

Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 30 de Marzo de 2012

Ponente: CELSA PICO LORENZO

Número de Recurso: 94/2010

Procedimiento: CONTENCIOSO

Resumen:

INAPLICACIÓN DE NORMAS POR TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA. INTERÉS GENERAL. DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR. DERECHO DE LOS PADRES A QUE SUS HIJOS RECIBAN FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL ACORDE A SUS PROPIAS CONVICCIONES.

Resolución estimatoria de recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la recaída en procedimiento ordinario, en virtud de la cual se desestimaba reclamación formulada por unos padres, en nombre de su hijo menor de edad, contra Acuerdo del Titular de un centro escolar concertado de Sevilla, por el que se publicaba la relación de alumnos admitidos y no admitidos para primer curso de Educación Primaria, en curso escolar 2008/2009.

El Alto Tribunal considerando doctrina gravemente dañosa para el interés general exigido por el art. 100.1 LJA, la inaplicación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- con fundamento en el art. 27 apartados 1 y 3, de una disposición legal sin cuestionar su constitucionalidad, con grave quebranto del equilibrio en la admisión de alumnos requerido por el legislador.

En esa consideración, el Alto Tribunal fija doctrina legal al respecto considerando no es posible el aumento judicial de la ratio máxima de 25 alumnos por aula, establecida para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos, ex art. 157.1a) L.O. de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar -art. 27.1 CE- ni en el derecho de los padres a que los hijos en la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones -art. 27.3 CE- ya que es doctrina constitucional considerar que esos derechos carecen de un carácter absoluto debiendo ser ejercitados con respeto a la ratio legalmente establecida.

En todo caso, la discrepancia respecto al contenido de un precepto legal no permite su inaplicación por los Tribunales ordinarios de Justicia sino, en su caso, el planteamiento de la correspondiente cuestión de constitucionalidad, en el caso respecto al ámbito de los arts. 27.1 y 3 CE en relación con el art. 157.1.a) de la LO 2/2006, cuya estimación corresponderá al Tribunal Constitucional.

Legalmente el desarrollo del art. 27.1.3 CE se encuentra modulado por el legislador limitando el nº de plazas escolares por aula. De tal modo, que la calidad de enseñanza se puede ver seriamente comprometida de seguirse la tesis expuesta, ya que en tal caso la posibilidad de que los límites máximos de alumnos por aula se pudieran ver superados so pretexto de la invocada vulneración de derechos fundamentales, convertiría la excepción (existencia de un límite máximo que únicamente puede ser superado en los supuestos previstos en el artículo 87.2 LO 2/2006) en la regla general, que podría ser rebasada de modo ilimitado, hasta llegar, al menos teóricamente, hasta el infinito.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de Marzo de 2012.

Visto el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de 10 de junio de 2010, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 2 de febrero de 2010, recaída en el procedimiento ordinario 709/2008, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Sevilla, en el que se impugnaba la Resolución de 4 de julio de 2008, dictada por la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Educación, en virtud de la cual se desestima la reclamación formulada contra el Acuerdo del Titular del centro escolar concertado San Antonio María Claret de Sevilla, por el que se publicaba la relación de alumnos admitidos y no admitidos en el primer curso de Educación Primaria en el citado centro escolar para el curso escolar 2008/2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de junio de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, se dictó Sentencia por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 2 de febrero de 2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Sevilla en el procedimiento allí seguido con el nº de registro 709/2008, la cual confirma en su integridad.

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia en debida forma, por la Letrada de la Junta de Andalucía, mediante escrito de 14 de octubre de 2010, se interpuso recurso de casación en interés de Ley. Comparecen ante la Sala el Abogado del Estado, en la representación que le es propia que comparece en concepto de recurrida.

TERCERO.- En 17 de junio de 2011 se ordenó la remisión de los autos al Ministerio Fiscal para la emisión en el plazo de 10 días del preceptivo dictamen, lo que fue cumplimentado en tiempo y forma.

