

D. Juan Jose López Marinas
C/ San Vicente 65-1º-1ª

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION 2**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº: 2 /001365/2008-ELI
N.I.G: 46250-33-3-2008-0006834**

SENTENCIA Nº 000900/2012 de fecha 19/10/2012.

NOTIFICADO
EN FECHA 6/11/12

NOTIFICACIÓN

En

VALENCIA

a

Por la presente se notifica al Procurador Don/Doña **ESPERANZA ALONSO** en nombre y representación de **FEDERACION CENTROS DE ENSEÑANZA DE VALENCIA** mediante entrega de copia literal y a través del Colegio de Procuradores, con arreglo al art. 272.2 de la LOPJ, la Sentencia dictada en los presentes autos, con indicación de que no es firme y contra ella cabe **RECURSO DE CASACION** ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de **DIEZ** días y en la forma que previene el art. 89 de la LJCA; doy fe.

EL/A SECRETARIO/A

TSJ de Valencia

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª

Procedimiento Ordinario 1365/2008

Presidente

D. Miguel Soler Margarit

Magistrados

D. Rafael S. Manzana Laguarda

D. Ricardo Fernández Carballo - Calero

NOTIFICADO
EN FECHA 6/11/12

VISTO, por la Sección Segunda de este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº 1365/2008, promovido por la CONFEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PADRES Y MADRES DE ALUMNOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA "GONZALO ANAYA", en el que han sido partes, la actora, representada por la procuradora de los Tribunales Esperanza de Oca Ros y defendida por el la Letrada Sofía García Solís, y como demandada la Administración Autonómica Valenciana, actuando a través de sus servicios jurídicos.

Comparecen en calidad de codemandadas la CONFEDERACIÓN DE PADRES DE ALUMNOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (CONCAPA-CV) representada por el Procurador de los Tribunales Matías Giménez Babiloni y la FEDERACIÓN DE CENTROS DE ENSEÑANZA (FECEVAL) representada procesalmente por la Procuradora de los Tribunales Esperanza Alonso Gimeno.

Valencia, 19 de octubre de 2012

SENTENCIA 900/2012

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo el Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios, objeto de oficial publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana nº 5738, de 9 de abril de 2008.

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso por escrito registrado en 6 de junio de 2008 y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al recurrente para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito registrado en fecha 29 de julio de 2008, con ocasión de la cual suplica, tras argumentar, sea dictada sentencia

Esperanza Alonso Gimeno
Licenciada en Derecho
Procurador de los Tribunales
Periodista Azzati nº 5 - 6º - 1ª A
Tel. 96 351 91 33 - Fax 96 351 83 30
46002 - VALENCIA

por la que estimando la demanda se disponga "declarar nulos y sin efecto los preceptos del Decreto 39/2008, de 4 de abril del Consell, ahora impugnados por resultar contrarios al Ordenamiento Jurídico."

Contestó a la demanda, el letrado de la administración demandada, mediante escrito registrado en fecha 28 de octubre de 2008, y, tras alegar oportunamente, suplicó el dictado de sentencia "declare la desestimación del recurso presentado y la conformidad a derecho del Decreto impugnado".

Contestaron igualmente las codemandadas haciéndolo CONCAPA-CV mediante escrito registrado en 10 de diciembre de 2008, postulando, tras argumentar, "el dictado de sentencia declarando la desestimación del recurso presentado" y FECEVAL, a través de escrito registrado en 3 de febrero de 2009, interesando, tras argumentar, fuere dictada sentencia "por la que se declare la desestimación de este recurso, declarando ser ajustado a derecho el Decreto impugnado, con expresa imposición de las costas de este proceso al demandante".

TERCERO.- La cuantía del recurso fue establecida como indeterminada en virtud de auto de 19 de febrero de 2009.

CUARTO.- Quedaron los autos pendientes para deliberación y fallo, siendo señalada como fecha para tal actuación el 26 de septiembre de 2012.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las sustanciales prescripciones legales.

