ADMINISTRACION DE JUSTICIA

17 MAR. 2005

ADVOCACIA DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA
Núm. 223
Data 18/03/05
ENTRADA

SENTENCIA

Nº 206

En la Ciudad de Palma de Mallorca a cuatro de marzo de dos mil cinco.

ILMOS SRS.
PRESIDENTE
D. Jesús I. Algora Hernando.
MAGISTRADOS
D. Pablo Delfont Maza.
D. Fernando Socías Fuster.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº 1120/2002, dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la ASSOCIACIÓ AUTÓNOMICA EDUCACIÓ I GESTIÓ DE LES ILLES BALEARS, representada por la Procuradora Dª Margarita Ecker Cerdá y asistida del Letrado D. Marc González Sabater; y como Administración demandada la COMUNIDAD AUTONOMA DE ILLES BALEARS representada y asistida de Letrado de sus Servicios Jurídicos, habiéndose personado como parte codemandada el SINDICAT DE TREBALLADORS DE L'ENSENYANÇA DE LES ILLES representado por el Procurador D. Miguel Socías Perelló y asistido del Letrado D. Fernando Gomila Mercadal.

Constituye el objeto del recurso la Orden del Conseller de Educació i Cultura del Govern Balear, de fecha 21 de mayo de 2002, por la que se "regula la jornada y horario en los centros públicos y en los centros privados sostenidos por fondos públicos, de Educación Infantil; Educación Primaria y Educación Especial".

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 19.09.2002, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dicta sentencia estimatoria del mismo, por ser contrarios al ordenamiento jurídico, la disposició impugnada.

TERCERO. Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos. Lo mismo se interesó en el escrito de contestación del S.T.E.I.

CUARTO. Recibido el pleito a prueba y practicada la propuesta por la parte demandante, se declaró conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 03.03.2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.

La entidades recurrente impugna la Orden de la Conselleria de Educació i Cultura de fecha 21 de mayo de 2002 por la que se "regula la jornada y horario en los centros públicos y en los centros privados sostenidos por fondos públicos, de Educación Infantil; Educación Primaria y Educación Especial" y que en síntesis establece:

- la distribución de la jornada escolar en sesiones de mañana y tarde (art. 3,1°);
- la competencia del Consejo Escolar para la aprobación de la jornada y horario (art. 3.2°);
- la indicación, con carácter general, del horario lectivo –en principio establecida en 25 horas lectivas semanales, de lunes a viernes, en sesiones de mañana y tarde, con pausa mínima de 2 horas y la de la tarde no inferior a 1,30 horas-. (art. 3.4°); y
- los requisitos y procedimiento para la modificación de la jornada escolar ordinaria (art. 4°). Conforme al protocolo de actuación establecido en la Orden, la propuesta de variación de jornada puede instaria el Consejo Escolar, el 10% de los padres y/o claustro de profesores, siendo decidida por el indicado Consejo Escolar por mayoría de 2/3 de sus miembros previa consulta "electoral" a padres y/o tutores del alumnado. Finalmente corresponde a la Administración educativa autorizar o no la indicada variación de jornada y/o horario.

La entidad recurrente fundamentan su demanda, en los siguientes argumentos:

1°) que la Orden seria nula o anulable por lesionar el derecho constitucional a la libertad de enseñanza y de creación y dirección de los centros docentes (art. 27.6 de la Constitución) en su vertiente relativa al derecho a la autonomia organizativa de los centros, reconocida tanto en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación 8/1995, de 3 de julio (LODE); como la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo 1/1990, de 3 de octubre (LOGSE), como la Ley Orgánica de la Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes 9/1995, de 20 de noviembre.

2°) que la presente disposición general se ha dictado prescindiendo total y absolutamente

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

del procedimiento establecido para elaborar reglamentos, al infringir los arts. 42 y 43 de la Llei autonómica 4/2001 debido a la omisión de Memoria Justificativa y por la omisión del trámite de audiencia y participación a los sectores afectados por el plazo mínimo de quince días.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones indicadas, debe precisarse que con anterioridad a la Orden ahora impugnada, el mismo Conseller dictó Orden de 14 de abril de 2000, derogada por la presente de 21.05.2002.- La Orden de 14 de abril de 2000 aprobaba las "instrucciones sobre modificaciones de jornada y/o horario escolar en las Escuelas de Educación Infantil y Colegios de Educación Primaria" y tenía un contenido sustancialmente similar a la aquí recurrida.

