

SENTENCIA Nº 533

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez

Magistrados:

Dª. Raquel Iranzo Prades

D. Jaime Lozano Ibáñez

En Albacete a diez de Noviembre de dos mil cuatro.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos nº 151 de 2004 del recurso contencioso administrativo seguido a instancia del CENTRO DE INICIATIVAS PARA LA FORMACION AGRARIA SA, representado por la Procuradora Dª Ana Gómez Ibáñez y defendido por el Letrado Don Salvador Muñoz Millet. Contra el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, representada y defendida por los Servicios Jurídicos de dicha Comunidad Autónoma. Sobre impugnación del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004); y de otro lado, frente a la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado en los centros

docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y de otro lado la Orden de la misma fecha, por la que se regula el procedimiento de admisión del alumnado en Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (ambas publicadas en el DOCM 17/3/2004); y seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en el Capítulo I del Título V de la LJCA, que se ha sustanciado con intervención del Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo Sr. Fiscal D. Juan Francisco Ríos Pintado; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Vicente Rouco Rodríguez, Presidente de Sala; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la parte actora, bajo la representación y defensa indicadas, se interpuso en 17 de marzo de 2004 recurso contencioso administrativo frente a la disposición primeramente aludida en el encabezamiento de la presente – Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004) – por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona - Capítulo I del Título V - de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de Julio, y admitido a trámite, se reclamó por el expediente administrativo. Posteriormente se accedió a la ampliación del recurso a la impugnación de la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la

Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y de otro lado la Orden de la misma fecha, por la que se regula el procedimiento de admisión del alumnado en Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (ambas publicadas en el DOCM 17/3/2004)

SEGUNDO.-Una vez recibido el expediente, al estimar que concurrían los presupuestos necesarios se dictó auto ordenando la continuación del mismo poniendo de manifiesto las actuaciones practicadas a la parte recurrente para que pudiera formalizar demanda, lo que hizo por medio de escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba con la suplica literal de sentencia por la que: se declare nula la disposición impugnada por no estar ajustada a Derecho y, consecuentemente se dejen sin efecto, con expresa condena en costas a la Administración recurrida y cuanto más sea procedente.

TERCERO.-De la demanda se dio traslado a la representación procesal de la Administración demandada – Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha – para que la contestase, lo que hizo por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, se opuso al recurso solicitando sentencia que acuerde su inadmisión o subsidiariamente desestimatoria del mismo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal por su parte formuló contestación en la que tras las alegaciones que estimó oportunas terminó solicitando sentencia por la que se estime parcialmente el recurso anulando la Orden de 12 de marzo de 2004 por la que se regula el procedimiento de admisión del alumnado en Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 17/3/2004) al vulnerar esta norma el artículo 27.7 de la C.E. en relación con el artículo 57 c) de la LODE, al no reconocer las competencias de los Consejos Escolares de los centros docentes concertados, en materia de garantía del

cumplimiento de las normas sobre admisión de alumnos, y desestimando el recurso en cuanto al resto de las disposiciones impugnadas.

QUINTO.- Sin necesidad de recibimiento a prueba, quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo que se señaló en turno correspondiente, teniendo lugar efectivamente el día designado. No obstante la Sala acordó por providencia requerir a la parte actora para que justificara la legitimación activa que decía ostentar, lo que hizo por medio de escrito al que acompañaba la documentación que estimaba pertinente, de la que se dio traslado al Ministerio Fiscal y al Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ante todo rechazaremos de plano la pretensión de inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de la entidad recurrente, aducida en la contestación a la demanda por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y ello por cuanto de los documentos aportados por la representación procesal de dicha entidad en autos al efectuar el oportuno requerimiento después de deliberado el asunto en un primer momento, se desprende ampliamente la legitimación activa, por cierto discutida con bastante temeridad por el Letrado de la Administración en cuanto se trata como vemos de documentos que acreditan la titularidad de Centros docentes privados bien de Formación Profesional bien para la Educación Secundaria Obligatoria, con conciertos educativos suscritos con la Administración, cuyo defensor no debía haber cuestionado esa falta de legitimación si la Administración tenía a su disposición los elementos de juicio necesarios para saber con certeza acerca de la titularidad de centros que alegaba como presupuesto de interés legitimador para la impugnación de las disposiciones objeto de recurso.

SEGUNDO.- Entrando ya en el fondo de la impugnación delimitaremos el objeto del recurso y examinaremos los motivos en que se funda, que han de referirse

necesariamente al ámbito del cauce procedimental escogido por la actora, procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona - Capítulo I del Título V de la LJCA -.

Como hemos dicho se trata en primer lugar el Decreto Regional 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004).

Al margen de ello se ha ampliado el recurso a dos disposiciones de rango inferior dictadas por la Consejería de Educación en desarrollo del anterior Reglamento, concretamente la Orden de 12 de marzo de 2004, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y de otro lado la Orden de la misma fecha, por la que se regula el procedimiento de admisión del alumnado en Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (ambas publicadas en el DOCM 17/3/2004).

En esencia, estima la demanda que las referidas disposiciones conculcan el derecho fundamental a la libertad de enseñanza o de educación regulado en el artículo 27 de la CE

TERCERO.- Ahora bien, los motivos de impugnación se desdoblán en dos principales.

El primero de ellos, se desarrolla bajo los alegatos contenidos en el Fundamento de Derecho VII de la demanda, alegando que las referidas disposiciones autonómicas vulneran el derecho de los padres o tutores a la elección del Centro escolar para sus hijos o pupilos, y en relación con ello denuncia la vulneración del correlativo derecho de los titulares de los Centros a participar en el proceso de admisión de alumnos.

Se desdobra este motivo en tres submotivos a su vez:

- a) El Decreto y las Ordenes – aduce la demanda – establecen unos criterios de admisión de alumnos despersonalizados, asumiendo la Administración la función que corresponde a los padres.
- b) Tales disposiciones marginan asimismo la intervención de los titulares de los Centros en el proceso de admisión de alumnos.
- c) En último término, vulneran el derecho de libertad de enseñanza al establecer unos criterios de valoración por puntos que no son igualitarios.

CUARTO.- En la articulación de dicho motivo se mezclan alegatos de dos diferentes vertientes del derecho de libertad de educación reconocido por el artículo 27. 1 de la C.E., por un lado, el derecho de los padres a la elección de centro docente para sus hijos, que aparece expresamente reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en diversos pactos y acuerdos internacionales ratificados por España que por imperativo del artículo 10.2 de la C.E. deben ser tenidos en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas y, por otro lado, el derecho de libertad de creación de creación de Centros docentes, en cuanto incluye las facultades de dirección reconocidas a sus titulares en la medida en que se vean conculcadas por las prescripciones reguladoras del procedimiento de admisión de alumnos en dichos centros. Y en cierta medida también se aducen razones para fundamentar el presente motivo del recurso relacionadas con el derecho de participación y control de los profesores, padres y en su caso alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos que se proclama en el artículo 27. 7 de la C.E.

