

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Primera).

-Recurso número 448 del año 2011-

SENTENCIA: 00574/2014

**SENTENCIA NÚM. 574 de 2014**

**ILMOS. SEÑORES**

**PRESIDENTE**

Don Juan Carlos Zapata Híjar

**MAGISTRADOS**

Don Jesús María Arias Juana

Doña Isabel Zarzuela Ballester

Don Juan José Carbonero Redondo

-----

En Zaragoza, a veintiocho de noviembre de dos mil catorce.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso contencioso-administrativo número 448 de 2011, seguido entre partes; como demandante la **ASOCIACIÓN DE MADRES Y PADRES DE ALUMNOS DEL COLEGIO PÚBLICO DE ENSEÑANZA DE EDUCACIÓN INFANTIL Y PRIMARIA PÍO XII DE HUESCA**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Patricia Peiré Blasco y asistida por el Letrado D. Javier Escario Gracia; y como demandada la **DIPUTACIÓN**

**GENERAL DE ARAGÓN**, representada y asistida por Letrado de sus Servicios Jurídicos. Es objeto de impugnación la resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón de fecha 26 de mayo de 2011, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Orden de 11 de marzo de 2011, de esa Consejería, por la que se convoca el procedimiento de admisión de alumnos en centros docentes públicos y privados concertados en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato y ciclos formativos de grado medio y superior de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Aragón para el curso escolar 2011/2012. **Procedimiento:** Ordinario.

**Cuantía:** Indeterminada.

**Ponente:** Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Arias Juana.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 30 de junio de 2011, interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia.

**SEGUNDO.-** Previa la admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar la parte recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de la Orden impugnada y, subsidiariamente, para el caso de que no se atendiera a tal pretensión, la nulidad de la Disposición Segunda, puntos 3, 4 y 5, del apartado 8.1, y del Anexo II A), apartados 1.1., 1.2, 1.3, 1.4, apartado 2 y apartado 4, condenando a la Administración a fijar la proporción concreta de "alumnos con necesidad específica de apoyo educativo" que han de escolarizarse en cada uno de los Centros escolares de la ciudad de Huesca, a fin de garantizar una adecuada y equilibrada distribución del alumnado, con imposición de costas a la Administración.

**TERCERO**.- La Administración demandada, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimó aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto.

**CUARTO**.- Recibido el juicio a prueba, con el resultado que es de ver en autos, y sin haber lugar al trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 27 de noviembre de 2014.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Se impugna en el presente proceso por la Asociación actora la resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón de fecha 26 de mayo de 2011, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Orden de 11 de marzo de 2011, de esa Consejería, por la que se convoca el procedimiento de admisión de alumnos en centros docentes públicos y privados concertados en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato y ciclos formativos de grado medio y superior de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Aragón para el curso escolar 2011/2012.

Pretendiéndose por dicha Asociación en su demanda, con carácter principal, que se declare la nulidad de pleno derecho de la referida Orden, al amparo del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 14 de la Constitución, así como de su artículo 9.2, y de los artículos 84 y 87 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación -LOE- y 4 del Decreto 32/2007, de 13 de marzo, del Gobierno de Aragón -por el que se regula la admisión de alumnos en los centros docentes públicos y privados concertados en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional de la Comunidad Autónoma de Aragón-, porque -resume en el suplico de la demanda- "incumple los arts. 84 y 87 de la LOE, en cuanto no atiende a la obligación establecida por la norma de conseguir una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo ni garantiza el acceso a la educación

