

Roj: STS 710/2016 - ECLI:ES:TS:2016:710
Id Cendoj: 28079130042016100062
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 1800/2014
Nº de Resolución: 473/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: CUARTA

S E N T E N C I A

Sentencia Nº: 473/2016

Fecha de Sentencia: 01/03/2016

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 1800 / 2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 23/02/2016

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez **Escrito por:** Cgr

Nota:

Orden 1240/2013, de 17 de abril, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte. De la Comunidad de Madrid, sobre el procedimiento de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, de educación infantil, primaria, especial, secundaria obligatoria y bachillerato. Pretendida vulneración del art. 87.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sobre reserva de plazas para alumnos con necesidades de apoyo específicas.

RECURSO CASACION Num.: 1800/2014

Votación: 23/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis María Díez Picazo Giménez

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

S E N T E N C I A 473/2016

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: CUARTA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Luis María Díez Picazo Giménez

Magistrados:

D. Segundo Menéndez Pérez

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, ha visto el presente recurso de casación con el número 1800/2014, interpuesto por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-Titulares de Centros Católicos (FERE-CECA), representada por el procurador D. Luis Ortiz Herráiz y asistido por la letrada D.^a Inés García García, contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2014 dictada en el recurso 857/2013 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Siendo parte recurrida la Comunidad de Madrid, representada por el letrado de sus servicios jurídicos D. Héctor Durán Vicente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

«Fallamos.- Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario número 874/2013, interpuesto por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-Titulares de Centros Católicos (FERE-CECA) representada por el Procurador D. Luis Ortiz Herráiz asistida de la Letrada D.^a Inés García García, contra el Decreto 29/2013, de 11 de abril, del Consejo de Gobierno, de libertad de elección de centro escolar en la Comunidad de Madrid, en su artículo 5.1 y 5.3, y contra la Orden 1240/2013, de 17 de abril, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte por la que se establece el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Especial, Educación Secundaria y Bachillerato en la Comunidad de Madrid, en los artículos 7.1 (inciso inicial); artículo 7.1 (inciso final); artículo 11f) y artículo 14.3.

Declaramos la disconformidad a derecho del artículo 5.3 del Decreto 29/2003; del artículo 7.1 inciso final y del artículo 11 f) de la Orden 1240/213 y por tanto anulamos dichos preceptos.

Declaramos la conformidad a derecho del artículo 5.1 del Decreto 29/2003; 13.4 y 7.1 inciso inicial de la Orden 1240/2013 y, por tanto, se confirman.

No procede la imposición de costas, al haberse estimado parcialmente la pretensión, en vigor la Ley 37/2011».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza- Titulares de Centros Católicos (FERE-CECA) presentó escrito ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, al amparo del siguiente motivo: «Único.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico estatal que son de aplicación para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d) de la LJCA)».

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala que «dicte resolución que inadmita o, en su caso, desestime íntegramente el recurso de casación y que declare la conformidad a derecho de la resolución recurrida con imposición de costas a la entidad recurrente».

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 23 de febrero de 2016, en cuyo acto tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez, Presidente de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-Titulares de Centros Católicos contra la sentencia de

la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de marzo de 2014 .

El asunto tiene origen en la impugnación por la recurrente de varios preceptos del Decreto 29/2013, de 11 de abril, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, así como de la Orden 1240/2013, de 17 de abril, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte. Se trata de disposiciones que regulan el procedimiento de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, de educación infantil, primaria, especial, secundaria obligatoria y bachillerato.

La sentencia impugnada, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, declara la nulidad de varios de los preceptos impugnados. No obstante, por lo que ahora específicamente importa, desestima la impugnación del artículo 14.3 de la Orden 1240/2013.

SEGUNDO.- Se basa este recurso de casación en un único motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d) LJCA . Sostiene la recurrente que el artículo 14.3 de la Orden 1240/2013 contradice lo dispuesto por el artículo 87.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación . Al no haber declarado tal contradicción, la sentencia impugnada, siempre según la recurrente, vulnera el precepto legal invocado.

En su primer párrafo, el artículo 87.2 de la Ley Orgánica de Educación establece: «Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, las Administraciones educativas podrán reservarle hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados». Conviene señalar que ésta era la redacción vigente del referido precepto legal en el momento de aprobación de la disposición reglamentaria litigiosa, mientras que en la actualidad el verbo «podrán» ha sido sustituido por «deberán».