Ha sido ponente el magistrado Ricardo Fernández Carballo – Calero, expresando el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una vez identificado el objeto del presente recurso contencioso-administrativo, como el Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios, objeto de oficial publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana nº 5738, de 9 de abril de 2008, ha de ponerse de relieve que la demandante sostiene su pretensión, básicamente conforme a las siguientes argumentaciones: **1º)** Impugnación del Art. 1.b) en relación con los Títulos II, IV, V y VI del Decreto, por contravenir tal regulación, los principios de competencia y jerarquía normativa conforme a la necesaria exigencia de ley (que adjetiva como orgánica) entendiéndose igualmente vulnerada la normativa básica estatal con singular referencia a Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en lo sucesivo); **2º)** Impugnación de los Arts. 9 y 10 puesto este último en relación con el Art.36.1.f), por contravención de lo dispuesto en los Arts. 73 y 74 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE); **3º)** Impugnación del Art.33 al entender vulnera los Arts. 20.1 y 28.1 de la LOE; **4º)** Impugnación del Art.34 en sus apartados 2,3,4,5 y 8; apartado 6 en cuanto a su inciso final, a partir de la expresión "así como a los alumnos..."; apartado 7 en lo atinente a la expresión "y la autorización de los

padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos o las alumnas”, entendiéndose vulneran el Artículo Octavo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.(en adelante LODE), el Art. 1 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, el Art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el Art. 15 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990); 5º) Impugnación de “todas las previsiones y referencias que se hacen a las denominadas “medidas correctoras” dentro del Título III (Arts. 28.1; 29.1,3 y 4; 30.1 y .2; 35; 36; 38.2, 39 y 40.2) por vulneración de las bases y principios de la potestad administrativa sancionadora; 6º) Impugnación de los Arts. 42,43 y 47.3 ante la postulada contravención de este último precepto con el Art.138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC en lo sucesivo) y contradicción con el propio Art.47.4 del Decreto.

La administración autonómica demandada tras postular la adecuación de la fuente normativa utilizada conforme a los principios de jerarquía y competencia (1º), sostiene la conformidad a derecho de la regulación de las denominadas “unidades específicas” y “aulas de convivencia” conforme a la finalidad pedagógica a la que se ven orientadas (2º), argumenta la aptitud de los reglamentos de régimen interior de los centros respecto a determinados aspectos relacionados con las “faltas de asistencia” y procedimiento de “evaluación del alumnado” (3º), sostiene la conformidad a derecho de los aspectos cuestionados del Art. 34 basándose en “las específicas singularidades que presentan los centros educativos” (4º), y en fin argumenta brevemente sobre los puntos 5º y 6º anteriormente reseñados, negando toda contravención con los principios que inspiran la potestad administrativa sancionadora.

CONCAPA-CV, personada en calidad de codemandada, basa su oposición a la demanda en el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo emitido con ocasión de la tramitación del Decreto impugnado, enfatizando, frente a la impugnación contenida en los puntos 4º y 5º de la demanda, los derechos y deberes inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad.

FECEVAL, por su parte tras defender la suficiencia de rango y competencia de la normativa impugnada (1º), defiende la conformidad a derecho tanto de las “unidades específicas” que postula previstas incluso en la LOE, además de las “aulas de convivencia” (2º), considera se cohonesta la consideración de las “faltas de asistencia” con el proceso de evaluación (3º), apunta la diferenciación que ha de hacerse entre el derecho fundamental de reunión con las “decisiones colectivas de inasistencia a clase” a lo que responde el Art. 34 de la norma impugnada (4º) y en fin asume la argumentación plasmada por la administración autonómica demandada en lo atinente a los puntos (5º y 6º) de la demanda, añadiendo la atribución competencial que la normativa hace con relación a los Consejos Escolares de los Centros Públicos.

SEGUNDO.- Expuestas en síntesis las argumentaciones de las partes, cabe destacar en orden al reproche global que sobre tal normativa se formula por la demandante, que el Art. 1.b) del Decreto impugnado, refiere, bajo la intitulación “objeto”, como “El presente Decreto tiene por objeto (..) La regulación de los derechos y deberes del alumnado; de los padres, madres, tutores o tutoras; del profesorado, y del personal de administración y servicios en el ámbito de la convivencia escolar”; de ello infiere la actora la conculcación de los principios de reserva de ley que cualifica como orgánica

(Art. 81.1 CE) conforme al Art. 27 CE, desarrollado por la LODE, acompañándose tal alegación, con la referencia a la vulneración del sistema distributivo de competencias resultante de los Arts. 149.1.30 y 149.1.18 de la CE y ello con especial atención a Títulos II “De los derechos y deberes de los alumnos y alumnas”, IV “De los derechos y deberes de los padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos y alumnas en el ámbito de la convivencia”, V “De los derechos y deberes del profesorado en el ámbito de la convivencia escolar” y VI “De los derechos y deberes del personal de administración y servicios en el ámbito de la convivencia escolar en los centros docentes públicos del Decreto”.