en condiciones de igualdad, la igualdad de oportunidad y la cohesión social". Afirmándose, en esencia, en los fundamentos de derecho: que la Orden impugnada desconoce tal obligación; que el "interés legítimo" de la elección de centro posibilita formular preferencia por un centro, pero no garantiza su obtención, por lo que no es obstáculo para que los poderes públicos efectúen tal distribución para superar las condiciones desfavorables de algunos de ellos y para garantizar a todos la calidad educativa; que la Orden obvia el mandato al no regular de manera específica "como" conseguir la adecuada distribución, sin que la reserva que establece en el apartado primero 4 -en realidad segundo 4, de "hasta tres plazas por unidad para alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo derivadas de discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, de sobredotación intelectual y de trastornos graves de conducta o por hallarse en situación desfavorecida como consecuencia de factores sociales, económicos, culturales, de salud u otras semejantes"- responda a tal obligación, ni la sustituye; que el acceso a la educación en condiciones de igualdad se reitera y confirma en el artículo 87, en términos que claramente significan obligación, por imperativo legal, de fijar una proporción concreta de este tipo de alumnado que deba ser escolarizado en cada centro, cuya no observación constituye también claramente un infracción del ordenamiento jurídico revisable por esta jurisdicción. Añadiendo la actora en su demanda que, además, la solicitud de plazas incluidas en la referida reserva sólo puede ejercerse por aquellas familias cuyos hijos presenten discapacidad o trastornos grave de conducta, ya que la Orden exige resolución en tal sentido del Director Provincial, sin que se emitan para alumnos que presenten necesidades específicas de apoyo educativo por "las condiciones personales, dificultades de aprendizaje o por incorporación tardía al sistema educativo" a que se refiere el artículo 71 LOE. Afirmando que el resultado de la aplicación de las Órdenes que se vienen publicando -similares entre ellas- es la indeseable composición del alumnado del Colegio Pio XII, comparativamente con el resto de la ciudad, con una excesiva concentración de alumnado con necesidad específica de apoyo educativo y, simultáneamente, de alumnado de minorías étnicas con un entorno socio-económico claramente desfavorable en comparación con el resto de la ciudad, lo que pone igualmente en peligro el derecho a la igualdad de oportunidades y la cohesión social que las Administraciones deben garantizar; encontrándose el Colegio en una situación de las que han sido calificadas por

la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia -ECRI- de "discriminatorias", al consentir y favorecer la creación de escuelas "gueto", resultando sorprendente -a juicio de la actora- que al resolver el recurso considere cumplido el principio de no discriminación por no haber dejado de escolarizar a los niños y que no se tenga en cuenta el referido informe. Finalmente, se hace referencia en la demanda a la queja presentada ante el Justicia de Aragón, cuya resolución, estando ya el recurso pendiente de señalamiento, ha sido aportada por la actora, con base en el 270 y 286 de la LEC, y del que se dio el oportuno traslado a la Administración sin que efectuara alegación alguna al respecto.

Por su parte, la Administración demandada, en su contestación a la demanda, aduce, frente a dicha pretensión principal, que basta con acudir al apartado quinto de la Orden impugnada, que se limita a aplicar el artículo 3 del Decreto 32/2007, para comprobar que la misma garantiza el acceso de forma igualitaria, al fundamentarse en requisitos objetivos, y de igual modo el apartado octavo desarrolla lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de dicho Decreto, por lo que entiende que, en puridad, la pretensión de la actora no se dirige contra la Orden sino contra el Decreto, disposición general no recurrida en forma, siendo inadmisibile la revisión que ahora se pretende al impugnar aquella que se limita a la aplicación del Decreto que debió recurrirse en su día. Añadiendo, en cuanto a la falta de establecimiento en la Orden de la proporción de alumnos con necesidad específica de apoyo educativo que debe escolarizarse en cada Centro, que con ello también se viene a impugnar el reiterado Decreto, en concreto su artículo 35.3 que se limita a aplicar la Orden en su apartado segundo 4, por lo que, en definitiva, el Decreto ha devenido en un acto firme y consentido al amparo del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional. Remitiéndose la representación de la demandada, en cuanto al fondo, a la fundamentación de la resolución recurrida, desestimatoria del recurso de reposición contra la Orden en cuestión.

**SEGUNDO.**- Lo primero que ha de ponerse de manifiesto es que carece de todo fundamento la inadmisibilidat que del recurso viene a pretender la representación de la Administración demandada en su contestación a la demanda, con base en el referido artículo 28 -a cuyo tenor "no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean

reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma"- . Y es que, como dicha representación no puede por menos de reconocer, el citado Decreto 32/2007 es una disposición general, y no un acto administrativo, por lo que mal puede alcanzar aquel, como sostiene, la condición de acto firme y consentido. No pudiendo ignorarse al respecto que, como tal disposición general, sería susceptible de impugnación al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley Jurisdiccional, al impugnarse un acto de aplicación -como lo es la Orden recurrida- con fundamento en la no conformidad a Derecho de aquella. Mas en este caso concreto, como resulta de lo expuesto, y pese a lo aducido por la Administración, la recurrente no sostiene la disconformidad a Derecho del Decreto, sino de la Orden, basándola incluso en la vulneración -además de otras- de tal disposición, en concreto de su artículo 4, que proscrib, en los procesos de admisión de alumnos, la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Si bien, pese a lo que parece entender la demandada, al invocar los apartados quinto y octavo de la Orden, así como los preceptos del Decreto que vienen a desarrollar, no se cuestiona aquí la vulneración del principio de igualdad en el acceso a centros escolares, sino en el acceso a la educación por no garantizarse la adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, en cuanto que de ella depende "la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades".