Pues bien, a este respecto lo primero que tenemos que decir es que en el procedimiento de protección de derechos fundamentales la legitimación para recurrir se funda en la titularidad del derecho que se invoca como vulnerado, sin que sea posible argumentar sobre la inconstitucionalidad de una disposición por vulnerar

derechos de los que no se es titular. En un procedimiento ordinario, la legitimación que proporciona el interés legítimo en lograr la anulación del acto permite la alegación de cuantos defectos de legalidad o de constitucionalidad se considere que afectan a la resolución o disposición, incluso, entendemos, aunque se trate de vulneración de derechos constitucionales de los que no se es directamente titular. Sin embargo, el procedimiento especial de derechos fundamentales se basa en la vulneración de un derecho constitucional del actor, ya que la defensa de derechos constitucionales ajenos (que para el actor valen como vicios de legalidad o constitucionalidad generales y no específicos de su posición) no justificaría el carácter preferente y sumario del procedimiento.

En consecuencia, el derecho a la elección de centro docente que se reconoce a los padres constitucionalmente no puede ser alegado por la entidad actora en esta sede para fundamentar sus pretensiones impugnatorias, tal y como aduce esta vez si con razón el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la contestación, ni eventualmente tampoco puede ser invocado por el titular del centro docente en el ámbito de este procedimiento el derecho de participación de los sectores de la comunidad educativa aludidos por medio de la intervención de los Consejos Escolares en el procedimiento de admisión del alumnado.

Por consiguiente, procede rechazar los fundamentos aducidos en la demanda por los que se recusan los criterios de admisión de alumnado establecidos en el Decreto y desarrollados en las Ordenes citadas por despersonalizados y solapando la Administración el derecho de elección de los padres, ya que estos fundamentos se relacionan con el derecho de libre elección de centro docente que se reconoce a los padres, y no a los titulares de Centros docentes, que en efecto hay que señalar que no tienen reconocido, como deja meridianamente claro la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 diciembre 1987 RJ 1987\9441 “un derecho fundamental a elección de alumnos” que les autorice a cuestionar por la vía de la lesión de dicho derecho fundamental en este procedimiento disposiciones como las objeto de impugnación y sin perjuicio de su derecho a impugnarlas exclusivamente por razones de legalidad ordinaria en el proceso ordinario contencioso-administrativo.

Al margen de ello cabe decir que el reproche de tratarse de criterios de admisión despersonalizados es en exceso genérico y poco preciso, lo mismo que las referencias a “igualitarismo despersonalizado”, sin que se vea razón suficiente para tachar por injustificada la utilización o aplicación de programas informáticos en el proceso de baremación y adjudicación.

Del propio modo y por idéntica razón cabe rechazar la queja según la cual dichas disposiciones conculcan el derecho a la libertad de enseñanza al establecer unos criterios de valoración por puntos que no son igualitarios. Es evidente que el establecimiento de estos criterios de selección o baremación afectan en rigor y propiamente en todo caso al derecho de elección de centro que se reconoce a los padres, pero no al derecho fundamental de libertad de creación y dirección de centros docentes que puede invocar legítimamente la entidad actora como lesionado en este proceso. Sin que por otro lado en abstracto pueda discutirse que el sistema de baremos para resolver la preferencia de las solicitudes en caso de concurrencia de un nº superior al de plazas del centro docente sea contrario a la C.E. como ya reconoció el TC en su 77/85, de 27 de junio y el Tribunal Supremo en la Sentencia, de 9 diciembre 1987 RJ 1987\9441, pues el establecimiento de criterios de admisión de alumnos, cuando no existen plazas suficientes, con apoyo claro en el artículo 20. 2 de la ley Orgánica 8/1985, de 3 julio 1985 (regula el derecho a la educación) – en adelante LODE – y D.A. quinta (sobre la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos en caso de no existir plazas suficientes) de la ley Orgánica 10/2002, de 23 diciembre (Calidad de la Educación) – en adelante LOCE – lejos de conculcar el derecho de los padres o tutores a la elección de Centro docente lo refuerza por cuanto objetiviza, cuando no es posible atender a todas las solicitudes dirigidas a un mismo centro, el ejercicio de aquél derecho.

No es posible en atención a lo expuesto entrar a valorar el detalle de que se considere desproporcionada por desigualitaria la bonificación establecida para aquellos alumnos que tengan su domicilio en zona de influencia, de 10 sobre 20 puntos, es decir, del 50 %, que se considera desequilibra la igualdad y perjudica la libertad de elección de centro docente. Pues debemos insistir en que esta cuestión corresponde a la

titularidad de los padres en cuanto derecho fundamental, escapando al derecho fundamental de los titulares de los centros docentes, en este caso de la entidad recurrida al menos en el ámbito de este procedimiento escogido, y sin menoscabo de poder plantear la cuestión en el proceso ordinario.

En fin las denuncias referentes a la desaparición de la capacidad decisoria de los Consejos Escolares (artículo 6 del Decreto y dispositivo 10 de la Orden primeramente citada de 12 de marzo de 2004) afectan más bien al derecho fundamental del artículo 27.7 de la Constitución Española, cuya titularidad no corresponde a la entidad actora. Sin embargo, la cuestión relativa al desarrollo de la participación en el proceso de admisión del Consejo Escolar de los centros concertados está íntimamente relacionada con la forma de ejercicio del derecho de la titularidad en el procedimiento de admisión de los alumnos y de ahí que la decisión que se tome sobre el derecho de la titularidad condiciona la subsistencia misma de la forma de regulación de esa participación del Consejo Escolar en el procedimiento de admisión de los centros privados sostenidos con fondos públicos.

QUINTO.- Por otro lado, junto como hemos dicho a los alegatos expuestos relativos al derecho de elección de Centro que corresponde a los padres y a la participación de los Consejos escolares, se hacen alegaciones que sí tienen relieve desde el punto de vista del derecho a libre creación de centros docentes que encuadrado en el artículo 27. 1 y 6 de la C.E. como derecho fundamental cuya tutela puede impetrar la actora en cuanto titular de Centros docentes sostenidos en este caso con fondos públicos o concertados. Y más en concreto corresponde que examinemos como vulneradora de ese derecho fundamental la marginación o supresión en absoluto de la intervención de los titulares de los citados Centros en el proceso de admisión del alumnado que se puede predicar como una de las novedades más reseñables del Decreto Regional 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004) y de sus Ordenes de desarrollo.

Para comprender la relevancia de la modificación nada mejor que aclarar que la normativa a la que viene a sustituir el Decreto impugnado, concretamente el anterior Decreto 86/2000, de 11 abril sobre admisión de alumnos en centros no universitarios sostenidos con fondos públicos (DOCM de 14 de abril de 2000) disponía tajantemente en su artículo 6 lo siguiente:

Según se dispone en el artículo 11.1 c) de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, el Consejo Escolar es el órgano competente para decidir la admisión de alumnos en los centros públicos, cumpliendo lo que se dispone en este Decreto y en las normas de desarrollo. En los centros concertados, corresponde a los titulares esta competencia, debiendo el Consejo Escolar garantizar la observancia de lo que se dispone en este Decreto y en las normas de desarrollo.