La Orden de 14.04.2000 fue recurrida por la misma Asociación ahora demandante, recayendo sentencia de esta Sala Nº 500 de fecha 6 de junio de 2003 por medio de la cual se estimaba la demanda y se declaraba que la referida disposición era disconforme con el ordenamiento jurídico en cuanto pueda ser de aplicación a centros educativos no públicos y, en su consecuencia, determinábamos que dicho ámbito de aplicación se limita a los centros educativos públicos. Todo ello en base a argumento como el ahora reiterado por la misma recurrente en esta demanda.

La representación de la Administración demandada presentó escrito en fecha 10.06.2004 en la que indicaba que acatando la sentencia Nº 500/2003 –que no recurrió en casación- *"té la intenció d'estendre els seus efectes també a l'Ordre que aquí es discuteix. De fet, està elaborant una nova Ordre que definitvament resoldrà la qüestió litigiosa, atès que assenyalarà expressament que s'aplicarà únicament als centres públics"*.

Sea como fuera, ni se produjo allanamiento ni consta la elaboración de la "nueva Orden", por lo que no cabe sino continuar y resolver la controversia.

SEGUNDO. APLICACIÓN DE LO INDICADO EN LA SENTENCIA DE ESTA SALA Nº 500/03.

En la referida sentencia indicamos:

> "CUARTO.EXAMEN DE LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA ORGANIZATIVA DE LOS CENTROS PRIVADOS CONCERTADOS.
>
> La colisión entre: a) el derecho a la intervención de padres, profesores y alumnos en la organización y gobierno de centros docentes sostenidos por fondos públicos, b) la libertad de dirección empresarial como consecuencia de la libertad de creación de centros docentes, y c) las potestades administrativas por velar del cumplimiento de las condiciones educativas básicas; produce inevitables fricciones como la que motiva el presente recurso y que en primer lugar debe resolverse atendiendo a lo establecido en las norma de rango superior, como en el caso lo es la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación 8/1995, de 3 de julio (LODE)., norma que precisamente se preocupa de la construcción del régimen jurídico de los centros concertados, otorgando una serie de potestades a los Consejos Escolares que actúan al lado del titular del centro.
>
> El art. 57 de la LODE (en la redacción vigente al tiempo de publicarse la Orden), al establecer las funciones del Consejo Escolar de los Centros Concertados, dispone:
>
> *Artículo 57.*
>
> Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta Ley:

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

(...)

f) aprobar y evaluar la programación general del centro que, con carácter anual elaborará el equipo directivo."

La fijación del "horario general del Centro" constituye uno de los contenidos de la "programación general del centro", como se desprende del Anexo I de la Orden de 9 de junio de 1989 por la que se establecen instrucciones para regular la organización y funcionamiento de los centros sostenidos con fondos públicos y que si bien es norma anterior a la LODE, lo cierto es que no consta su derogación expresa en la medida en que la Orden de 29.06.1994 únicamente la modificó para la Educación Secundaria, lo que implicaría su vigencia en cuanto al resto. En todo caso, su mención interesa para constatar que el horario general del centro -que según dicha Orden, afecta también a la "jornada" y su distribución en mañana/tarde– forma parte de la "programación general del centro". La lectura de la mencionada Orden de 09.06.1989 ofrece pocas dudas acerca de que la distribución horaria que de aquí se trata es materia integrada en la programación general.

Si conforme a la LODE y para los centros concertados la elaboración de la programación general del centro -a aprobar por el Consejo Escolar-, corresponde al equipo directivo, ya no pueden ser de aplicación las disposiciones de la Orden recurrida en cuanto que establecen que la iniciativa de la modificación de la jornada escolar corresponde al 10% de los padres o al claustro de profesores, obviando la necesaria inicialiva del equipo directivo.

Todavía más rotunda es la actual redacción del mismo art. 57.f) de la LODE –introducida por la L.O. 10/2002 de 23 de diciembre- al establecer que la función del Consejo Escolar del centro se limita a *"f) informar de la programación general del centro que, con carácter anual, aprobará el equipo directivo"*-. Pese a ser de redacción posterior a la Orden que nos ocupa, es relevante que con la reforma la aprobación de la programación general ya no corresponde al Consejo sino al equipo directivo, lo que implicaría incluso la derogación tácita de la Orden ahora impugnada en cuanto a los centros concertados.