Por su parte, el artículo 14.3 de la Orden 1240/2013 dispone: «Las Direcciones de Área Territorial podrán determinar el número de plazas reservadas para alumnos con necesidad específica de apoyo educativo o necesidades de compensación educativa que deberán mantenerse sin modificación, con el fin de facilitar la escolarización de dichos alumnos durante el proceso extraordinario de su admisión.»

La recurrente entiende que hay contradicción entre ambas normas, porque el artículo 87.2 de la Ley Orgánica de Educación impone un límite temporal a la reserva de plazas para los alumnos con necesidades específicas de apoyo, tal como se desprende del inciso "hasta el final del período de preinscripción y matrícula"; límite temporal que, sin embargo, desaparece en el artículo 14.3 de la Orden 1240/2013. En otras palabras, según la recurrente, este precepto reglamentario establece una reserva indefinida incompatible con lo previsto en la ley. Sostiene, además, que ello redundaría en perjuicio del resto de los alumnos interesados en ser admitidos en cada centro, ya que ven disminuido el número de plazas disponibles. Dice la recurrente a este respecto:

«Las consecuencias de adoptar una u otra solución (reserva temporal o indefinida) son extraordinarias. Pues si se adopta la solución propuesta por la sentencia (reserva indefinida) resultaría que determinados alumnos y sus familias no podrían acceder al Centro escogido, no porque el Centro no dispusiera de plazas -que las tiene- sino porque las mismas están reservadas en expectativa -que se puede cumplir o no- de que sean ocupadas por un alumno en periodo extraordinario de admisión».

TERCERO.- Si bien es cierto que el artículo 87.2 de la Ley Orgánica de Educación podría interpretarse en el sentido que le atribuye la recurrente, no cabe ignorar que no es la única interpretación razonablemente posible de dicho precepto legal. En éste no se indica cuál es la duración del plazo de preinscripción y matrícula, ni cuándo comienza y termina. Y tampoco concreta si se trata de un único plazo o de dos, es decir, uno de preinscripción y otro de matrícula. En este contexto, no puede tacharse de erróneo el razonamiento central de la sentencia impugnada a propósito de esta cuestión:

«En este apartado no podemos acoger las alegaciones de la parte recurrente ya que la LOE en su artículo 84.2 , hace referencia al periodo de -preinscripción y matrícula-, unidas por la conjunción copulativa "y", de lo que se infiere que dichas plazas deben reservarse con posibilidad de matrícula y hasta la finalización de dicho periodo, quedando conformado dicho plazo de reserva, de tal manera, que los alumnos afectados, si los hubiere, puedan matricularse. Deducimos, por tanto, que el plazo que se establece en la LOE incluye no sólo el plazo ordinario de admisión, sino el posterior extraordinario, si concurriera la circunstancia para algún alumno, lo cual parece razonable, si se tiene en cuenta que será, una vez que se confeccionen las - listas definitivas de admisión-, cuando se proceda a la matriculación de los alumnos en los centros. Se desprende de lo expuesto que el artículo impugnado, no contraviene la jerarquía normativa y, por ende, debe desestimarse».

Así las cosas, el artículo 87.4 de la Ley Orgánica de Educación admite ser interpretado en el sentido que le atribuye la Administración autonómica autora de la disposición reglamentaria de desarrollo, por lo que el motivo casacional no puede ser estimado.

CUARTO.- Con arreglo al artículo 139 LJCA, la desestimación del recurso lleva aparejada la imposición de las costas a la recurrente, salvo que se aprecien causas que justifiquen lo contrario. En el presente caso, el reproche formulado por la recurrente a la sentencia impugnada partía de una de las posibles interpretaciones -no la única- del artículo 87.4 de la Ley Orgánica de Educación, de manera que no puede considerarse irrazonable su invocación. Ello constituye, a juicio de esta Sección 4ª, causa suficiente para exonerar a aquélla de la condena en costas.

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-Titulares de Centros Católicos contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de marzo de 2014, sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA DON José Luis Requero Ibáñez A LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2016, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1800/2014

Al tiempo de la firma Sentencia mayoritaria arriba indicada y al amparo del artículo 205.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular discrepando de su Fundamento de Derecho Tercero por las siguientes razones:

PRIMERO.- El artículo 87 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, al regular el régimen de admisión de alumnos, parte de una regla general en el apartado 1: *« con el fin de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, las Administraciones garantizarán una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Para ello, establecerán la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados y garantizarán los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo »*.