Todo ello naturalmente sin perjuicio de la posibilidad reconocida en el artículo 22. 2 de dicho Decreto según la cual:

En los casos de los centros privados sostenidos con fondos públicos los acuerdos y decisiones sobre admisión de alumnos que adopten los titulares podrán ser objeto de reclamación por los interesados en el plazo de un mes ante los Delegados Provinciales de Educación cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa

Aunque nada se indica en el Preámbulo del nuevo Reglamento regional al respecto la modificación supone suprimir la facultad reconocida a los titulares de los centros concertados y se plasma en la regulación de la fase de decisión del procedimiento.

En efecto, de acuerdo con el artículo el artículo 12, referido a la resolución del procedimiento de admisión del alumnado dispone lo siguiente:

1. Finalizado el plazo para la admisión de solicitudes, y una vez baremadas por los respectivos Consejos de Escolarización, éstos asignarán al alumnado a los distintos centros educativos con carácter provisional. Los

acuerdos y decisiones provisionales sobre admisión del alumnado por parte de los Consejos de Escolarización se expondrán en los tablonos de anuncios de las Delegaciones provinciales y de los centros educativos, y podrán ser objeto de reclamación ante los mismos en el plazo de siete días desde su publicación, fecha ésta que se diligenciará en el documento correspondiente.

2. Una vez resueltas dichas reclamaciones, los Consejos de Escolarización emitirán resolución definitiva del procedimiento de admisión de alumnado que podrá ser objeto de recurso de alzada ante el Delegado Provincial de Educación correspondiente. Cualquiera que fuera la resolución adoptada, se deberá garantizar la adecuada escolarización del alumno.

La resolución definitiva del procedimiento de admisión de alumnado será objeto de publicación en los mismos términos que los señalados en el apartado anterior.

A la vista de lo anterior parece claro que el procedimiento de admisión se refiere a todas las solicitudes, tanto las relativas a Centros Públicos como las relativas a Centros concertados, sin diferencia alguna, con la consiguiente resolución por un Organismo denominado Consejo de Escolarización cuya naturaleza es evidentemente administrativa y cuya configuración se define por el artículo 5, diferenciando por un lado los Consejos Provinciales de Escolarización, que serán presididos por un Inspector de Educación, contarán, al menos, con representación de los directores de los centros públicos, de los titulares de centros concertados, de los servicios de Inspección y Planificación de las Delegaciones Provinciales de Educación, de Ayuntamientos, asociaciones de madres y padres de alumnos y alumnas, así como asesores y personal administrativo que se consideren necesarios; y por otro, los denominados Consejos Locales de Escolarización, cuya composición – dice la norma – será determinada por los Delegados Provinciales de Educación, en función de las características sociales y demográficas de cada localidad, señalando que contarán, al menos, con representación de los servicios de Inspección de las Delegaciones Provinciales, de los directores de los centros públicos, de los titulares de centros concertados y de los Ayuntamientos.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de constituir los Consejos de Escolarización comisiones de escolarización específicas para las distintas enseñanzas y niveles educativos, así como de Oficinas Municipales de Escolarización, que colaborarán en el proceso de admisión del alumnado.

El procedimiento desarrollado en la Orden de 12 de marzo de 2004 para los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, corrobora lo expuesto, ya que las solicitudes de admisión presentadas han de ser remitidas de acuerdo con lo dispuesto en la Orden a los Consejos Locales o Provinciales de Escolarización, que realizan todo el proceso de baremación y asignación del alumnado a cada uno de los centros solicitados en los que existan vacantes, en función de la puntuación obtenida y según su propio orden de prelación, sin perjuicio de los supuestos en que no sea preciso efectuar baremación que la propia disposición detalla, por lo que los titulares de los centros concertados carecen de cualquier intervención en el referido proceso y sólo se les reconoce una mínima representación en los Consejos de Escolarización: un titular de centro privado concertado propuesto por los representantes de los mismos en el caso de los Consejos Provinciales y, de los Consejos Locales, siendo así que esa representación en esos órganos es absolutamente minoritaria dentro de una composición muy plural y diversa entre la que destacan por ejemplo en los Consejos Provinciales, 5 miembros designados libremente por la Administración, un representante de los Ayuntamientos, otro de las madres y padres del alumnado escolarizado en centros públicos y otro de los padres del alumnado escolarizado en centros privados concertados y dos representantes sindicales de los profesores

De igual modo en la Orden de la misma fecha – 12 de marzo de 2004 – relativa al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha desaparece la facultad reconocida antes a los titulares de los centros concertados y se

atribuye la competencia para desarrollar todo el proceso de admisión a la Comisión de Formación Profesional del Consejo Provincial de Escolarización que es la que recibe las solicitudes y las barema si resulta necesario, dictando las resoluciones administrativas pertinentes sobre asignación de alumnos a los diferentes centros tanto públicos como privados concertados, a los que únicamente se reconoce la posibilidad de participar con un representante en la citada Comisión que constituye un órgano colegiado formado de manera análoga a los anteriores Organismos.

SEXTO.- El cambio de sistema es pues notable al desaparecer prácticamente toda intervención de los titulares de los Centros Privados en el proceso de admisión del alumnado que solicite plaza en los mismos, reduciéndose a la mera recepción de las solicitudes que los padres decidan presentar en los mismos y a remitirlas a los Consejos de Escolarización, Órganos administrativos en los que se les asigna una mínima representación, todo ello al margen de la limitada participación que se reconoce a los Consejos Escolares de los mismos Centros en el citado procedimiento que se contempla en el artículo 10. 2 de la Orden de 12 de marzo de 2004.

Y procede verificar si como se afirma en la demanda ese cambio normativo de índole reglamentaria vulnera o no el derecho de rango fundamental invocado por la actora, que es el de libre creación de centros en su dimensión de derecho de dirección de los centros de que es titular, lo cual a nuestro juicio ha de verificarse en un plano estrictamente jurídico prescindiendo de consideraciones en algún momento meta jurídicas o morales como las que a veces se introducen en la demanda que afectan a concepciones o valores.

A ese respecto lo decisivo será verificar primero si la examinada regulación de la materia relativa a la admisión de alumnos vulnera y se excede del ámbito marcado por la normativa orgánica estatal (en concreto, L.O. 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, en adelante LODE, y L.O. 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, en adelante LOCE). Vulneración y exceso, que implicaría, una ausencia competencial de la Comunidad Autónoma, se produciría por el hecho de que el Decreto cuestionado asigna a la Administración educativa (la Junta de

Comunidades de Castilla La Mancha, a través de los denominados “Consejos de Escolarización”) la gestión del proceso de admisión de alumnos en los centros educativos privados sostenidos con fondos públicos (“centros privados concertados”), cuando sin embargo la LODE atribuye esta competencia al titular del centro, bajo la supervisión y garantía del Consejo Escolar del mismo.