Ello no puede ser asumido por la Sala. El Decreto hoy sometido a jurídica consideración encuentra su base en el Art.53 de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en cuanto dispone, tras redacción conferida por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. como “ Es de competencia exclusiva de la Generalitat la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo que disponen el artículo 27 de la Constitución Española y las Leyes Orgánicas que, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 81 de aquélla, lo desarrollan, de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española, y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía” respondiendo el Decreto conforme dispone su Preámbulo a “adaptar la normativa actual recogida en el (*también*) Decreto 246/1991, de 23 de diciembre, del Consell, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes de niveles no universitarios de la Comunitat Valenciana, a un nuevo marco de carácter pedagógico-educativo que regule la convivencia, agilice, en caso de conflicto, la aplicación de medidas correctoras y garantice el ejercicio de los derechos y deberes del alumnado de los centros docentes no universitarios, estableciendo al efecto los derechos y deberes por parte del resto de miembros de la comunidad educativa”. Siendo ello así no cabe censurar la competencia autonómica en su dictado y elaboración, máxime en cuanto tal atribución competencial encuentra expresa mediación de las Disposiciones Adicionales Primera y Sexta de las LODE y LOE, al establecer respectivamente como “La presente Ley podrá ser desarrollada por las Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencia para ello en sus respectivos Estatutos de Autonomía o, en su caso, en las correspondientes Leyes Orgánicas de Transferencia de Competencias. Se exceptúan, no obstante, aquellas materias cuya regulación encomienda esta Ley al Gobierno. 2. En todo caso, y por su propia naturaleza, corresponde al Estado: a. La ordenación general del sistema educativo. b. La programación general de la enseñanza en los términos establecidos en el artículo 27 de la presente Ley. c. La fijación de las enseñanzas mínimas y la regulación de las demás condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales válidos en todo el territorio español. d. La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149.1.30 de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos” y “(.) Las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente en el marco de sus competencias, respetando, en todo caso, las normas básicas a que se hace referencia en el apartado anterior” referido este último a que “Son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas, con tal carácter, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, las

reguladas por esta Ley y la normativa que la desarrolle, para el ingreso, la movilidad entre los cuerpos docentes, la reordenación de los cuerpos y escalas, y la provisión de plazas mediante concursos de traslados de ámbito estatal. El Gobierno desarrollará reglamentariamente dichas bases en aquellos aspectos básicos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la función pública docente”.

No cabe tampoco derivar, en criterio de la Sala, la nulidad de pleno derecho de la normativa impugnada, conforme a un insuficiente rango de la misma pues aun partiendo de lo dispuesto en el Art.81.1 de la CE en cuanto refiere como “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (..)” ya ha quedado referido como el Decreto hoy cuestionado, encuentra soporte en las propias Disposiciones Adicionales citadas de la normativa estatal a la que tuvimos ocasión de aludir, debiendo ponerse así en relación, las argumentaciones que la actora despliega, con la propia normativa estatal de referencia, en cuanto la misma (LOE y LODE) actúan propiamente en “desarrollo” de derechos fundamentales y libertades públicas tal y como refiere – sin carácter maximalista, conforme a jurisprudencia constitucional- el Art. 81.1 CE (DF Séptima LOE y LODE).

TERCERO.- Como quedó advertido, cuestiona la actora, los Arts. 9 y 10 puesto este último en relación con el Art.36.1.f) del Decreto impugnado al entender contravienen lo dispuesto en los Arts. 73 y 74 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Tales preceptos discutidos establecen:

Artículo 9. Unidades específicas “Las unidades específicas se definen como aulas para atender de forma integral a los alumnos y alumnas con trastornos permanentes o temporales de la personalidad o conducta, donde los alumnos y alumnas recibirán una atención especializada para mejorar su integración social. La atención a éstos estará coordinada por las consellerias con competencias en materia de bienestar social, sanidad y educación.2. Su composición y funcionamiento se determinará reglamentariamente”.