Concluida la tramitación del presente recurso de casación en interés de ley, por providencia de 10 de febrero de 2012 se señaló para el día 20 de marzo de 2012 para su votación y fallo, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La letrada de la Junta de Andalucía interpone recurso de casación en interés de la ley contra la Sentencia de 10 de junio de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 2 de febrero de 2010, recaída en el procedimiento ordinario 709/2008, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Sevilla, en el que se impugnaba la Resolución de 4 de julio de 2008, dictada por la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Educación, en virtud de la cual se desestima la reclamación formulada, entre otros, por D. Javier y Doña María Esther en nombre de su hijo menor de edad, Leonardo, contra el Acuerdo del Titular del centro escolar concertado San Antonio María Claret de Sevilla, por el que se publicaba la relación de alumnos admitidos y no admitidos en el 1º curso de Educación Primaria en el citado centro escolar para **el curso escolar 2008/2009.**

Arguye que la sentencia no es susceptible ni de recurso de casación ordinario ni de unificación de doctrina así como que es gravemente dañosa para el interés general.

Recalca que no constituye un supuesto aislado sino la doctrina reiterada de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ Andalucía con sede en Sevilla.

En tal sentido acompaña como ejemplo, la Sentencia de 30 de noviembre de 2007, recurso nº 174/06, Sentencia de 29 de abril de 2010 (recurso de apelación 167/10), así como las Sentencias de 19 de mayo y 4 de junio de 2010 (recursos de apelación 173/10 y 247/10 respectivamente).

Insiste en que el quebranto del interés general resulta de la inaplicación por el órgano judicial del

art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece una ratio máxima para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos de 25 alumnos por aula. Aduce que la Sentencia dictada inaplica dicho límite legal, sin que el órgano judicial haya cuestionado la constitucionalidad de la norma preterida como prevé el art. 5.2 LOPJ.

Resalta que *la Sentencia impugnada entiende procedente el aumento de la ratio legal como medio de lograr la admisión de menores en el centro escogido por los padres y cuyo ideario responde a la formación moral y religiosa que aquéllos pretenden para sus hijos.*

Invoca que la única excepción legal a la ratio es la prevista en el art. 87.2 de la Ley Orgánica 2/2006, que permite a las Administraciones Educativas autorizar un incremento de hasta un 10% dentro del nº máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía.

Sostiene que la inaplicación de una prescripción legal de carácter imperativo, evidencia por el daño causado al interés general, en cuanto supone obviar los mandatos de una Ley Orgánica vinculante.

Añade causa perjuicio al funcionamiento del servicio público educativo mediante ese incremento no permitido legalmente y perjuicio a los menores participantes en el proceso de escolarización.

Finalmente destaca el perjuicio para el interés general que provoca el pronunciamiento desde una perspectiva económica, por cuanto obliga a la admisión de alumnos por encima de la ratio en centros sostenidos con fondos públicos, lo que conlleva la necesidad de dotar económicamente una nueva plaza escolar por encima del límite fijado legalmente, existiendo otras plazas ya cubiertas económicamente y vacantes en otros centros igualmente financiados con fondos públicos.

Como doctrina legal propone *"No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones, pues, conforme a la doctrina constitucional, esos derechos carecen de un carácter absoluto y, en todo caso, la inaplicación de una norma legal por los Tribunales ordinarios de Justicia requiere del planteamiento de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ex art. 5.2 LOPJ y su estimación por el Tribunal Constitucional.*

Tampoco la interpretación de las normas con arreglo a los preceptos y principios constitucionales que impone el art. 5.1 LOPJ permite que por el órgano judicial se inaplique la ratio máxima fijada por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pues ello implica una Interpretación ajena al verdadero contenido de los derechos consagrados en los arts. 27.1 y 3 CE según la doctrina constitucional y, además, la facultad judicial de interpretación de las normas en ningún caso puede suponer la inaplicación de la norma interpretada, mediante un aumento de la ratio no permitido por la misma".