La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, en su contestación a la demanda, aparte de afirmar que en cualquier caso no hay vulneración de derechos constitucionales, cuestiona también, sin embargo, que la LODE o cualquier otra norma de rango legal atribuya realmente al titular del centro la competencia para gestionar la admisión de alumnos. Junto a ello, remarca que la competencia autonómica para el desarrollo de la normativa orgánica viene establecida en la disposición adicional 5ª de la LOCE, cuyo párrafo segundo establece que “Corresponde a las Administraciones educativas establecer el procedimiento y condiciones para la adscripción de centros a que se refiere el apartado anterior, respetando, en todo caso, el derecho a la libre elección de centro”.

Pues bien, analizando el tenor de la LODE, no resulta posible negar que, como afirman los actores, esta norma reconoce que corresponde al titular del centro privado concertado la competencia para admitir a su centro a los alumnos correspondientes, aunque sea con aplicación, eso sí, de los criterios legalmente establecidos. La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha señala que la LODE no efectúa una atribución explícita al titular de esta función; ahora bien, si ello es así lo es, sencillamente, porque la norma da por sentado y parte del hecho de que la facultad mencionada corresponde al titular del centro, pues a dicho titular le corresponden, como es obvio, todas las facultades que no sean expresamente atribuidas a otras instancias. En ese sentido, la LODE da por descontada tal titularidad, limitándose a completarla con el artículo 57 c), según el cual corresponde al Consejo Escolar del centro concertado “garantizar el cumplimiento de las normas generales sobre admisión de alumnos”. Por eso el artículo 62.1.d) de la Ley sanciona al titular del centro que incumpla las normas sobre admisión de alumnos, dando por descontado que a él le corresponde la aplicación de tales normas.

En efecto, la LODE no necesitaba aclarar expresamente que al titular del centro le corresponde la facultad de aplicar las normas sobre admisión de alumnos sencillamente porque al titular le corresponden todas las facultades de gestión del centro salvo que alguna norma de rango suficiente establezca otra cosa. Por otro lado, la atribución al titular del centro de la competencia (una vez que al Consejo Escolar sólo se le atribuían funciones de garantía) era un reflejo lógico del hecho de que en los centros públicos la gestión de la admisión de alumnos se residenciaba también en cada uno de los centros (artículo 42.1.c, luego sustituido en el mismo sentido por el artículo 11 de la Ley 9/1995, de 20 de noviembre, y derogado luego por el artículo 82.1.c de la LOCE, que ya sustrae del Consejo Escolar de los centros públicos la competencia en cuestión).

Con la misma naturalidad, y como algo que no necesitaba de especiales justificaciones, lo entendió así el Tribunal Constitucional en su sentencia 77/1985, de 27 de junio (la cual examinó el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LODE), cuando indicó en su fundamento quinto que “los preceptos impugnados constituyen un mandato a los Centros Públicos (art. 20, núm. 2) y concertados (art. 53), para que, caso de insuficiencia de plazas, apliquen unos criterios prioritarios de selección...”; luego quienes, en opinión del Tribunal Constitucional, debían aplicar los criterios, eran justamente los centros concertados mismos.

Y más adelante añade que:

“...los criterios previstos no lo son para una adscripción o destino forzoso de los alumnos a Centros determinados, sino para una selección por carencia de plazas, y, por tanto, inevitable, sobre solicitudes preexistentes, indicando los criterios a que deben someterse los Centros públicos o concertados en tal caso...”

De forma todavía más explícita, si cabe, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987 indicó lo siguiente: “Por ello la LODE -art. 42, c)- tratándose de Centros públicos, atribuye al Consejo Escolar del Centro la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, «con sujeción estricta a lo establecido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen» y tratándose de centros privados concertados -arts.

57,c) y 62,d)- distribuye esta competencia, o, si se quiere, la atribuye de modo compartido, pero en términos estrictamente reglamentados, al titular del Centro y al Consejo Escolar del mismo”.

El propio Tribunal Supremo lo ha entendido de manera clara en otros diversos pronunciamientos.

Así en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 15 abril 1994 (RJ 1994\3130) se sintetiza la doctrina constitucional relativa a la «admisión de alumnos» en todos los Centros sostenidos con fondos públicos con arreglo a los siguientes puntos:

“1) En 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, los Poderes Públicos tienen la obligación, dentro de sus efectivas posibilidades, de garantizar el ejercicio de este derecho de elección del Centro entre los anteriormente referidos; 2) En que, los Poderes Públicos cumplen la obligación referida de garantizar el ejercicio de tal derecho de elección, a través de «una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos en los ámbitos territoriales correspondientes»; 3) En que, el proceso de admisión de alumnos, en un Centro escolar sostenido con fondos públicos, supone necesariamente la existencia de una solicitud de plaza por parte de los padres o tutores interesados en la admisión, sin que en ningún momento pueda pensarse en «adscripciones forzosas de alumnos, ni a su destino por la Administración a un Centro determinado o, por supuesto, por Comisiones creadas al efecto» -Sentencia del Tribunal Constitucional número 77/1985 (RTC 1985\77)-; 4) en 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 2, del artículo 20, de la Ley Orgánica 8/1985, establece; 5) En que, en todo caso, al aplicar dichos criterios prioritarios, en la selección de solicitudes, se evitará cualquier tipo de discriminación por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o*

nacimiento; 6) En que, en los Centros Docentes Públicos, la responsabilidad de tomar decisiones en la admisión de alumnos corresponde al Consejo Escolar de cada Centro -artículo 42.c) de la LODE y artículo 12.1 del Real Decreto 2375/1985 -; 7) En que, en los Centros Privados Concertados, el Titular de cada Centro es el responsable de llevar a cabo el proceso de admisión de alumnos, y una vez terminado dicho proceso, dará información al Consejo Escolar, con el fin de que este Órgano de participación tenga ocasión de verificar el cumplimiento de la normativa vigente -artículos 57.c) y 62.1.d) de la citada Ley Orgánica y artículo 12 del Real Decreto 2375/1985-.”

En dicha sentencia se deja meridianamente claro que la responsabilidad de la gestión y decisión del proceso de admisión de alumno en los Centros privados financiados con fondos públicos es del titular del Centro.

Además, el titular respectivo de la potestad reglamentaria de desarrollo siempre ha considerado (hasta el Decreto que ahora se impugna) que la titularidad de la gestión de la admisión del alumnado corresponde al titular del centro. Así se estableció en el artículo 12 del Real Decreto 2375/1985, de 18 de diciembre, en el 16 del Real Decreto 377/1993, de 12 de marzo, y en el propio Decreto autonómico al que el hoy impugnado sustituye, Decreto 86/2000, de 11 de abril, cuyo artículo 6 era explícito en este aspecto.