Artículo 10. Aulas de convivencia “1. Los centros docentes podrán crear aulas de convivencia para el tratamiento puntual e individualizado del alumnado que, como consecuencia de la imposición de una medida educativa correctora por alguna de las conductas tipificadas en el artículo 35 del presente Decreto, se vea privado de su derecho a participar en el normal desarrollo de las actividades lectivas. 2. El plan de convivencia establecerá los criterios y condiciones para que el alumnado a que se refiere el apartado anterior sea atendido, en su caso, en el aula de convivencia. Corresponde al director o a la directora del centro la verificación del cumplimiento de dichas condiciones y la resolución a adoptar.3. En estas aulas de convivencia se favorecerá un proceso de reflexión por parte de cada alumno o alumna que sea atendido en las mismas acerca de las circunstancias que han motivado su presencia en ellas, de acuerdo con los criterios del correspondiente departamento de orientación o equipo de orientación educativa, y se garantizará la realización de las actividades formativas que determine el equipo docente que atiende al alumno o alumna. 4. En el plan de convivencia se determinará el profesorado que atenderá el aula de convivencia, implicando en ella al tutor o tutora del grupo al que pertenece cada alumno o alumna que sea atendido en la misma y al correspondiente

departamento de orientación o equipo de orientación educativa, y se concretarán las actuaciones que se realizarán en ésta, de acuerdo con los criterios pedagógicos que, a tales efectos, establezca el equipo técnico de coordinación pedagógica”.

Por fin, el Art.36.1.f) bajo la rúbrica “Medidas educativas correctoras” dispone como “Ante las conductas contrarias a las normas de convivencia del centro educativo, tipificadas en el artículo anterior, el plan de convivencia y el reglamento de régimen interior del centro podrán contemplar medidas de intervención que concreten, ajusten o modulen las medidas educativas correctoras recogidas en este artículo y que son las siguientes: “Incorporación al aula de convivencia.”

Sostiene la actora, la contrariedad de tales previsiones con lo dispuesto en los Arts. 73 y 74 de la LOE, enfatizando como los preceptos reglamentarios suponen un confinamiento, “exclusión o apartamiento en unidades específicas” suponiendo una ruptura con los “principios de normalización e inclusión e ignorando la atención a la diversidad”.

Pues bien, de los Arts. 73 y 74 de la LOE resulta que: “Se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta” (Art.73 LOE) reseñándose por la propia actora como el Art. 74, bajo la expresión “Escolarización” prevé en su primer número como “ La escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”

Bajo tales premisas, ha de decirse que el contenido del Art.9 del Decreto de referencia difícilmente puede contraponerse a la normativa estatal citada, toda vez que, se limita a incorporar una regulación, la de las llamadas “unidades específicas”, incluso contempladas en la propia normativa estatal de referencia, sin que sea necesario extenderse en las apreciaciones que la actora realiza en orden a un eventual confinamiento del alumnado toda vez que en la propia definición de tales unidades se prevé la atención “integral y especializada” encaminada a la mejora de su integración social.

Tampoco encuentra la Sala que la previsión de las denominadas “aulas de convivencia” resulte contraria a los preceptos de la normativa estatal aducidos por la actora, especialmente en cuanto en la regulación de las mismas, frente al criterio subjetivo de la actora (“apartamiento, confinamiento...”) se prevé (Art.10.3. y 10.4) como “3. En estas aulas de convivencia se favorecerá un proceso de reflexión por parte de cada alumno o alumna que sea atendido en las mismas acerca de las circunstancias que han motivado su presencia en ellas, de acuerdo con los criterios del correspondiente departamento de orientación o equipo de orientación educativa, y se garantizará la realización de las actividades formativas que determine el equipo docente que atiende al alumno o alumna. 4. En el plan de convivencia se determinará el profesorado que atenderá el aula de convivencia, implicando en ella al tutor o tutora

del grupo al que pertenece cada alumno o alumna que sea atendido en la misma y al correspondiente departamento de orientación o equipo de orientación educativa, y se concretarán las actuaciones que se realizarán en ésta, de acuerdo con los criterios pedagógicos que, a tales efectos, establezca el equipo técnico de coordinación pedagógica”.

CUARTO.- Cuestiona la actora el tenor del Art.33 al entender vulnera los Arts. 20.1 y 28.1 de la LOE.