Es decir, que en un aula deberán converger con la generalidad de los alumnos -los que no tienen necesidades específicas de escolarización- aquellos que sí presenten tales necesidades específicas de escolarización. Esa convergencia prevista *ex lege* exige que se prevea una regla de proporcionalidad en la procedencia del alumnado, proporcionalidad que fijará cada Administración competente.

SEGUNDO.- De esta manera y dentro de la libertad que se deja a cada Administración, la ley prevé otro mandato y así el artículo 87.2 prevé que *« Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, las Administraciones educativas deberán reservar hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados »*.

La literalidad de tal precepto no ofrece dudas. De esa redacción se deduce que la reserva ordenada *ex lege* pretende facilitar esa cohesión y el mandato de proporcionalidad, pero le fija un tiempo de vigencia limitado: *« hasta el final del período de preinscripción y matrícula »*, concepto que debe integrarse con la normativa que dicte cada Administración fijando los respectivos plazos de preinscripción y de matriculación, es decir, los calendarios de admisión.

Hay que concluir que en la previsión del artículo 14.3 de la Orden 1240/2013 que confirma la Sentencia impugnada, y que confirma ahora esta Sala, tal reserva queda abierta *sine die* colisionando con el artículo 87.2 de la Ley Orgánica 2/2006. Por tanto, debió declararse que el artículo 14.3 de la citada Orden incurre en el supuesto del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre.

TERCERO.- Sin embargo la discrepancia con la Sentencia mayoritaria va más allá de la contradicción manifiesta entre la norma de cobertura y el precepto reglamentario pues implica desconocer el sentido de esa normativa de cobertura.

A partir de lo ya dicho respecto del apartado 1 del artículo 87, el artículo 87.2 concreta la forma de lograr la cohesión en el alumnado y así prevé un trato diferenciado que favorece a cierto grupo de alumnos -y padres- en detrimento de otro grupo de alumnos -y padres-, lo que exige contemplarlo desde la excepcionalidad, que es lo que da sentido al límite temporal previsto en el precepto.

Del artículo 87.1 antes reproducido se deduce que lo previsto en el artículo 87.2 participa de la lógica de los supuestos de acción positiva:

1º Va dirigida a un grupo específico de la población, en este caso escolar: la parte de la población en edad escolar que presenta necesidades específicas de escolarización.

2º El trato diferenciado obedece a una razón atendible: "asegurar la calidad educativa de todos, cohesión social y la igualdad de oportunidades".

3º El trato diferenciado consiste en que a esa parte de la población escolar que presenta una determinada situación se le reserven determinadas plazas.

4º El trato diferenciado es temporal: «hasta el final del período de preinscripción y matrícula».

5º El trato diferenciado afecta a terceros: a los alumnos -y a los padres que han elegido ese colegio- que pudiendo lograr plaza en un aula conforme a los criterios de baremación, se les excluye por haber plazas reservadas.

La Sentencia mayoritaria lleva a que, con una eficacia de tiempo ilimitada, es decir, durante todo el curso, el resultado sea la interpretación extensiva de una medida que participa de esa finalidad de discriminación o acción positiva que, por definición, debe ser temporal y excepcional.

Ante una regulación que percute en la libre elección de centro entiendo que esta Sala debe hacer una interpretación favorable que permita el ejercicio real y efectivo de esa libertad, lo que en este caso era compatible con la situación que se quiere tutelar a la vista de la contradicción entre la norma impugnada y la de cobertura.

CUARTO.- Finalmente, es el legislador quien ha querido incluir la posibilidad de escolarización sin límite temporal y lo ha hecho en el párrafo segundo del citado artículo 87.2 pero acudiendo a otra solución distinta de la reserva: la ampliación excepcional del número de plazas por aula. Prevé así la posibilidad de incrementar hasta un 10% el número máximo de alumnos y alumnas por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización para atender circunstancias excepcionales. Fuera de esa excepción no hay otra más.

Madrid, en el día de la fecha de la sentencia.

José Luis Requero Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia con su voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Luis María Díez Picazo Giménez**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.