Siendo así lo anterior, resulta evidente, que, en efecto, la LODE atribuye al titular del centro la competencia para gestionar la admisión de alumnos. Por otro lado, la LOCE no altera en nada el planteamiento de la cuestión, a nuestro juicio, dado que aunque despoja a los consejos escolares de los centros públicos de la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos, no hace otro tanto con el titular del los centros concertados. Podemos concluir, por tanto, que cuando el Decreto impugnado atribuye la titularidad para la admisión de alumnos (siempre con sujeción a los criterios de admisión establecidos normativamente) a la Administración, a través de los Consejos de Escolarización, y la detrae del propio titular del centro (con el control del Consejo Escolar), está vulnerando lo establecido por la LODE a este respecto.

SEPTIMO.- Dicho lo anterior es preciso analizar si la contravención legal que se deduce respecto de las normas dictadas por la Administración Autonómica de Castilla-La Mancha al suprimir la facultad de los titulares de los Centros privados de intervenir y poder adoptar decisiones en el proceso de admisión de los alumnos, confiándola a los denominados Consejos y Comisiones de Escolarización constituidos por las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Educación, vulnera el derecho de dirección de los titulares de los Centros docentes encuadrado en el derecho de libertad de enseñanza y de libre creación de Centros docentes reconocido por el indicado precepto constitucional dado que el presente procedimiento está planteada por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona - Capítulo I del Título V de la LJCA - y tiene como objeto fundamental el depurar la posible lesión o vulneración por los actos o disposiciones de la Administración – en este caso disposiciones – de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, entre los que se encuentra el enunciado consagrado en el artículo 27.1 y 6 de la C.E.

Ante todo es preciso partir de existencia de un

“derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros.”

Tal y como ha declarado la Sentencia 77/1985 (Pleno), de 27 junio:

“Aparte de que el acto de creación o fundación de un Centro no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en una potestad de dirección del titular, cabe recordar que el cuarto y último párrafo del art. 13 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España, señala expresamente que «nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares para establecer y dirigir instalaciones de enseñanza», incluyendo así el concepto de «dirección» en un texto con el valor interpretativo que le atribuye el art. 10.2 CE. Este derecho, por otra parte, no se confunde con el de fijar un carácter propio del Centro; sino

por el contrario es más bien una garantía de este último, aparte de que tenga otros contenidos.”

Añadiendo que

“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 [RTC 1981\11]), 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 que 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».

Cierto que el derecho de dirección no es absoluto y se reconocen al mismo limitaciones, singularmente las impuestas por 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, repetimos lo indicado por el Tribunal Constitucional, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros, condicionamientos y principios totalmente lícitos desde el punto de vista constitucional y legal para lograr hacer efectivos otros valores y principios igualmente válidos y lícitos en relación con la enseñanza, lo que lleva a considerar perfectamente constitucional el se apliquen ciertos criterios de selección, que el propio TC ha dicho que no supone que se apliquen en la Sentencia antes mencionada para una adscripción o destino forzoso de los alumnos a centros determinados, «sino para una selección por carencia de plazas, y por tanto, inevitable, sobre solicitudes preexistentes, indicando los criterios a que deben someterse los Centros públicos o concertados en tal caso», añadiendo que «la selección de acuerdo con los criterios previstos se produce en un momento distinto y forzosamente posterior al momento en que padres y tutores, en virtud de sus preferencias, han procedido a la elección del Centro», agregando más adelante que «la selección... se realizará, en su caso, entre las solicitudes formuladas, partiendo pues, de una elección previa y no sustituyéndola en modo alguno, de forma que los criterios prioritarios señalados no reemplazan en ningún momento a la elección de padres o tutores», por lo que de la indicada normativa «no resulta traba alguna para la elección inicial de Centro, ni, caso de insuficiencia de plazas, se prescinde de la voluntad expresada por padres o tutores al respecto, ya que la adjudicación de plazas se lleva a cabo entre aquellos que ya han manifestado su preferencia y realizado su elección por un Centro determinado»..

Ahora bien, el que el derecho de dirección de la titularidad del Centro no sea absoluto y pueda sufrir limitaciones, y en particular en el proceso de admisión de manera que en caso de insuficiencia de plazas, sin prescindir de la libre voluntad de los padres o tutores, se puedan introducir por el Estado o por la Administración

Autonómica competente en desarrollo o ejecución de la legislación estatal normas y criterios para que ese proceso de verificación se desarrolle de manera objetiva, transparente y con respeto a criterios que garanticen la salvaguardia de principios y valores constitucionalmente lícitos, no supone en modo alguno que se pueda privar o despojar a los Centros del ejercicio mismo de la facultad de decisión y de toda intervención en la gestión de ese proceso de decisión al extremo de que como se ve en la normativa objeto de recurso únicamente se les reconoce la posibilidad de ser receptores de la solicitud que ha de ser íntegramente gestionada y cursada por los órganos creados al efecto – Consejos o Comisiones de Escolarización – convirtiéndolos en meros centros de destino de los alumnos que se adscriban con arreglo a esos criterios por las Resoluciones administrativas. Haciéndolo además en flagrante contravención de una norma estatal con rango de Ley Orgánica – inicialmente la LODE y luego completada por la LOCE – que han sido dictadas precisamente para el desarrollo de un derecho fundamental en sus diferentes vertientes al derecho a la Educación.

Ciertamente que el derecho fundamental de educación en la vertiente o faceta en cuestión en el presente recurso no es un derecho absoluto y – repetimos – puede sufrir limitaciones pero estas limitaciones deben tener un fundamento u origen legal, que bien es verdad puede experimentar un desarrollo o precisión reglamentaria a modo de complemento necesario para establecer todos los detalles que la ley es incapaz de prever. Y precisamente tanto la LODE como la LOCE parten de una configuración del derecho de libertad de enseñanza en su dimensión de libre creación de centros docentes en la que no es posible negar que la facultad de gestión del proceso de admisión de alumnos se confía a los titulares de los Centros de Enseñanza en el caso de Centros privados financiados públicamente, como hemos visto anteriormente. Una vez establecida o definida legalmente la configuración del contenido del ejercicio del derecho fundamental por una norma con rango legal una norma de alcance reglamentario dictada por una Administración Autónoma que tiene competencia para la ejecución y desarrollo de aquella y fijar y normar el procedimiento de admisión no puede desconocer la configuración de ese contenido en una de las facultades integrantes de la dirección del Centro pues esa facultad de configuración y desarrollo

legal es competencia del Estado. Además al afectar o incidir en la configuración de un derecho fundamental ya delimitada por ley burlándola o conculcándola de forma tan flagrante está incidiendo en infracción del contenido del derecho fundamental reconocido en la Constitución, que se ha de resolver con la estimación de la pretensión deducida en la demanda en este punto.

