ordenan la misma realidad material. La reciente aparición de una nueva norma de carácter básico, la Ley Orgánica 2/2006, obliga a una necesaria adaptación del mencionado Derecho vigente.

Por su carácter básico, constituyen parámetros a tener en cuenta los siguientes: el acceso en condiciones de igualdad; la libertad de elección por padres o tutores; la “equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad de apoyo educativo” (art. 84.1 (LOE); cuando no existan plazas suficientes, la admisión seguirá los criterios prioritarios y no excluyentes que se indican [hermanos matriculados o padres que trabajan en el mismo centro, proximidad del domicilio o lugar de trabajo de los padres, rentas anuales de la unidad familiar, discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres (art. 84.2 LOE), y la “procedencia” de centro adscrito (art. 84.7 LOE)]; no puede haber discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 84.3 LOE); el principio de “centros únicos”; el principio de admisión en la etapa de “menor edad” (art. 84.5 LOE); la competencia de “las Administraciones educativas” para la regulación del procedimiento y condiciones de adscripción de centros públicos (art. 84.6 LOE) y concertados (art. 84.8 LOE); y la obligación de respetar el proyecto educativo del centro.

Por su parte, también son básicas las siguientes determinaciones: la consideración como criterio de admisión para las enseñanzas de bachillerato del “expediente académico” (art. 85.1 LOE), que sin embargo será el único criterio a tener en cuenta cuando se trate de ciclos formativos de grado medio grado superior de formación profesional (art. 85.2 LOE); cuando cursen simultáneamente educación secundaria y cursos de música, danza o programa deportivo de alto rendimiento, estos alumnos tendrían “prioridad” para acceder a los centros que la Administración educativa determine” (art. 85.3 LOE); las “áreas de influencia de los centros” (art. 86.1 LOE); la posibilidad de constituir “Comisiones u órganos de garantías de admisión” con funciones de “supervisión” debiendo estar integradas, si se constituyen, por “representantes de la Administración educativa, de la Administración local, de los padres, de los profesores y de los centros” (art. 86.2 LOE); la solicitud debe ser presentada por las familias en el centro de elección (art. 86.3 LOE); la garantía de una “adecuada escolarización del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo” debiendo la Administración educativa fijar “la proporción de alumnos” garantizando a los centros “los recursos personales y económicos necesarios” (art. 87.1 LOE), pudiendo la Administración educativa “reservar hasta el final del periodo de preinscripción y matrícula una parte de las plazas” y autorizar “un incremento de hasta un 10% el número máximo de alumnos por aula en los centros (...) de una misma área de escolarización (... para) el alumnado de incorporación tardía” (art. 87.2 LOE); para los alumnos con necesidades especiales y de incorporación tardía se tendrá en cuenta las “condiciones socioeconómicas y demográficas del área respectiva, así como las de índole personal o familiar que supongan una necesidad específica de apoyo educativo” (art. 87.3 LOE); y, finalmente, obligación de escolarización hasta el final de la enseñanza obligatoria (art. 87.4 LOE).

4. En primer lugar, debe señalarse que la norma proyectada reproduce con mayor o menor fidelidad algunos de los preceptos del Decreto vigente en la materia (arts. 2.1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14.1 y 2 y 16 PD). Además, y principalmente, la misma ofrece una doble proyección: de asunción de preceptos orgánicos y de desarrollo de bases estatales. Y tanto en una como en otra clase de preceptos las llamadas a la colaboración normativa lo son a la *Administración educativa*, en razón de la naturaleza de la materia a ordenar

De conformidad con lo expresado, la norma propuesta reproduce los anteriores preceptos orgánicos (arts. 1, 2.2 y 5, 3 y 4 PD). Pero la reproducción por la simple

reproducción es innecesaria y distorsionadora, por más que esa misma reiteración evita que se tenga que determinar si ha habido o no exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En los Capítulos II (arts. 6 a 8 PD) y III (arts. 9 a 11 PD) se ordenan cuestiones de procedimiento y se da contenido material a los criterios de baremación del art. 84.2 LOE, respetándose la prioridad de criterios y el trato equilibrado e igualitario de los mismos. Todo lo cual resulta plenamente conforme con los parámetros que acaban de exponerse.

Idéntica valoración merece el Capítulo IV (Comisiones de Escolarización), concerniente a materia básica (art. 86.2 LOE) cuya naturaleza se respeta, desarrollándose con corrección; así como el Capítulo V ("Reclamaciones y recursos"). Sin embargo, debe suprimirse la expresión "Reclamaciones", dado que ha desaparecido del texto de la norma propuesta remitido a este Consejo. Por lo demás, la publicación (art. 14) no debiera formar parte de este Capítulo, sino del Capítulo III.

Al margen de las anteriores consideraciones generales, a la norma proyectada se le pueden formular las siguientes observaciones puntuales:

Art. 9.

El criterio complementario cuya determinación se encomienda al Consejo Escolar se presenta con perfiles muy abiertos, a pesar de la exigencia de que resulte objetivo y esté debidamente justificado; ello podría introducir una diversidad contraria al principio de igualdad (incluso aunque el art. 6.4 PD obligue a su detracción cuando la baremación resultante vaya a surtir efecto fuera del Centro), e introduce un factor de inseguridad jurídica que pudiera resultar contrario al sistema garantizador de derechos establecido por la Ley Orgánica.

Disposición adicional primera.

Apartado 2.

La limitación del párrafo final del número 2 de esta disposición, respecto al tratamiento de la información requerida, debe referirse al conjunto de datos enumerados en el número 1 de la misma, y no sólo, como aquí se señala, "referida a este apartado". Por ello, la expresión debe sustituirse por la de "En todo caso, la información *mencionada en esta disposición adicional* será la estrictamente (...)".

Apartado 3.

Impone al personal de la Administración educativa el “deber de sigilo” cuando se trate de datos de carácter personal de los alumnos, cuando el art. 10 de la Ley Orgánica 15/1999 impone el “secreto profesional”, con todo lo que ello significa, sin contar con que “sigilo” no es un concepto idéntico al de “secreto”. Siendo como es una materia muy próxima al núcleo duro de los derechos fundamentales, se debieran utilizar los términos orgánicos en su estricta lexicografía.

Disposición adicional cuarta.

No tiene naturaleza adicional, y su contenido reitera o complementa el art. 3.1 PD, por lo que su regulación debiera agruparse en su integridad en aquel precepto.

Disposición adicional quinta.

No es de naturaleza adicional. Su ordenación es complementaria de los criterios de admisión, pues concierne a los alumnos que, por su baremo, deben ser admitidos en centros ubicados fuera de su área de influencia. Si la cercanía del alumno le beneficia, la lejanía le perjudica, por lo que las residencias son un modo de reequilibrar la situación desfavorable de los alumnos. Por ello, la norma es asistemática. Su lugar es el art. 5 PD o el art. 3 PD, que trata de las reservas de plaza, norma básica por cierto (art. 87 LOE), pues no otra cosa significa *el establecimiento de un número de puestos vacantes suficiente para garantizar la escolarización en los mismos del alumnado de estas residencias*.

Disposición adicional séptima.

No es de naturaleza adicional. Su ordenación es complementaria del art. 3.2 PD, pues no cabe duda que la escolarización “urgente o excepcional” son normalmente supuestos de “escolarización tardía”.

C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto que se dictamina se considera ajustado a Derecho, y al mismo se formulan diversas observaciones para la más estricta observancia del parámetro de aplicación.