Con invocación del art. 27.1. y 3, art. 157.1. a) LO 2/2006, 84.2 LO 2/2006, RD 1004/1991, de 14 de junio, decreto autonómico 53/2007, de 20 de febrero, 32.7 Orden de 24 de febrero de 2007, STS de 21 de julio de 2000, Sentencia de 24 de junio de 1994, concluye en la imposibilidad legal de aumento judicial de la ratio en los centros sostenidos con fondos públicos con fundamento en los derechos a la libre elección de centro escolar (art. 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que se encuentra acorde a sus convicciones

(art. 27.3 CE), pues esos derechos no son absolutos, sino que los mismos han de ejercitarse con respeto a la ratio legalmente establecida.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado se adhiere a las alegaciones formuladas por la Junta de Andalucía, dado que la legitimidad constitucional de la ratio máxima de alumnos por aula fijada por el legislador en el artículo 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sólo puede ser puesta en cuestión por el Tribunal Constitucional, quedando vedada tal posibilidad para los tribunales ordinarios.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal pide en 1º lugar la inadmisibilidad del recurso.

Expone, que el eje central gira alrededor de la interpretación del art. 157.1. a) LO 2/2006, que presenta un texto cuyo contenido es claro como para no requerir de fijación de doctrina legal.

Razona que, el precepto de referencia destaca el mandato dirigido a las Administraciones Educativas para que provean los recursos necesarios para garantizar en el proceso de aplicación de dicha Ley: *"a) Un número máximo de alumnos por aula que en la enseñanza obligatoria será de 25 para la educación primaria y de 30 para la educación secundaria obligatoria"*, estando complementado dicho precepto por el artículo 87.2 de la mencionada Ley, que introduce una única excepción.

A su entender, el problema que se suscita es que el Tribunal "a quo", introduce un juicio de proporcionalidad entre los bienes constitucionalmente protegidos y los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 27, apartados 1º y 3º CE, llegando a una decisión final de otorgar prevalencia a estos últimos sobre los anteriores.

Añade, que de entrar la Sala en el fondo acepta la existencia de grave daño al interés general al existir otros pronunciamientos judiciales similares así como que tal solución judicial puede lesionar el principio de igualdad ante la ley al permitir límites intolerables en la ratio de alumnos así como un sobrecosto económico innecesario dada la existencia de vacantes en otros centros.

También acepta que la tesis de la sentencia es errónea a la vista de la STS de 21 de julio de 2000.

Subraya que la STS de 21 de julio de 2000, estimó el recurso de casación 2923/1953 interpuesto por la Administración del Estado contra otra precedente sentencia de la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en la que, al igual que lo acontecido en el proceso judicial del que trae causa el presente de casación en interés de la Ley, la Sala de instancia había acogido el recurso interpuesto por los padres de un alumno, en atención a que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales de referencia.

Recalca que la Sala declaró con total rotundidad que la Administración educativa, ni había incurrido en la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, ni tampoco en el del derecho a la elección de centro docente.

Señala que el pronunciamiento judicial de referencia, con eco de otros muchos anteriores en el mismo sentido, aludía a una anterior normativa legal (la contenida en la LO. 1/1990, de 3 de octubre de Orientación General del Sistema Educativo) pero los términos en que se expresaba aquélla son los mismos que los del precepto legal ahora objeto de interpretación.

Recalca que la tesis jurisprudencial sostenida entonces por el Tribunal Supremo no ha sido modificada, afirmándose al respecto que los derechos fundamentales invocados no son absolutos. Añade que la calidad de la enseñanza se puede ver seriamente comprometida de seguirse la tesis expuesta, porque en tal caso, la posibilidad de que los límites máximos de alumnos por aula se pudieran ver superados so pretexto de la invocada vulneración de los derechos fundamentales citados, convertiría la excepción (existencia de un límite máximo que únicamente puede ser superado en los supuestos previstos en el artículo 87.2 LO 2/2006) en la regla general, que podría ser rebasada de modo ilimitado, hasta llegar, al menos teóricamente, hasta el infinito.