No se trata simplemente de un exceso en el desarrollo de la normativa estatal por parte del titular de la potestad reglamentaria de desarrollo que deba ser corregido en su caso con la ilegalidad del reglamento (ya sea por vulneración de una norma de rango superior -principio de jerarquía-, ya por exceso respecto de la normativa estatal que se desarrolla -principio de competencia-); se trata de que la contravención entra de ello en la configuración del contenido del derecho fundamental efectuada por el legislador orgánico, único competente para ello, desbordando el ámbito o delimitación marcado de manera patente, hasta el extremo de que dicha invasión y exceso normativo se convierte no sólo en una infracción de legalidad ordinaria sino por medio de ella en una vulneración de un derecho constitucional susceptible de amparo, y, en particular, del artículo 27 de la Constitución Española, en la parte en que establece que *“Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.”* No podemos olvidar que el presente asunto se ventila a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, y que el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que *“La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo”.*

Además se trata de una invasión del núcleo del derecho de dirección de acuerdo con la configuración legal del derecho por ley orgánica que carece de una justificación válida y lícita suficiente.

Nadie niega la validez de los fines que se invocan en el preámbulo o Exposición de Motivos del Decreto Regional objeto de recurso.

Véase que se indica en la citada Exposición de Motivos que las modificaciones introducidas tres objetivos primordiales.

El primero de ellos – se dice – es la simplificación del procedimiento de admisión en lo que se refiere a los trámites que han de cumplimentar los ciudadanos y ciudadanas, facilitando la presentación de las solicitudes de admisión y se les libera prácticamente de acompañar documentación alguna a esa solicitud. Además con ese mismo fin de simplificar y agilizar procedimientos, se prevé en la norma la creación de oficinas municipales de escolarización en aquellas localidades cuyo número de centros escolares lo precise.

El segundo de los objetivos es ampliar la transparencia en el proceso de adjudicación; para ello esta norma dará lugar a la puesta en marcha de un procedimiento informático de baremación y adjudicación.

El tercero de los objetivos es conseguir un reparto homogéneo en la proporción del alumnado en general y del alumnado con necesidades educativas específicas, por aula y grupo. Este equilibrio en la distribución además de evitar la concentración en algunos centros educativos del alumnado en situación de desventaja escolar, sea cual sea la causa, y de evitar la competencia entre centros, asegura para todas las familias y para el alumnado una educación basada en la igualdad, la solidaridad y la cohesión social desde el mismo momento en el que se produce la admisión.

En definitiva, dice la Exposición de Motivos “se trata de hacer compatible el derecho de las familias a la elección de un centro educativo para sus hijos con las necesidades del alumnado y la planificación de la oferta educativa de la propia Administración educativa, asegurando, en todos los casos, la participación de la comunidad educativa.”

Pues bien, no imagina esta Sala qué razones pueden oponerse a compatibilizar el cumplimiento de estos fines perfectamente válidos con la exigencia derivada de la configuración legal del derecho de que la responsabilidad de la gestión del proceso de admisión en el caso de los Centros Concertados corresponda a los titulares de los mismos, sin que aporte razón alguna la defensa letrada de la Comunidad Autónoma.

OCTAVO.- Por consiguiente, a nuestro juicio, la admisión de alumnos en el centro, aunque se deba realizar, en el caso de que haya exceso de peticiones, conforme a las reglas que normativamente se establezcan, es parte propia del contenido de ese derecho de dirección. La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha opone a tal entendimiento la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987. Ahora bien, lo que a nuestro juicio esta sentencia implica, con independencia de la literalidad de sus términos, no es tanto que la admisión de alumnos no se integre dentro de las facultades de dirección del centro y, a su través, en el derecho constitucional invocado, cuanto que, en el caso de los centros concertados, el ejercicio de este derecho es limitable y modulable, y ha sido efectivamente limitado, modulado y configurado a través de la regulación legal que se realiza del mismo, en aplicación del artículo 53.1 de la Constitución Española, según el cual el ejercicio de los derechos a que alude puede ser regulado por Ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial. El derecho existe como parte del derecho de dirección, pero en el caso de los colegios concertados su ejercicio puede ser limitado, modulado y sujeto a reglas determinadas por la Ley. Esto es lo que, a nuestro entender, quiere indicar el Tribunal Supremo cuando señala en la sentencia citada que “El derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes...no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos”, y que “la materia relativa a la admisión del alumnado en los centros concertados -como reiteradamente se ha dicho- es ajena al derecho fundamental invocado por la entidad recurrente”. Es decir, el derecho, in abstracto, forma parte del derecho a la creación y dirección de centros docentes, pero en el caso de los centros concertados, viene a decir la sentencia, el ejercicio del derecho puede ser sujeto a limitaciones.

Dicho de otra forma: no es tanto que la admisión de alumnos no forme parte del derecho, sino que en el caso de los centros concertados, la Ley puede legítimamente efectuar la injerencia en su ejercicio que sea precisa y justificada, sin que tal modulación o límite del ejercicio del derecho que inicialmente se posee pueda reputarse inconstitucional, ya que se encuentra justificada por el hecho de que el Estado subviene al mantenimiento de tales centros. Que esto es así resulta evidente si

se plantea el caso hipotético de una norma según la cual la Administración sería la competente para seleccionar el alumnado de los centros privados no concertados; tal normativa, poca duda cabe, supondría una conculcación del derecho a dirigir centros docentes, lo que muestra que, en abstracto, no cabe negar que nos hallamos en el seno del ámbito del derecho constitucional. Sin embargo, el ejercicio de este derecho constitucional es modulable y configurable legalmente en ciertos casos, como en el caso de los centros concertados, de modo que en tales supuestos el titular debe soportar, por ejemplo, que el Estado establezca los criterios de admisión en caso de exceso de solicitudes, sin que ello suponga una vulneración del derecho constitucional en liza, sino, simplemente, una configuración legal de su ejercicio.

Este entendimiento de la sentencia del Tribunal Supremo, por otra parte, la hace plenamente coherente con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 77/1985, cuando señala que “cabe(n), en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección (...) Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal (...) para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda (...) lo que (...) supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros”.

Por otra parte, no puede olvidarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987 concluía que la regulación reglamentaria que examinaba era acorde con la LODE y no la contradecía; pero está por ver qué sucede, respecto del derecho fundamental en cuestión, con el caso de una normativa reglamentaria que se dicte en contradicción con las leyes Orgánicas que regulan el ejercicio de tal derecho.

En resumen, pues, no cabe excluir genéricamente la cuestión de la admisión de alumnos del contenido del derecho constitucional de dirección del centro, sin perjuicio de que su ejercicio sea modulable en el caso de los colegios concertados. La consecuencia de ello es que el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales sí es apto en principio para el examen de la cuestión, frente a la pretensión de la Administración demanda de excluir de raíz la simple posibilidad de que la cuestión afecte al derecho constitucional.