Tal precepto dispone bajo la intitulación “Las faltas de asistencia y la evaluación” que “Sin perjuicio de las medidas educativas correctoras que se adopten ante las faltas de asistencia injustificadas, en los reglamentos de régimen interior se establecerá el número máximo de faltas por curso, área y materia y los procedimientos extraordinarios de evaluación para los alumnos y las alumnas que superen dicho máximo, teniendo en cuenta que la falta de asistencia a clase de modo reiterado puede hacer imposible la aplicación del carácter continuo de la evaluación”.

Considera pues la actora contrario tal precepto a lo dispuesto en los Arts. 20.1 y 28.1 de la LOE en cuanto respectivamente prevén “La evaluación de los procesos de aprendizaje del alumnado será continua y global y tendrá en cuenta su progreso en el conjunto de las áreas” y “La evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado de la educación secundaria obligatoria será continua y diferenciada según las distintas materias del currículo”, mas no observa la Sala contradicción entre tales preceptos básicos y el propiamente cuestionado, toda vez que lejos de negar la evaluación de los procesos de aprendizaje del alumnado, tal precepto precisamente prevé un “procedimiento extraordinario de evaluación para los alumnos y las alumnas que superen” el número máximo de faltas por curso, área y materia que se establezca en los correspondientes reglamentos de régimen interior, siendo que el Art.120.2 de la LOE expresamente prevé como “Los centros docentes dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del centro” lo cual se concreta en el Art.124 de tal norma al referir como “1. Los centros docentes elaborarán sus normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia.2. Las Administraciones educativas facilitarán que los centros, en el marco de su autonomía, puedan elaborar sus propias normas de organización y funcionamiento”.

QUINTO.- Impugna la actora, el Art.34 en sus apartados 2,3,4,5 y 8; apartado 6 en cuanto a su inciso final, a partir de la expresión “así como a los alumnos...”; apartado 7 en lo atinente a la expresión “y la autorización de los padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos o las alumnas”, entendiendo vulneran el Artículo Octavo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.(en adelante LODE), el Art. 1 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, el Art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el Art. 15 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990).

Tal precepto refiere en los aspectos discutidos como “2. Las decisiones colectivas de inasistencia a clase adoptadas por los alumnos y alumnas deberán disponer de la correspondiente autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras, en el caso de que los alumnos o alumnas sean menores de edad. 3. Las decisiones

colectivas de inasistencia a clase, a las que se refiere el apartado anterior, tendrán que estar avaladas por más de 20 alumnos o alumnas, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión. 4. La autorización del padre, madre, tutor o tutora del alumno o de la alumna para no asistir a clase implicará la exoneración de cualquier responsabilidad del centro derivada de la actuación del alumno o de la alumna, tanto con el resto del alumnado como con respecto a terceras personas. 5. La autorización del padre, madre, tutor o tutora del alumno o de la alumna deberá cumplimentarse conforme al modelo establecido en el anexo II del presente Decreto” y “8. Los centros docentes comunicarán a los padres, madres, tutores o tutoras, con carácter previo, las decisiones colectivas adoptadas por los alumnos o las alumnas respecto al ejercicio del derecho de reunión”.

Por su parte de los apartados 6 y 7 del Art. 34 se subraya la pretendida disconformidad a derecho de “6. En todo caso, los centros docentes garantizarán el derecho a asistir a clase y a permanecer en el centro debidamente atendido al alumnado que no desee ejercitar su derecho de reunión en los términos previstos en la legislación vigente, así como a los alumnos o las alumnas que no dispongan de la preceptiva autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras. 7. Las decisiones colectivas de los alumnos o las alumnas de ejercer su derecho de reunión, que impliquen la inasistencia a clase y la autorización de los padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos o las alumnas, deberán ser comunicadas a la dirección del centro con una antelación mínima de cinco días naturales”.