CUARTO .- Sentado el marco del debate conviene insistir en que la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia 16 de marzo de 2011, recurso 53/2009, y Sentencia de 24 de febrero de 2010, recurso 3/2009 (más la allí citadas) reitera que el recurso extraordinario de casación en interés de la Ley,

de acuerdo con el art. 100 LJCA 1998 , está dirigido exclusivamente a fijar doctrina legal o jurisprudencia cuando quien está legitimado para su interposición estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

Nos hallamos frente a un remedio excepcional y subsidiario, esto es, solo factible cuando la sentencia impugnada tenga carácter de firme por no haber contra ella recurso de casación, tanto en su modalidad ordinaria, como en la de "para unificación de doctrina" que recoge el art. 100.1 LJCA en el que no cabe otra cosa distinta que establecer la doctrina de esta Sala respecto al concreto pronunciamiento de la Sala de instancia.

En consecuencia, además de los requisitos formales y procesales (legitimación e interposición dentro de plazo acompañada de la certificación de la sentencia que se impugna) exigidos por el artículo 100.1 y 3 LJCA , el recurso de casación en interés de la Ley requiere ineludiblemente que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, así como que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule.

Otra característica esencial es que no afecta a la situación particular de la sentencia recurrida pues el fallo deviene inalterable.

De no concurrir todas las circunstancias que acabamos de mencionar no resulta viable el recurso de casación en interés de la ley.

Este Tribunal ha venido entendiendo (sentencia de 27 de marzo de 2006, rec. casación 3/2005, con cita de otras) que la finalidad del recurso ahora considerado no es otra que la de evitar la perpetuación de criterios interpretativos erróneos cuando resulten gravemente dañosos para los intereses generales. Daño que, por lo tanto, es preciso justificar pues si no se justifica que la sentencia es gravemente dañosa para el interés general no prospera (sentencias 9 de diciembre 2010, rec 49/2008 y 13 de diciembre de 2010, rec 15/2007) lo que puede acontecer cuando se trata de un supuesto aislado que no se evidencia pudiera repetirse (sentencia de 23 de noviembre de 2007, recurso 45/2006).

Ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido fijada por este Tribunal Supremo en sentencias dictadas en recursos en interés de ley (Sentencias de 8 de octubre de 2003, rec. casación 197/2001).

La desestimación de un recurso de casación en interés de ley no crea propiamente doctrina legal pero el pronunciamiento desfavorable que incorpora dicha resolución marca un determinado criterio en relación con las doctrinas propuestas (sentencia de 4 de julio de 2005, recurso 91/2003)

Tampoco cabe proponer aquella que resulte inútil por su obviedad de forzoso acatamiento (Sentencias de 19 de diciembre de 1.998, recurso 10340/1997) al constituir reproducción prácticamente literal de lo dispuesto en la norma (sentencia de 16 de marzo de 2005). Otro tanto cuando se trata de resoluciones dictadas en supuestos de hecho infrecuentes y de difícil repetición (Sentencia de 23 de noviembre de 2.007, rec. 45/2006), también cuando se aprecie una evidente desconexión con lo afirmado en la resolución impugnada pretendiéndose la decisión interpretativa de una norma cuya aplicación no se ha planteado ante el Tribunal de instancia (sentencia de 25 de febrero 2009, rec. 38/2007), o cuando no guarda relación directa con el objeto del proceso de instancia (Sentencia de 18 de mayo de 2004, rec. 73/2002).

No cabe pretender la transformación de un órgano decisorio como el Tribunal Supremo en órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo (Sentencia de 16 de diciembre de 1.998,

rec. 6883/1997), en aras a agenciarse una doctrina general de carácter preventivo, de escasa o nula conexión con el supuesto concreto debatido, pero que pueda funcionar como clave de la anulación o convalidación de otras actuaciones administrativas posteriores (Sentencia de 28 de abril 2004, rec. 104/2002).