NOVENO.- Así las cosas, resulta evidente que los límites y configuraciones que, según la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, cabe establecer respecto del ejercicio del derecho de dirección del centro en el caso de los concertados, fueron ya establecidos a través de la LODE y la LOCE, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario; y que, al establecerlos, desde luego dichas leyes no privaron al titular del centro de la titularidad de la competencia para la admisión de alumnos, como ya vimos en el fundamento jurídico segundo. En concreto, en la parte relativa a la admisión del alumnado, la LODE estableció criterios de admisión para el caso de exceso de peticiones (artículo 20.2, hoy sustituido por la D.A. 5ª, párrafo 3, de la LOCE) e impuso el deber de vigilancia por parte del Consejo Escolar del Centro (artículo 57). Estas limitaciones al ejercicio del derecho son desarrollables reglamentariamente, como así se ha hecho primero por el Estado y después por la Administración autonómica correspondiente, pero en cualquier caso marcan el ámbito de la configuración y limitación legales de aquél en el caso de los centros concertados. Luego una disposición administrativa que desconozca este ámbito de la configuración legal establece una restricción del derecho superior a la legalmente determinada y por tanto incurre en la vulneración del mismo, tal como ha sido delimitado por la Ley.

Hay que destacar en este punto que no sólo el ejercicio del derecho puede ser regulado por la Ley, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 de la C.E), sino que los derechos mismos pueden ser desarrollados por Ley Orgánica (artículo 81.1 del mismo texto) y, en fin, el contenido mismo de un derecho constitucional puede depender de su concreta configuración legal (consúltese a este respecto, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional 80/2000 -f.j. 6-, o 86/2003 -f.j. 4-). Ahora bien, lo que no cabe es que, una vez establecidos por la Ley los límites al ejercicio del derecho que se consideren justificados, o una vez desarrollado el contenido del derecho por Ley Orgánica, o una vez configurado el derecho legalmente, una mera decisión administrativa venga a desconocer el ámbito delimitado por la Ley y se establezcan nuevos límites, ya sea a su contenido o a su ejercicio. Nuevos límites que, de ser establecidos por Ley, podrían ser considerados o no constitucionales, según afectasen o no al “contenido esencial” del derecho (S.T.C. 86/2003, f.j. 4), pero que en

el presente caso son establecidos por la propia Administración con vulneración y exceso respecto de la previa delimitación realizada por Ley Orgánica y que, en tal sentido, vulneran el derecho, pues se exceden, restringiéndolo aún más, de las restricciones ya establecidas por la Ley Orgánica que lo desarrolla y regula su ejercicio.

Dicho de otro modo: “El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse (...) tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa” (S.T.C. 77/1985); ahora bien, una vez precisado el mismo por la Ley Orgánica, y no entrando entre dichas precisiones la eliminación de la titularidad para el ejercicio de la facultad de admisión de alumnos (sino, al contrario, reconociendo la Ley tal titularidad, como vimos en el fundamento segundo), supone una clara vulneración del derecho en cuestión la pretensión administrativa de seguir configurando límites y restricciones por vía meramente reglamentaria, con infracción de lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución Española (“Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”).

DECIMO.- Lo hasta aquí razonado nos lleva a la conclusión de que las normas administrativas impugnadas vulneran el artículo 27.6 de la Constitución Española en aquéllas partes en las que, respecto de los centros concertados, retiran totalmente a los titulares de los centros la competencia para la admisión de alumnos y para la aplicación de las normas legales y reglamentarias previstas para el caso de exceso de peticiones (cabe destacar que las citadas normas despojan al titular de la facultad en cuestión incluso aun cuando no haya exceso de peticiones).

Así, analizando el tenor del Decreto 22/2004, de 2 de marzo y de las Ordenes de 12 de marzo de 2004, observamos que dichas disposiciones resultan nulas en tanto que regulan de forma indistinta para los centros públicos y los privados concertados el proceso de admisión de alumnos. Ahora bien, nada hay que objetar en cuanto a la regulación de los criterios de admisión, de manera que la nulidad alcanza únicamente al hecho de que se atribuya a los Consejos de Escolarización la competencia para ejercer la facultad de admisión de alumnos en el caso de los centros privados concertados. Siendo ello así, la nulidad que cabe declarar es únicamente parcial, sin

que quepa siquiera anular íntegramente los preceptos afectados por la ilegalidad declarada, pues sólo son ilícitos en cuanto a que incluyen a los centros concertados, pero no, obviamente, en su aplicación a los centros públicos.

Por otra parte dicha nulidad arrastra como necesaria consecuencia la regulación referente a la forma de participación de los Consejos Escolares en las disposiciones impugnadas en cuanto se refiere a los Centros privados concertados.

En definitiva, y a tenor de lo razonado hasta ahora, no cabe estimar la nulidad total de las disposiciones impugnadas pretendida en la demanda, pero sí la nulidad en los preceptos afectados, y procede declarar lo siguiente:

- En cuanto al Decreto 22/2004, de 2 de marzo, debe declararse que el artículo 10 en su párrafo primero – en su referencia “a los Consejos de Escolarización” – y el artículo 12, párrafos 1 y 2, son inconstitucionales en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados. El artículo 16 en sus párrafos 3 y 5, relativo a la escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales, consideramos sin embargo que tiene justificación suficiente a partir del mandato establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 noviembre, sobre participación, evaluación y gobierno de los centros docentes no universitarios, según la cual “Los centros docentes sostenidos con fondos públicos tienen la obligación de escolarizar a los alumnos a los que hace referencia el punto anterior [alumnos con necesidades educativas especiales], de acuerdo con los límites máximos que la Administración educativa competente determine. En todo caso se deberá respetar una igual proporción de dichos alumnos por unidad en los centros docentes de la zona de que se trate, salvo en aquellos supuestos en que sea aconsejable otro criterio para garantizar una mejor respuesta educativa a los alumnos”.

- En cuanto a la Orden de 12 de marzo de 2004, que desarrolla el proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha son inconstitucionales los artículos séptimo, punto c), noveno, puntos b, c y d,

décimo, párrafo 2, duodécimo, párrafos 6 y 7, decimoquinto, párrafos 2 y 3, decimosexto, párrafos 1 y 3 y decimoctavo, párrafo 1, en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados.

- Por último respecto a la Orden de 12 de marzo de 2004 referente al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha son igualmente nulos los Artículos Quinto. 1 en su referencia a la Comisión de Formación Profesional del Consejo Provincial de Escolarización; duodécimo. Punto 5 apartados b), c) y d), Decimotercero punto 2; decimocuarto puntos 1 y 2, referencias a la Comisión de Formación Profesional; decimoquinto puntos 1, 2 y 3 y decimoséptimo punto 2, en cuanto sea de aplicación a los centros privados concertados.

UNDECIMO.-El otro bloque de motivos de impugnación de la demanda se refieren al reproche a las disposiciones impugnadas por vulneración del derecho a la libertad de enseñanza por la imposición en las disposiciones impugnadas a los Centros concertados de la obligación de observar necesariamente el sistema de enseñanza mixta en los niveles de educación objeto de las mismas.

Ateniéndonos como en el supuesto anterior en esta cuestión a un plano estrictamente jurídico positivo como nos corresponde, y dentro del ámbito del proceso de protección de los derechos fundamentales, y reconociendo que es una cuestión sometida a diferentes opciones de política legislativa, podemos decir que hasta ahora en nuestro Ordenamiento jurídico no existe una prohibición general de la enseñanza o educación diferenciada.