Considera la actora que tanto la previsión de un mínimo de 20 alumnos en la toma de decisión como la autorización previa y expresa de los padres en caso de minoría de edad de aquellos, supone una indebida restricción del derecho fundamental de reunión reconocido a los menores, introduciendo serias limitaciones al mismo sin el adecuado respaldo y rango normativo. Ante tal alegación conviene destacar en primer lugar que nos encontramos en el precepto de referencia ante la regulación de las “decisiones colectivas de inasistencia a clase” objeto de previsión conforme “al artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, según la redacción dada por la disposición final primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación” en cuanto tal precepto dispone como “Se garantiza en los centros docentes el derecho de reunión de los profesores, personal de administración y de servicios, padres de alumnos y alumnas, cuyo ejercicio se facilitará de acuerdo con la legislación vigente y teniendo en cuenta el normal desarrollo de las actividades docentes. A fin de estimular el ejercicio efectivo de la participación de los alumnos en los centros educativos y facilitar su derecho de reunión, los centros educativos establecerán, al elaborar sus normas de organización y funcionamiento, las condiciones en las que sus alumnos pueden ejercer este derecho. En los términos que establezcan las Administraciones educativas, las decisiones colectivas que adopten los alumnos, a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con respecto a la asistencia a clase no tendrán la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción, cuando éstas hayan sido resultado del ejercicio del derecho de reunión y sean comunicadas previamente a la dirección del centro”.

Precisado lo anterior, a lo argumentado por la actora, opone la administración demandada el hallarnos ante el ejercicio de potestades de auto-organización, contraponiendo la codemandada CONCAPA las facultades inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad y en fin contra-argumentando FECEVAL que la

estructura en el ejercicio del derecho se desarrolla en acomodo al propio artículo 8 de la LODE al referir como “las decisiones colectivas que adopten los alumnos, a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con respecto a la asistencia a clase no tendrán la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción, cuando éstas hayan sido resultado del ejercicio del derecho de reunión y sean comunicadas previamente a la dirección del centro” pero enfatizándose, ello sucederá precisamente “En los términos que establezcan las Administraciones educativas”.

La Sala, a la hora de atender a lo argumentado por las partes, no entiende censurable la referencia que el precepto impugnado hace en su apartado tercero al referir como “Las decisiones colectivas de inasistencia a clase, a las que se refiere el apartado anterior, tendrán que estar avaladas por más de 20 alumnos o alumnas, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión” pues ello supone una concreción razonable ante el término “decisión colectiva” referido en la LODE como concepto jurídico indeterminado viniendo amparado tal criterio en las potestades auto-organizativas necesariamente llamadas a ser consideradas en un supuesto como el que nos ocupa.

Ahora bien no se entiende trasladable la anterior conclusión a las exigencia que el Decreto refiere al exigir como “Las decisiones colectivas de inasistencia a clase adoptadas por los alumnos y alumnas deberán disponer de la correspondiente autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras, en el caso de que los alumnos o alumnas sean menores de edad” (aptdo.2). Tal requisito ha de ponerse en relación con lo previsto en el aptdo.1 del propio Art. 34 en cuanto la propia normativa reglamentaria refiere y relaciona tal exigencia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, según la redacción dada por la disposición final primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación” llegando a reproducirse la literalidad del precepto básico salvo en cuanto a la sustitución de la expresión “alumnos” por la de “ alumnos/as” recordándose así como “las decisiones colectivas adoptadas por los alumnos y las alumnas a partir del tercer curso de la Educación Secundaria Obligatoria, con respecto a la inasistencia a clase, no tendrán la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción cuando éstas hayan sido resultado del ejercicio del derecho de reunión y sean comunicadas previamente a la dirección del centro”.

Dicho esto, entiende la Sala que la exigencia añadida (autorización de padre, madre, tutor/a) en el caso de que los alumnos/as sean menores de edad, implica una desnaturalización de lo previsto en el Art. 8 de la LODE en cuanto tal previsión normativa no deja de venir referida a “las decisiones colectivas que adopten los alumnos, a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con respecto a la asistencia a clase” relacionando tal “colectiva decisión” con el “ejercicio del derecho de reunión” de tales alumnos y todo ello a efectos de que tales decisiones no tengan “la consideración de faltas de conducta” ni sean “objeto de sanción”. Ciertamente prevé el Art.8 de la LODE que ello será “En los términos que establezcan las Administraciones educativas” mas tal previsión, entiende la Sala, no alcanza a conferir cobertura normativa al requisito añadido a través del Decreto impugnado, so riesgo, como queda dicho, de eclipsar lo que refiere la normativa básica, como decisión colectiva del alumnado “a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria”.