Por último, subrayar que en la reciente Sentencia de 19 de marzo de 2012 el Tribunal Constitucional ha dicho que *"la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Supremo sentada en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de ley vincula a los órganos judiciales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional cuando hayan de resolver asuntos en los que resulte aplicable la disposición sobre la que ha recaído esa interpretación vinculante, por imperativo legal, del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales art. 123.1 CE). Sin embargo, no por esa vinculación queda abolida o cercenada en tales supuestos la independencia judicial de los órganos judiciales inferiores en grado" (FJ7º).*

También en el FJ 7º de la antedicha STC de 19 de marzo de 2012 declara "que los Jueces o Tribunales de grado inferior no vienen compelidos sin más remedio y en todo caso a resolver el litigio sometido a su jurisdicción ateniéndose al contenido del precepto legal aplicable que resulta de esa interpretación vinculante del Tribunal Supremo, si estiman que esa interpretación dota al precepto legal de un contenido normativo que pudiera ser contrario a la Constitución. En efecto, también la independencia judicial queda reforzada mediante la cuestión de inconstitucionalidad que el órgano judicial inferior en grado siempre podrá plantear ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE , arts. 35 y 36 LOTC y art. 5.2 LOPJ) respecto de ese precepto legal cuyo contenido normativo ha sido concretado de manera vinculante para ese órgano judicial por una sentencia del Tribunal Supremo en interés de ley, por imperativo de lo dispuesto por el legislador en el art. 100.7 LJCA . Cuestión de inconstitucionalidad que cumple, por lo demás la función de resolver la doble vinculación del Juez a la Constitución y a la ley, de manera que no puede apartarse de esta última, pero tampoco dejar de estar sometido en mayor grado a la primera, y por ello, si considera que la ley aplicable en el proceso es inconstitucional, no está obligado a aplicarla, pero habrá de plantear en ese caso la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la misma".

Vemos, pues, cuales son las facultades de cualquier órgano judicial y el sentido del recurso de casación en interés de ley.

QUINTO.- Teniendo en cuenta la doctrina expuesta debemos despejar lo 1º si el recurso es inadmisibile o no tal cual peticiona el ministerio fiscal.

Resulta certera la afirmación del ministerio fiscal acerca de la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2000 bajo la vigencia de la LO 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo y su pronunciamiento acerca de la imposibilidad de flexibilizar la ratio de 25 alumnos por aula respecto de la Educación primaria obligatoria y de 30 respecto de la Educación Secundaria.

Razonamiento que encontraba su apoyo legal en la Disposición Adicional Tercera, 3.a), de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo que establecía en aras a garantizar la necesaria calidad de la enseñanza *" un nº máximo de alumnos por aula, que en la enseñanza obligatoria será de 25 para la educación primaria y de 30 para la educación secundaria obligatoria".*

Y se encontraba complementado por la Orden Ministerial de 27 de abril de 1992 sobre la implantación de la Educación Primaria, cuyo apartado Tercero establecía:

" 1. Los Centros docentes previstos en el punto 1º de esta Orden que estén sometidos con fondos públicos matricularán para el curso escolar 1992-93 un máximo de 25 alumnos por unidad, en el 1º curso de Educación Primaria. Esta obligación se extenderá en el curso 1993-94, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 986/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el calendario de la nueva ordenación del sistema educativo.

2. Lo anterior, se entiende sin perjuicio, en el caso de Centros docentes privados autorizados como

Centros de Educación Primaria, de atenerse a la capacidad máxima establecida en las correspondientes Órdenes por las que se autorizó su apertura y funcionamiento.

3. La obligación a que se refieren los apartados anteriores se entenderá cumplida aunque como consecuencia de la permanencia de los alumnos durante un año más en un determinado ciclo por no haber alcanzado los objetivos previstos, el número de alumnos por aula exceda de 25.

4. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 17, 3, del Real Decreto 986/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo podrá aplazarse el cumplimiento de la obligación de matricular un nº máximo de 25 alumnos por unidad, en el 1º curso de educación primaria, en función de la planificación efectuada.