**TERCERO.**- Así mismo, antes de entrar en lo que constituye el fondo, y dadas las referencias que se efectúan por la Asociación actora en su demanda a la concreta situación de escolarización o composición del alumnado del Colegio Pio XII -con un elevado número de alumnos inmigrantes y de minorías étnicas-, resultado -se dice- de la aplicación de las Órdenes que, como la aquí impugnada, se vienen publicando, se ha de poner de manifiesto que tal situación no puede ser objeto de examen en este recurso, dado que los únicos actos objeto de impugnación y los únicos cuya nulidad se pretende, son los ya referidos en el encabezamiento y primer fundamento de esta sentencia. Lo que no obsta a que haya de admitirse que la aludida situación, fue, en efecto, motivo de una queja ante el Justicia de Aragón, que ha concluido por

resolución de 6 de julio de 2012 en la que se formula la siguiente "sugerencia" a la Administración demandada: "1.- Que, entre los solicitantes de puesto escolar par 1º de Educación Infantil de segundo ciclo en futuros procesos de admisión, la Administración educativa aragonesa adopte las medidas que estime oportunas pertinentes a fin de que la tasa de alumnado inmigrante y de minorías étnicas, en cada Centro de nuestra Comunidad, no supere el 30 % del total de la población que se escolarice en ese nivel educativo. 2.- Que, entre los solicitantes de cambio de Centro, se conceda prioridad a los alumnos inmigrantes o de minorías étnicas escolarizados en Colegios con altas tasas de este alumnado". Resolución esta del Justicia, al igual que la recomendación efectuada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia en su cuarto informe -que se adjunta a la demanda-, que, en cualquier caso, no debe desconocerse, vienen referidas a la incidencia que en la calidad de la educación, integración y en la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación pudiera tener una desproporcionada concentración de alumnado inmigrante y de minorías étnicas en unos Centros frente a otros, cuando de lo que aquí se trata es de si la Orden recurrida omite el cumplimiento de la obligación legal que invoca la actora en relación con el "alumnado con necesidad específica de apoyo educativo". Siendo manifiesto que no todos los alumnos inmigrantes, ni los de minorías étnicas, tienen encaje en tal calificación -tal y como se delimita legal y reglamentariamente, a lo que seguidamente aludiremos-, aun cuando, ciertamente, quepa admitir que gran parte, al menos en los primeros cursos de escolarización en España, puedan requerir de determinados apoyos y atenciones educativas específicas; lo que, como se afirma en la resolución recurrida, se habrá de determinar expresamente por los órganos competentes.

**CUARTO.-** Así centrado el recurso, se ha de comenzar recordando que el invocado artículo 84 de la LOE, sobre "admisión de alumnos", dispone en su apartado primero que "las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo".

El también invocado artículo 87 de la LOE, referido a "equilibrio en la admisión de alumnos", dispone en su apartado primero que "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"; y en su apartado segundo que "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...".

En desarrollo de tales preceptos -de carácter básico- el citado Decreto 32/2007 del Gobierno de Aragón, establece en su artículo 35, dentro del capítulo relativo a "escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo", los siguientes principios generales:

- "1. De conformidad con lo establecido en el art. 87 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con el fin de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, el Departamento con competencias en educación no universitaria garantizará una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.
2. Las medidas a las que se refiere este capítulo se adoptarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas y demográficas del área respectiva, así como a las de índole personal o familiar del alumnado que supongan una necesidad específica de apoyo educativo.
3. El Departamento con competencias en educación no universitaria establecerá la proporción de este alumnado que deba ser escolarizado en cada uno de los centros públicos y privados concertados. A estos efectos, en la determinación de las plazas vacantes, el Departamento podrá reservar hasta el final del periodo de matrícula hasta tres plazas por unidad escolar para la atención de estos alumnos. El Departamento con competencias en educación no universitaria, oída la comisión de garantías de admisión, podrá adaptar dicha cifra, a tenor de lo indicado en el apartado anterior.