Tampoco a nivel internacional existe esa prohibición o proscripción. Y como dicen la actora la Convención de la UNESCO de 15 diciembre 1960 para la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, a la que España se adhirió entrando en vigor el 20 de noviembre de 1969 (BOE 1 noviembre 1969) en su artículo 2 apartado a) declara que:

En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

- a) *La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.*

Es más en los textos legales de nivel orgánico que desarrollan el derecho fundamental a la educación a la hora de definir los criterios y principios que deben regir en el procesos de admisión de alumnos en Centros públicos o financiados con fondos públicos no se introduce ninguna prohibición por razón del sexo.

En efecto, es muy ilustrativo que cuando en su momento el artículo 20. 2 de la LODE se refiere a esta cuestión disponga literalmente:

La admisión de los alumnos en los centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se regirá por los siguientes criterios prioritarios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.

Prohibición de discriminación por razones entre las que no se menciona el sexo. Y lo mismo ocurre con el artículo 72. 3 de la LOCE al declarar que:

En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.

Así pues sólo cabe considerar que de manera deliberada el legislador orgánico no ha prohibido la admisión en función del sexo.

De lo anterior se sigue que la normativa autonómica al añadir entre dichos criterios el sexo ha incurrido en un exceso competencial y vulnerado los textos legales antes expuestos al introducir un nuevo factor o criterio delimitador de la admisión de los alumnos no previsto en ellos y conforme al cual puede quedar proscrita en los centros privados concertados o financiados con fondos públicos toda la limitación a la admisión por razón del sexo.

Ya hemos dicho con anterioridad que una clara extralimitación del Reglamento en la configuración legal del derecho fundamental puede transgredir su contenido y en este caso la solución a la controversia ha de venir por la misma línea argumental.

Si el derecho a la libertad de enseñanza definido en nuestra C.E. implica el reconocimiento de un derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, y ese derecho de dirección y de creación supone la posibilidad de definir el carácter propio del Centro y marcar o diseñar los contornos o líneas de su carácter propio o personalidad educativa hemos de admitir que uno de ellos pueda ser el de asumir como forma propia de su proyecto educativo el de ofrecer una educación diferenciada para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, que no sería considerada discriminatoria en los términos de la Convención de la UNESCO antes aludida si el Ordenamiento jurídico del Estado la admite o no la prohíbe.

En ese sentido es manifiesto que el derecho de libertad de enseñanza de los titulares de los Centros no es absoluto y puede – como hemos enunciado anteriormente – experimentar limitaciones, singularmente las impuestas por 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, repetimos, parafraseando los Fundamentos de la STC 77/85

supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros, condicionamientos y principios totalmente lícitos desde el punto de vista constitucional y legal para lograr hacer efectivos otros valores y principios igualmente válidos y lícitos en relación con la enseñanza, lo que lleva a considerar perfectamente constitucional el que se apliquen ciertos criterios de selección y que se prohíban determinadas prácticas o conductas discriminatorias.

En otras palabras, el derecho fundamental de educación en la vertiente o faceta en cuestión en el presente recurso no es un derecho absoluto y puede sufrir limitaciones pero estas limitaciones además de dejar a salvo su contenido esencial deben tener un fundamento u origen legal, que bien es verdad puede experimentar un desarrollo o precisión reglamentaria a modo de complemento necesario para establecer todos los detalles que la ley es incapaz de prever. Y precisamente tanto la LODE como la LOCE parten de una configuración del derecho de libertad de enseñanza en su dimensión de libre creación de centros docentes en la que no se prohíbe o introduce una proscripción de diferenciaciones por razón del sexo en el proceso de admisión en función del proyecto educativo o carácter propio de cada centro. De manera que una norma de alcance reglamentario dictada por una Administración Autónoma que tiene competencia para la ejecución y desarrollo de aquella y fijar y normar el procedimiento de admisión no puede desconocer esa configuración legal, pues al hacerlo está incidiendo en infracción del contenido del derecho fundamental reconocido en la Constitución.

No se trata como hemos dicho de un exceso en el desarrollo de la normativa estatal por parte del titular de la potestad reglamentaria de desarrollo que deba ser corregido en su caso con la ilegalidad del reglamento (ya sea por vulneración de una norma de rango superior -principio de jerarquía-, ya por exceso respecto de la normativa estatal que se desarrolla -principio de competencia-); se trata de que la contravención afecta a la configuración del derecho fundamental efectuada por el legislador orgánico, único competente para ello, desbordando el ámbito o delimitación marcado de manera patente, hasta el extremo de que dicha invasión y exceso normativo se convierte no sólo en una infracción de legalidad ordinaria sino por medio de ella en una vulneración de un derecho constitucional susceptible de amparo, y, en

particular, del artículo 27 de la Constitución Española, en la parte en que establece que *“Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.”*

Reproducimos por lo demás las consideraciones anteriores sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo 3ª de 9 de diciembre de 1987.

En consecuencia, procede declarar nula la mención del “sexo” en los artículos 2. 4 del Decreto 22/2004 y primero punto 3 de la Orden de 12 de marzo de 2004 referente al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

DUODECIMO.- Por lo expuesto estimamos en parte el recurso sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales. (art. 139. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de Julio).

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el presente recurso y en consecuencia por entender producida la vulneración del derecho fundamental alegado a libertad de creación de centros docentes reconocida en el artículo 27. 1 y 6 de la CE, declaramos nulas en parte y con el siguiente alcance las disposiciones objeto de este recurso:

- A. Respecto del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004) la mención del “sexo” en el artículo 2. 4 de un lado, y los artículos 10 en su párrafo primero – en su referencia “a los Consejos de Escolarización” – y el artículo 12, párrafos 1 y 2, en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados

- B. Respecto la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 17/3/2004) los artículos séptimo, punto c), noveno, puntos b, c y d, décimo, párrafo 2, duodécimo, párrafos 6 y 7, decimoquinto, párrafos 2 y 3, decimosexto, párrafos 1 y 3 y decimoctavo, párrafo 1, en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados.
- C. Y por último respecto de la Orden de 12 de marzo de 2004 referente al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 17/3/2004) los artículos Quinto. 1 en su referencia a la Comisión de Formación Profesional del Consejo Provincial de Escolarización; duodécimo. Punto 5 apartados b), c) y d), Decimotercero punto 2; decimocuarto puntos 1 y 2, referencias a la Comisión de Formación Profesional; decimoquinto puntos 1, 2 y 3 y decimoséptimo punto 2, en cuanto sea de aplicación a los centros privados concertados

Desestimamos el recurso en lo demás. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Una vez firme publíquese el encabezamiento y fallo de la presente en el DOCM.

De la presente sentencia llévase certificación literal a los autos originales y notifíquese con indicación de que la misma no es firme, por ser susceptible de recurso

de casación ante la Sala 3ª del T S, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado en esta Sala dentro de los diez días siguientes al de su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.