5. Los Centros docentes a que se refiere el punto 1º de esta Orden que no estén sostenidos con fondos públicos dispondrán hasta el fin del curso 1999-2000 para alcanzar el nº máximo de alumnos por aula al que se refiere el apartado 1 de este punto.

SEXTO.- Avanzando más observamos que como también aduce el ministerio fiscal, la normativa vigente es la LO 2/2006, de 3 de mayo, LO de Educación cuyo artículo 157.1 tiene un contenido similar al precedente al sentar que " 1. Corresponde a las Administraciones educativas proveer los recursos necesarios para garantizar, en el proceso de aplicación de la presente Ley :

a. Un nº máximo de alumnos por aula que en la enseñanza obligatoria será de 25 para la educación primaria y de 30 para la educación secundaria obligatoria.

Sin embargo sucede que, tal cual invoca la administración autonómica recurrente, y reconoce el Ministerio Fiscal, la vigente LOE contiene el art. 87 y su excepción legal sobre Equilibrio en la admisión de alumnos que en el apartado 2º estatuye:

"2. Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo las Administraciones educativas podrán reservar hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados. Asimismo, podrán autorizar un incremento de hasta un 10 % del nº máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía."

Tenemos, pues, que legalmente el desarrollo del art. 27.1.3 CE se encuentra modulado por el legislador limitando el nº de plazas escolares por aula.

Y ante la posibilidad de que un determinado centro docente sostenido con fondos públicos pueda solicitarse la admisión de un nº de alumnos superior al de plazas ofertadas, fija unos criterios objetivos de selección, que determina que sólo las solicitudes mejor puntuadas, accederán a las plazas ofertadas, en lo que constituye un auténtico procedimiento concurrencial.

Así el art. 84.2 de la Ley Orgánica 2/2006 establece que:

"Cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de hermanos matriculados en el centro o padres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres o tutores legales, rentas anuales de la unidad familiar, atendiendo a las especificidades que para su cálculo se aplican a las familias numerosas, y concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 de este artículo".

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

SÉPTIMO.- Recordemos que en la STC 5/1981, de 13 de febrero, recurso de inconstitucionalidad 189/1980 frente a la LO 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares se dijo que *" El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3. de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales , aunque también es obvio que la elección de centro sea un modo de elegir una determinación formación religiosa y moral". FJ8.*

Previamente, FJ7, había declarado en la misma sentencia que *" Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador".*

Posteriormente en la STC 77/1985, de 27 de junio al examinar el recurso de inconstitucionalidad previo 180/1984 contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, LODE, se acepta, con base en el art. 27 CE, que ante la insuficiencia de plazas, en los centros públicos y en los centros concertados se apliquen unos criterios prioritarios de selección. Se añade que se establecen criterios objetivos que *" impiden, caso de insuficiencia de plazas, una selección arbitraria por parte de los Centros públicos y concertados "* FJ 5º.

Se entendía, pues, que no cabía deducir un derecho constitucional a ocupar una plaza en un centro docente caso de insuficiencia de plazas.

Y la Disposición final primera de la LO 2/2006 confiere nuevo redactado al art. 4 de la LO 8/1985 , reguladora del derecho a la Educación, reconociendo como derecho el recibir una educación, con la máxima garantía de calidad, así como escoger centro docente y a recibir formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

Y en el ATC 333/1997, de 13 de octubre, bajo la vigencia de la LODE se afirma que el derecho fundamental regulado en el art. 27.1. CE, *" según declaramos en el ATC 382/1996, comprende prima facie la capacidad de optar entre los centros existentes, sean públicos o privados, aunque naturalmente, el acceso efectivo al elegido dependerá de si se satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos.....," (FJ 4).*

La limitación, por prescripción legal, de la ratio de alumnos por curso ha gozado, pues, de cobertura en la interpretación constitucional.