4. En el caso de acceso a ciclos de formación profesional, se estará a lo dispuesto en el punto 5 del anexo de este decreto".

De tal normativa resulta clara la obligación de garantizar una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, entendiéndose por tal, conforme al artículo 71.2 de la LOE, el que requiere "una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar". Debiendo tenerse también presente al respecto, que, conforme al apartado segundo del artículo 1 del Decreto 217/2000, de 19 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de atención al alumnado con necesidades educativas especiales, a efectos del mismo "se calificarán de necesidades educativas especiales las del alumnado que requiera durante su escolarización o parte de ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, de sobredotación intelectual, de trastornos graves de conducta o por hallarse en situación desfavorecida como consecuencia de factores sociales, económicos, culturales, de salud u otras semejantes".

Para dar cumplimiento a tal obligación ordenada con la finalidad de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, la misma la Ley Orgánica, de modo expreso y específico, les impone a las Administraciones establecer "-establecerán", dice el art. 87- la proporción de alumnos con necesidad específica de apoyo educativo que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados. Y el Decreto del Gobierno de Aragón 32/2007, en desarrollo de tal norma, atribuye específicamente al Departamento con competencias en educación no universitaria la obligación de garantizar la adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo y de establecer la proporción de este alumnado que deba ser escolarizado en cada uno de los centros públicos y privados concertados.

Se trata de un mandato claro y preciso al que el Departamento de Educación podría haber dado cumplimiento a través de una Orden independiente de la convocatoria de los procedimientos de admisión que, conforme a dicho Decreto, debe hacer anualmente y a observar o respetar en ellos en tanto no fuese modificada. Lo cierto es que ello no ha sido así, por lo

que necesariamente, para cumplir la obligación legal y reglamentaria impuesta y, en definitiva, garantizar la adecuada y equilibrada escolarización del alumnado en cuestión en el concreto curso escolar para el que se convocaba el procedimiento de admisión por la Orden aquí recurrida, debía establecer la proporción de este alumnado a escolarizar en cada uno de los centros públicos y privados concertados. El no hacerlo implica desconocer e incumplir el mandato legal impuesto, posibilitando una distribución desproporcionada del alumnado en cuestión entre los Centros públicos y privados concertados.

Sin que frente a lo expuesto pueda aceptarse lo que se viene a alegar por la Administración, de que se da cumplimiento a la obligación impuesta mediante la reserva prevista en la Orden -en el número 4 de su apartado segundo, de reserva de tres plazas por unidad para atender al alumnado precisado de apoyo educativo-. Como alega al Asociación recurrente, tal reserva ni da respuesta a tal obligación, ni la sustituye. Y es que, en efecto, la reserva ya se contempla en la Ley Orgánica, en el apartado segundo del reiterado artículo 87, pero no como modo o forma de cumplir el mandato de establecer la proporción, impuesto en su apartado primero, sino como medio que posibilita la Ley para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado. De manera que, una vez establecida la proporción que se estime adecuada, pueda llevarse a cabo la escolarización.

Por todo lo cual, y sin necesidad de entrar en el examen de la pretensión que con carácter subsidiario se articula en la demanda, procede, con estimación del recurso, declarar la nulidad de la Orden impugnada de 11 de marzo de 2011, en cuanto incumple la obligación impuesta en los artículos 84 y 87 de la LOE, y condenar a la Administración demandada a fijar una proporción concreta de alumnos con necesidad específica de apoyo educativo que han de escolarizarse en cada uno de los Centros públicos y privados concertados.

**QUINTO.-** No hay motivos que determinen un especial pronunciamiento en cuanto a costas.

## FALLO

**PRIMERO.-** Con estimación del recurso contencioso-administrativo número 448 del año 2011, interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE MADRES Y PADRES DE ALUMNOS DEL COLEGIO PÚBLICO DE ENSEÑANZA**

**DE EDUCACIÓN INFANTIL Y PRIMARIA PÍO XII DE HUESCA,**

declaramos la nulidad de la Orden impugnada de 11 de marzo de 2011, en cuanto incumple la obligación impuesta en los artículos 84 y 87 de la LOE, y condenamos a la Administración demandada a fijar una proporción concreta de alumnos con necesidad específica de apoyo educativo que han de escolarizarse en cada uno de los Centros públicos y privados concertados.

**SEGUNDO.-** No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.