Ello implicará en consecuencia, conferir razón parcial a la demandante, debiendo declararse la nulidad con base a lo previsto en el Art. 62.2 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de lo dispuesto en determinados apartados del Art.34 del Decreto impugnado, en concreto apartado 2 –“Las decisiones colectivas de inasistencia a clase adoptadas por los alumnos y alumnas deberán disponer de la correspondiente autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras, en el caso de que los alumnos o alumnas sean menores de edad”; apartado 4 – “La autorización del padre, madre, tutor o tutora del alumno o de la alumna para no asistir a clase implicará la exoneración de cualquier responsabilidad del centro derivada de la actuación del alumno o de la alumna, tanto con el resto del alumnado como con respecto a terceras personas”; apartado 5 “La autorización del padre, madre, tutor o tutora del alumno o de la alumna deberá cumplimentarse conforme al modelo establecido en el anexo II del presente Decreto”; apartado 6, parcialmente “(..) así como a los alumnos o las alumnas que no dispongan de la preceptiva autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras”; apartado 7, parcialmente “(..) y la autorización de los padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos o las alumnas (..), sin que ninguna tacha deba observarse en el apartado 8 de tal precepto en cuanto meramente refiere como “Los centros docentes comunicarán a los padres, madres, tutores o tutoras, con carácter previo, las decisiones colectivas adoptadas por los alumnos o las alumnas respecto al ejercicio del derecho de reunión”, lo cual no se entiende contrapuesto a la normativa estatal de referencia.

SEXTO.- Cuestiona en fin la actora (5º) “todas las previsiones y referencias que se hacen a las denominadas “medidas correctoras” dentro del Título III (Arts. 28.1; 29.1,3 y 4; 30.1 y .2; 35; 36; 38.2, 39 y 40.2) por vulneración de las bases y principios de la potestad administrativa sancionadora; con expresa Impugnación de los Arts. 42,43 y 47.3 ante la postulada contravención de este último precepto con el Art.138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC en lo sucesivo) y contradicción con el propio Art.47.4 del Decreto (6º).

En atención a este punto, considera la actora que el régimen de infracciones y sanciones diseñado en el Decreto de referencia contraviene el Art. 129 de la LRJAP y PAC en cuanto dispone este último precepto en sus tres primeros números como “1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”, considerando que la normativa impugnada constituye así “un reglamento autónomo (..) que deviene absolutamente inaceptable en materia reservada a ley por la propia Constitución”. Ello comportaría la “ilegalidad manifiesta de los Arts- 35 y 36.1 del Decreto” en cuanto tipifican infracciones y sanciones aun bajo la denominación “conductas contrarias a la convivencia y “medidas correctoras”.

Tal perspectiva no resulta asumible. No estamos ante un reglamento autónomo como sugiere la actora y nos hallamos con evidencia en el seno de una relación de sujeción especial en tanto la regulación impugnada viene dirigida a

distintas personas físicas que forman parte de un colectivo sometido a una disciplina singular, siendo que las conductas contrarias a la convivencia que se relacionan en el propio Decreto y las propias medidas correctoras cuentan con una finalidad de carácter educativo al responder tal normativa, tal y como en su Preámbulo se establece, a procurar “el pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades del alumnado, la educación en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de los conflictos y la resolución pacífica de estos y la educación en la responsabilidad individual y en el mérito y esfuerzo personal” sin que quepa desdeñar las referencias que en tal Preámbulo se hacen a la necesidad de “adaptar la normativa actual recogida en el Decreto 246/1991, de 23 de diciembre, del Consell, sobre derechos y deberes de los alumnos y alumnas de los centros docentes de niveles no universitarios de la Comunitat Valenciana, a un nuevo marco de carácter pedagógico-educativo que regule la convivencia, agilice, en caso de conflicto, la aplicación de medidas correctoras y garantice el ejercicio de los derechos y deberes del alumnado de los centros docentes no universitarios, estableciendo al efecto los derechos y deberes por parte del resto de miembros de la comunidad educativa”.