En el escrito de contestación a la demanda, la representación de la Administración fundamenta la legalidad de la Orden en: 1º) el art. 57.f) de la LODE –que como se ha visto establece una regulación distinta de dicha Orden, por lo que en lugar de justificar la legalidad de la Orden, justifica lo contrario- y, 2º) en el párrafo art. h) del mismo art. 57, conforme al cual es función del Consejo Escolar *"h) Participar en la aplicación de la línea pedagógica global del centro y elaborar las directrices para la programación y desarrollo de las actividades escolares complementarias, actividades extraescolares y servicios escolares, así como intervenir, en su caso, en relación con los servicios escolares, de acuerdo con lo establecido por las Administraciones educativas."*, pero al margen de la intervención en línea pedagógica -que no afecta a la controversia-, la elaboración de directrices de programación viene referida en este precepto a las actividades escolares complementarias, las extraescolares y los servicios escolares, es decir, aspectos distintos de la actividad escolar principal a que se refiere la Orden, por lo que dicho precepto tampoco fundamenta la disposición de la Conselleria aquí enjuiciada.

En consecuencia, no es cierto lo que se indica en la contestación a la demanda en el sentido de que la Orden *"no interfereix per res amb les facultats de la direcció del centre"* ya que omite por completo la intervención de esta Dirección en la modificación de jornada/horarios, cuando conforme a la LODE le corresponde la iniciativa en la modificación (según redacción anterior a L.O. 10/2002) o la decisión de aprobarla (según redacción posterior a L.O. 10/2002). Como ya se ha indicado anteriormente, la LODE es la norma que

precisamente se preocupa de la construcción del régimen jurídico de los centros concertados, otorgando una serie de potestades a los Consejos Escolares que actúan al lado del titular del centro, complementado con una intervención de la Administración educativa, pero como recoge la STC 77/1985, de 27 de junio, los poderes de intervención de los Consejos Escolares o de la Administración educativa, no pueden llegar nunca a suprimir la libertad de dirección del titular que, en el caso de la Orden que nos ocupa, queda limitada en el contenido que la LODE le reconoce.

Por todo lo anterior, debe estimarse el recurso, si bien con la precisión de que no procede la declaración de nulidad o anulabilidad de la Orden, que en todo su contenido es correcta si se aplica únicamente a los centros públicos, por lo que el pronunciamiento lo será de determinar su ámbito de aplicación reducido a tales centros."

En el escrito de conclusiones, la representación de la Administración demandada, tras reconocer que a la Orden aquí recurrida le es de aplicación la doctrina contenida en la referida sentencia, sostiene que ello únicamente lo es en la parte que contradice la LODE, debiendo mantenerse vigente en cuanto al resto. El problema es que no concreta qué preceptos de la Orden de 2002 se salvarían a su juicio.

Ante ello y del examen del contenido de la disposición impugnada debe reconocerse que algunos preceptos podrían mantenerse, como el artículo 1° que es mero enunciador de la finalidad y ámbito de aplicación de la Orden; o el art. 2°, que define las actividades de la jornada escolar; o el artículo 5, referido al seguimiento de actividades complementarias. Igualmente podría mantenerse parte del art. 3. Lo que ocurre es que el mantenimiento de la vigencia de algunos preceptos sueltos para los centros privados concertados carecería de sentido y significado si se anula el art. 4° -porque establece un sistema de modificación de la jornada escolar similar al de la Orden anulada y al que le es de plena aplicación la sentencia antes transcrito- y parte del art. 3.

En definitiva, si la propia parte demandada reconoce que está en fase de elaboración de una nueva disposición que sustituirá a la presente para los centros educativos concertados y que "*definitivament resoldrà la qüestió litigiosa, atès que assenyalarà expressament que s'aplicarà únicament als centres públics*", se entiende que lo que menos distorsiona el panorama jurídico es la declaración de nulidad de la Orden en su aplicación a los centros privados concertados tal y como se hizo con la Orden de 14 de abril de 2000, al objeto de que sea la nueva disposición la que aborde la regulación de la jornada y/o horarios de los centros concertados de modo que no colisione con la Ley Orgánica que en ese momento ordene el sistema educativo.

Por lo anterior, resulta innecesario analizar el segundo de los motivos de impugnación (los supuestos defectos de procedimiento en la elaboración de la Orden)

TERCERO. COSTAS PROCESALES.

No se aprecia ninguno de los motivos que, de conformidad con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, obligue a hacer un expresa imposición de costas procesales, por lo que se estima adecuada su no imposición.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

1°) Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo.

2°) DECLARAMOS disconforme con el ordenamiento jurídico la disposición impugnada y nula, en cuanto pueda ser de aplicación a centros educativos no públicos. En su consecuencia, determinamos que dicho ámbito de aplicación se limita a los centros educativos públicos.

3°) No se hace expresa declaración en cuanto a costas procesales.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a interponer ante esta Sala y para el Tribunal Supremo, en el plazo de diez días contados desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.