Significa, por tanto, que cualquier discrepancia con tal regulación habría de comportar el planteamiento de cuestión de constitucionalidad mas no una interpretación que llevara aparejada la preferencia de los derechos de los padres sobre la regulación legalmente establecidas so pretexto de una lesión de derecho constitucional que el máximo intérprete no ha reputado absoluto.

OCTAVO.- Resulta relevante y por otro lado se dijo por esta Sala y Sección en la Sentencia de 3 de junio de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina 35/2007, reiterándose en la de 16 de marzo 2011, rec. 53/2009, el hecho de que sobre la materia objeto de recurso tengan atribuida la competencia los Juzgados de lo contencioso-administrativo, órgano jurisdiccional que dictó la resolución confirmada por la Sala de lo Contencioso al resolver el recurso de apelación. Significa que sus pronunciamientos no serán examinados en un recurso de casación ordinario por lo que difícilmente cabrá manifestarse acerca de si siguen o no la doctrina apropiada.

A ello debe añadirse qué se plantea el recurso alrededor de la interpretación de una norma con rango de Ley Orgánica que se inaplica sin plantear cuestión de constitucionalidad.

Por otro lado, es evidente que la doctrina sentada en la sentencia que se invoca de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, reiterada en otras muchas cuya existencia no solo aduce la administración autonómica recurrente sino que explicita el propio FJ 3º de la sentencia cuestionada, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala bajo la regulación legal precedente.

Así en la Sentencia de 21 de julio de 2000, recurso de casación 2923/1993, bajo la vigencia de la LOGSE se anuló un pronunciamiento de instancia similar al aquí cuestionado. Se insistió en "la jurisprudencia de esta Sala elaborada al decidir sobre supuestos *esencialmente idénticos, contenida, entre otras, en sus sentencias de 3 de diciembre de 1993 (dictada en el recurso de casación número 2056 de 1992), 14 de diciembre de 1994 (recurso de casación 331 de 1993), 3 de marzo de 1995 (casación 2251/92), 9 de octubre de 1995 (dos) (casaciones 2065 y 2068 de 1992), 26 de diciembre de 1995 (casación 2074/92), 5 de marzo de 1996 (casación 2066/92) y 20 de diciembre de 1996 (casación 2067/92), o sobre supuesto no distinto en lo relevante, como lo era el contemplado en la sentencia de 5 de octubre de 1999 (recurso de apelación número 2066 de 1992).*"

En la antedicha Sentencia de 21 de julio de 2000 se manifestaba la existencia de previsiones en el ordenamiento jurídico que respaldaban la actuación de la Administración Educativa en Cantabria allí cuestionada en orden a no flexibilizar la "ratio" establecida.

Así se insistía en:

"a) el deber de procurar a todos los escolares una enseñanza de similar calidad y, por ende, de no mantener circunstancias que siendo racionalmente eludibles la disminuyan para algunos de ellos, lo cual habría acontecido sin adoptar la decisión controvertida, ya que entonces todos y cada uno de los alumnos de la unidad del Centro Concertado habrían soportado el déficit de calidad inherente a un mayor número que el que aquella decisión dispuso, sin necesidad, y con agravio comparativo respecto a la situación de los matriculados en las unidades de los Centros públicos;
b) el deber de economía o eficiencia, en los términos que derivan de lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Constitución, que conlleva el de máxima consecución de los objetivos al mínimo coste posible y, por ende, el de la programación, asignación y utilización racional y equitativa de los recursos públicos disponibles, siempre escasos, y que veda por tanto el que con ellos se sufragen situaciones racionalmente eludibles; y
c) el deber de eficacia a que alude el artículo 103.1 de la Constitución, que compele a la Administración a que su actuación se encamine diligentemente a la obtención de los resultados queridos por el ordenamiento jurídico.