Acude la actora nuevamente a la regulación de los principios de la potestad sancionadora del Título IX de la LRJAP y PAC a los efectos de censurar la redacción del Art.36.2 del Decreto en cuanto prevé como “Para la aplicación de las medidas educativas correctoras, no será necesaria la previa instrucción de expediente disciplinario; no obstante, para la imposición de las medidas educativas correctoras de los apartados h) e i) será preceptivo el trámite de audiencia a los alumnos, las alumnas, o a sus padres, madres, tutores o tutoras en caso de ser menores de edad, en un plazo de diez días hábiles”, reprochando el tenor del Art. 36.3 al disponer como “Las medidas educativas correctoras que se impongan serán inmediatamente ejecutivas”, más tales razonamientos que la actora extiende “al resto de los preceptos en que se mencionan las medidas correctoras”, parten de no tomar en consideración la relación de supremacía especial a la que hemos tenido ocasión de atender y que cuenta con expreso reconocimiento en el Art. 127.3 de la LRJAP y PAC, excusándose así mayores razonamientos y debiendo recordarse como el Tribunal Supremo ha podido mantener recientemente como “el régimen disciplinario en los centros docentes tiene su cobertura legal entre otros, en los artículos 124.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, y 6.4 .g) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio , reguladora del Derecho a la Educación que respectivamente establecen que “los centros docentes elaborarán sus normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia” y, que “son deberes básicos de los alumnos” ... “respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo”.(Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 16 Dic. 2009, rec. 1198/2008)

Impugna la actora en conexión con lo afirmado los Arts. 42 y 43 de la normativa de referencia en tanto el primero de tales preceptos tipifica “conductas gravemente perjudiciales para la convivencia en el centro” refiriendo el segundo las “Medidas educativas disciplinarias” de susceptible imposición, más censurándose la infracción de reserva legal, resultan reproducibles las anteriores argumentaciones y pareja consideración debe hacerse en orden a la postulada nulidad del Art.47.3 del Decreto en cuanto entiendo contravendría el Art.138.3 de la LRJAP y PAC, al disponer aquel precepto como “La resolución del expediente por parte del director o

directora del centro público pondrá fin a la vía administrativa, por lo que la medida disciplinaria que se imponga será inmediatamente ejecutiva, excepto en el caso de la medida correctora prevista en el artículo 43.3.b) de la presente norma, que podrá ser recurrida ante la Conselleria competente en materia de educación”.

Ciertamente añade la actora que dicha previsión resultaría igualmente incoherente con lo reflejado en el Art. 47.4 del Decreto al referir como “Las resoluciones de los directores o directoras de los centros docentes públicos podrán ser revisadas en un plazo máximo de cinco días por el Consejo Escolar del centro a instancia, de los padres, madres, tutores o tutoras legales de los alumnos o alumnas” mas ello responde como el propio precepto indica a “lo establecido en el artículo 127 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (de carácter básico) ” y en concreto a su letra f en cuanto dispone como “Cuando las medidas disciplinarias adoptadas por el director correspondan a conductas del alumnado que perjudiquen gravemente la convivencia del centro, el Consejo Escolar, a instancia de padres o tutores, podrá revisar la decisión adoptada y proponer, en su caso, las medidas oportunas”.

SÉPTIMO.- Sin especial pronunciamiento en materia de costas, conforme el Art.139.1 LJCA.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

- 1) ESTIMAR PARCIALMENTE el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº 1365/2008, promovido por la CONFEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE PADRES Y MADRES DE ALUMNOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA “GONZALO ANAYA frente al el Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios, objeto de oficial publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana nº 5738, de 9 de abril de 2008.
- 2) En su consecuencia se declara la nulidad de pleno derecho de los siguientes apartados del artículo 34 del Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios:
 - En su total redacción: apartado 2, apartado 4 y apartado 5.
 - En su parcial redacción: apartado 6, en cuanto refiere “así como a los alumnos o las alumnas que no dispongan de la preceptiva autorización de sus padres, madres, tutores o tutoras” y apartado 7 en cuanto dispone “(..) y la autorización de los padres, madres, tutores o tutoras de los alumnos o las alumnas (..).

3) Se desestiman las restantes pretensiones

4) Sin costas.

Cabe recurso ordinario de casación, conforme a lo previsto en el Art.86 LJCA, a preparar ante esta misma Sala en el plazo de diez días desde el siguiente a la notificación, en los términos previstos en el Art. 89 de la LJCA.

A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

Fin casación: 20/ Noviembre/2012

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, certifico. Valencia, en la fecha arriba indicada.