Previamente la Sentencia de 9 de octubre de 1995, recurso de casación 2068/1992, también respecto de la LO 1/1990 y el ámbito territorial de Cantabria sentó en su FJ 3º que " *el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, pero ese derecho no es absoluto, siendo constitucionalmente válido que los poderes públicos, en su deber de programación de la enseñanza, garanticen la calidad de la misma estableciendo una "ratio" alumno/unidad, como lo hizo la disposición adicional 3ª, 3a), de la Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, en la que se fijó un número máximo de 25 alumnos por aula en la Educación Primaria obligatoria y de 30 alumnos en la Educación Secundaria.*

También es constitucionalmente válido que para no sobrepasar esa "ratio" se fijen criterios de admisión en el Centro, sin que en ninguno de los dos casos se pueda considerar vulnerado el derecho a la elección de Centro, que en principio pueden ejercitar los padres, siendo cosa distinta que el mismo pueda ser satisfecho en función de la existencia o no de plazas."

NOVENO.- El pronunciamiento de esta Sala de fecha 21 de julio de 2000 se centró no sólo en otra norma legal sino que el recurso de casación ordinario también tuvo en cuenta, respecto a las excepciones a la ratio, una disposición reglamentaria de ámbito temporal limitado.

En cambio, en el momento presente, la excepción específica sin limitación temporal viene consignada en norma con rango de Ley.

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

Además la contraposición de ambas normas muestra que la derogada LOGSE contenía 67 artículos más 19 Disposiciones Adicionales, 9 disposiciones Transitorias y 4 Disposiciones finales, mientras la vigente LOE comprende 157 artículos, 32 disposiciones Adicionales, 19 disposiciones Transitorias, 1 disposición Derogatoria única y 8 disposiciones Finales lo que muestra no constituyen exactamente una repetición una de la otra.

No son equiparables la disposición en su momento interpretada y aquella sobre la que ahora gira la controversia si se engarzan con las normas concordantes por lo que decae la inadmisibilidad pretendida por el Ministerio Fiscal.

DÉCIMO.- Todo lo anterior comporta la consideración de doctrina gravemente dañosa para el interés general exigido por el art. 100.1 LJCA en razón de que con fundamento en los apartados 1 y 3 del art. 27 CE la Sala de lo contencioso Administrativo del TS de Andalucía, con sede en Sevilla, deja de inaplicar una disposición de rango legal sin cuestionar la constitucionalidad de la norma con grave quebranto del equilibrio en la admisión de alumnos querido por el legislador.

Una vez determinado que en el caso de autos concurren los presupuestos exigidos por el artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción para la viabilidad del recurso de casación en interés de la Ley, procede estimarlo y respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, corresponde señalar la doctrina legal que sea procedente.

Si atendemos a todo lo relatado en los Fundamentos precedentes resulta prosperable parcialmente la pretensión de la Junta de Andalucía en razón de que no cabe inaplicar una norma sin suscitar cuestión de constitucionalidad.

Así se acepta como doctrina legal que "***No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones***".

Se rechaza lo consignado a continuación en la propuesta.

La referencia a que conforme a la doctrina constitucional, los antedichos derechos carecen de un carácter absoluto y, en todo caso, la inaplicación de una norma legal por los Tribunales ordinarios de Justicia requiere del planteamiento de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad conforme al art. 5.2 LOPJ y su estimación por el Tribunal Constitucional constituye la justificación de la doctrina mas no la doctrina misma.

Tampoco se acepta la segunda propuesta. Ya hemos dicho que la discrepancia respecto al contenido de un precepto legal no permite su inaplicación sino, en su caso, el planteamiento de la correspondiente cuestión de constitucionalidad respecto al ámbito de los arts. 27.1 y 3 CE en relación con el art. 157.1.a) de la LO 2/2006 .

UNDÉCIMO.- No hay méritos para un pronunciamiento sobre costas, art. 139 LJCA .

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia de 10 de junio de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 2 de febrero de 2010, recaída en el procedimiento ordinario 709/2008, se fija la siguiente doctrina legal:

"No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones".

Todo ello con respeto de la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y sin hacer expresa imposición de costas.

Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-**

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico