

PB

JUNTA DE ANDALUCÍA

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE

Secretaría General Técnica

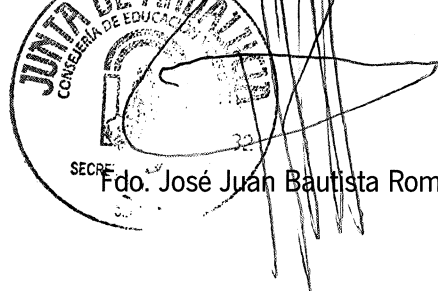
ENTRADA C. INTERIOR Y FAX
D. Gen. Planificación y Centros
18 JUN 2019
Nº 576

Nº: 506	Fecha: 17/06/19
ASUNTO:	EXPTE 417/2019. REMITIENDO INFORME DE VALIDACIÓN
Remitente:	Servicio de Legislación e Informes SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA
Destinatario:	Asesoría Régimen Académico DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN Y CENTROS

De conformidad con la instrucción de la Viceconsejería 1/2014, de 30 de junio, remito informe de validación que emite la Secretaría General Técnica en relación al expte. 417/2019.- PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE DESARROLLA EL PROCEDIMIENTO DE ADMISIÓN DEL ALUMNADO EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS Y PRIVADOS CONCERTADOS PARA CURSAR LAS ENSEÑANZAS DE SEGUNDO CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL, EDUCACIÓN PRIMARIA, EDUCACIÓN ESPECIAL, EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA Y BACHILLERATO.

Sevilla, 17 de junio de 2019

EL JEFE DE SERVICIO DE LEGISLACIÓN E INFORMES



Fdo. José Juan Bautista Romero

EXPTE. 417/2019

INFORME DE VALIDACIÓN PREVIO A LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE INICIO DE TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE DESARROLLA EL PROCEDIMIENTO DE ADMISIÓN DEL ALUMNADO EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS Y PRIVADOS CONCERTADOS PARA CURSAR LAS ENSEÑANZAS DE SEGUNDO CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL, EDUCACIÓN PRIMARIA, EDUCACIÓN ESPECIAL, EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA Y BACHILLERATO.

Por el Director General de Planificación y Centros se remite el proyecto citado en el encabezamiento.

Conforme a las competencias atribuidas a la Secretaría General Técnica en el artículo 7 del Decreto 102/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, y en cumplimiento de la Instrucción 1/2013, de 21 de octubre, de la Viceconsejería de Educación, Cultura y Deporte, sobre elaboración de disposiciones de carácter general, se emite el presente informe de validación, previo a la adopción del acuerdo de inicio por el Excmo. Sr. Consejero.

El informe de validación, por su propia naturaleza, no contiene un análisis pormenorizado del texto, la Secretaría General Técnica se pronunciará con más detalle en el preceptivo informe que habrá de emitir en el momento procedimental oportuno.

En esta fase, previa a la adopción por la titular de la Consejería del acuerdo para iniciar la tramitación, nuestras observaciones se centran en los aspectos formales y competenciales de la norma en proyecto, en su corrección formal y en verificar si la documentación adjunta es completa y cumple los requisitos exigidos por la normativa que le resulte aplicable.

I. MARCO NORMATIVO, COMPETENCIA Y RANGO.

-Marco normativo

Como se indicó en el informe de validación previo al acuerdo de inicio de la tramitación del proyecto de *Decreto por el que regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato*, el marco normativo básico lo constituye la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE) que establece la regulación de la escolarización en centros públicos y privados concertados en el Capítulo III de su Título II (artículos 84 a 88, ambos inclusive), la cual tiene carácter básico al

amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.1.^a, 18.^a y 30.^a de la Constitución.

Y en el Derecho propio de Andalucía, el proyecto se enmarca en la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía (LEA), donde se establece que la Consejería competente en materia de educación programará la oferta educativa en la enseñanzas declaradas gratuitas, teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y privados concertados y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

El desarrollo reglamentario de las normas legales se efectuará por el Decreto, ahora en tramitación, cuyos aspectos procedimentales se desarrollan en el proyecto de orden objeto de este informe.

La norma que vendrá a sustituir esta nueva disposición es la Orden de 24 de febrero de 2011, por la que se desarrolla el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato, cuya derogación está prevista en el proyecto de Decreto que se tramita.

- Competencia

Respecto a la competencia autonómica para la aprobación de la Orden, el artículo 52.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma, como competencia compartida, los criterios de admisión de alumnos, sin perjuicio de lo recogido en el artículo 149.1.30^a de nuestro texto constitucional, a tenor del cual corresponde al Estado la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la propia Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

El ejercicio de esta competencia comprende, de conformidad con lo dispuesto en el epígrafe 2º del artículo 42.2 del texto estatutario, la potestad reglamentaria *“en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución”*.

En cuanto a los aspectos procedimentales y de fijación de competencias a favor de determinados órganos administrativos, se ejercen competencias fundamentadas en el artículo 47.1.1^a en que se determina que el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma son de competencia exclusiva de la misma, competencia que comprende la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias estatales.

Con respecto a la potestad reglamentaria, cabe señalar que el artículo 119.3 del propio Estatuto de Autonomía atribuye su ejercicio al Consejo de Gobierno y a cada uno de sus miembros.

El artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que *“Las personas titulares de las Consejerías tienen potestad reglamentaria en lo relativo a la organización y materias internas de las mismas. Fuera de estos supuestos, sólo podrán dictar reglamentos cuando sean específicamente habilitadas para ello por una ley o por un reglamento del Consejo de Gobierno.”*

La habilitación específica se encontrará en la DF 3ª del Decreto que se está tramitando.

- Rango normativo

El artículo 46.4 de la precitada Ley 6/2006, de 24 de octubre, dispone que son órdenes, las disposiciones y resoluciones dictadas por las personas titulares de las Vicepresidencias y de las Consejerías.

Por todo lo anterior, se obtiene un pronunciamiento favorable respecto de la competencia que se ejerce y el rango normativo utilizado.

II. DOCUMENTACIÓN PRECEPTIVA

Se acompaña toda la documentación requerida por la Instrucción 1/2013, de 21 de octubre, de la Viceconsejería de Educación, Cultura y Deporte.

III. ESTRUCTURA.

El Proyecto de Orden sometido a nuestra consideración, se estructura en un preámbulo o introducción, 21 artículos distribuidos en tres capítulos (Cap. I “Disposiciones generales”, cap. II “Procedimiento ordinario”; cap. III “Procedimiento extraordinario”. La parte final contiene 6 disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

Estructura que se razona adecuada al proyecto normativo.

IV. OBSERVACIONES AL TEXTO.

Con carácter general, el texto del proyecto se adapta al marco normativo básico y autonómico; así como, al proyecto de Decreto que desarrolla. No obstante se formulan las siguientes observaciones:

- De carácter general:

Cuando se hace referencia a “padres, madres, tutores”, podría sustituirse por la más general a “los representantes legales”, y, en los casos que proceda (menores en acogimiento familiar, por ejemplo) también a “los guardadores”.

Por otra parte, conviene tener presente, aunque ya se puso de manifiesto en el informe emitido sobre el proyecto de Decreto, la modificación introducida por la disposición final 12 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, en el artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que ha quedado redactado como sigue:

“2. Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello. No cabrá la oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección.”

Las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, estos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente.”

Es decir, que ya no se requiere el consentimiento expreso del interesado para que se consulten o recaben documentos elaborados por cualquier Administración, como se preveía en la redacción anterior del precepto citado, bastará con que no se oponga.

- A la parte expositiva:

Como valoración general, con independencia de la que se haga en el informe más pormenorizado que emita esta Secretaría General Técnica, hay que señalar que el preámbulo cumple suficientemente la función de describir el contenido de la norma, su objeto y finalidad, antecedentes, competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta, no obstante no se hace referencia al cumplimiento de los principios de buena regulación, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *“En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica,*

transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.”

- A la parte dispositiva:

Al articulado.-

-Artículo 4. Oferta de plazas escolares vacantes.

En este artículo se introduce un nuevo apartado (en relación con la Orden aún vigente), en el que se establece la posibilidad de modificación del número de unidades autorizadas en los centros docentes públicos, una vez terminado el plazo de presentación de solicitudes y antes de la resolución del procedimiento, con objeto de adecuar la oferta a la demanda de las familias.

Esta disposición puede dar lugar a dos consecuencias diversas, por un lado una demanda mayor motivaría la posibilidad de incrementar las unidades autorizadas, lo que, desde el punto de vista de las expectativas de los interesados, no presentaría ninguna problemática. Sin embargo, por otro lado, una menor demanda podría dar lugar a la supresión de alguna unidad, lo que sin duda frustraría las expectativas de quienes pudieran obtener plaza en el centro menos demandado.

Tal como se formula el precepto, hay que entenderlo como una habilitación al órgano competente para que, discrecionalmente, pueda modificar la oferta en un centro en función de la demanda de las familias, mediante el incremento o la disminución de unidades. Es este último, el caso que nos cuestionamos, pues, si bien, las competencias de planificación conllevan por su propia naturaleza un margen de discrecionalidad, ésta, de ser excesiva, pudiera llegar a ser contraria a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, por los que se rigen las Administraciones públicas en su actuación (art. 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre)

Para evitarlo y reducir el margen de discrecionalidad, podrían determinarse los supuestos en que procedería una reducción del número de unidades, en atención al número de alumnos que pudiesen resultar admitidos a la conclusión del procedimiento, vgr. estableciendo algún número mínimo.

También resultaría necesario, desde nuestro punto de vista, incluir, de forma general, en la información previa del artículo 5, e incluso, de ser posible en los formularios de solicitud, esta posibilidad de modificación del número de unidades.

Finalmente, podría establecerse expresamente la forma de proceder en orden a la admisión del alumnado que por la reducción de unidades no ha obtenido la plaza que pudiera haberle correspondido.

En otro orden de cosas, se debería determinar el órgano de la Consejería competente para acordar la modificación del número de unidades, evitando la referencia genérica a la "Consejería competente en materia de educación".

Y con respecto a la cautela introducida en el inciso final, sobre la tipología de los centros, si hemos entendido correctamente su sentido, podría expresarse más claramente del siguiente modo o similar.

"La modificación del número de unidades de un centro, en el supuesto previsto en este apartado, no conllevará un cambio en su tipología."

-Artículo 12. Publicación del baremo.

Sometemos a consideración del órgano proponente valorar si es procedente establecer en este precepto alguna previsión en orden a la adopción de medidas específicas para la publicación de datos personales en aquellos supuestos en que quienes solicitan la escolarización se oponen por razones acreditadas de tipo personal (violencia de género, acogimiento del menor...) a que figure el nombre del menor.

Obviamente, al tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva, no puede obviarse del listado publicado la puntuación recibida, ni vetar el acceso al expediente a otros interesados en el procedimiento que lo soliciten, pero sí que podrían adoptarse medidas para que en casos suficientemente acreditados no aparezca el nombre del menor.

En el apartado 6, se debe hacer referencia también al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

- Artículo 13. Vista de expediente y formulación de alegaciones.

En el apartado 3, se hace una remisión incorrecta al artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que regula el tratamiento basado en el consentimiento del afectado.

A nuestro juicio, y dado que con las previsiones contenidas en este apartado se está aplicando el principio de minimización, se debería citar el artículo 5 del Reglamento General de Protección de Datos.

-Artículo 17. Matriculación.

El empleo del término "anexo" no es exacto en todos los casos, por ejemplo, cuando se dice "utilizando el anexo que corresponda" o "dichos anexos serán entregados gratuitamente en los centros", un término más exacto a nuestro juicio es "formulario" o "formulario que figura en el anexo ..."

Con respecto al apartado 4, debemos recordar lo dispuesto en el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica.

Asimismo, y con respecto a la documentación acreditativa de estar en posesión de los requisitos académicos, se reitera lo establecido en el art. 28.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre *"2. Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello."*

Artículo 20. Situaciones sobrevenidas en la admisión del alumnado.

Para mejorar la redacción, evitando el hiperbatón, se propone la siguiente:

"Durante el curso académico, según la definición reglamentaria establecida en el Decreto 301/2009 [...], cuando se produzcan las situaciones de prioridad sobrevenidas [...], las personas solicitantes utilizarán el formulario contenido en el anexo IX de esta Orden"

Artículo 21. Supuestos excepcionales de enfermedad.

Nos preguntamos si el título del precepto no debiera ser "supuestos excepcionales por enfermedad".

Conviene tener presente, como ya se informó en el proyecto de Decreto, que:

El supuesto que se regula implica el tratamiento de una categoría especial de datos personales, como son los referentes a la salud, conforme al artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos.

En principio, estos datos, no pueden ser tratados, salvo que concurra alguna de las circunstancias del apartado 2, entre las que se encuentran, a los efectos que nos ocupan, que el interesado haya prestado el consentimiento explícito para uno o más fines específicos y que el tratamiento sea necesario por razones de interés público esencial, sobre la base de una norma de la Unión Europea o de una Ley estatal.

Si entendemos que la DA 23ª de la LOE puede ser la base legal en la que se sustentan las razones de interés público esencial que han de concurrir para el tratamiento de este tipo de datos, no sería preciso el consentimiento del interesado. En caso contrario, sería necesario el consentimiento explícito del interesado, en los términos del art. 4.11 RGPD, para lo que se habría de tener en

cuenta que, conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, los mayores de 14 años pueden prestar su consentimiento, salvo que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

A la parte final.

-Disposición final primera. Delegación de competencias.

Entendemos que la delegación del segundo párrafo, para emplear una técnica jurídica más precisa, podría establecerse en otra disposición final, como una habilitación:

“Se faculta a la persona titular de la Dirección General competente en materia de escolarización para modificar los anexos de la presente Orden, mediante resolución que habrá de publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”

Anexos.

Dado que, conforme se establece en el artículo 2.c) del Decreto 260/1988, de 2 de agosto, por el que se desarrollan atribuciones para la racionalización administrativa de la Junta de Andalucía, los formularios contenidos en los anexos han de ser informados y normalizados por el órgano competente, únicamente se harán observaciones de tipo general.

Así por ejemplo, llama la atención que los solicitantes en el procedimiento de admisión y en la matriculación sean “las personas guardadoras”, cuando lo lógico sería, en el caso de menores, referirse a los representantes legales, es decir a quienes tienen la patria potestad o, en su caso, la tutela del menor o incapacitado legalmente, puesto que es deber de éstos proveer de educación a sus hijos o tutelados.

En este sentido, traemos a colación la cita de diversos preceptos de nuestro Código civil:

Artículo 154 “ *Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes. [...]"

Artículo 222. "Estarán sujetos a tutela:

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
- 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo."

Artículo 269. "El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

1. A procurarle alimentos.
2. A educar al menor y procurarle una formación integral.
3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración."

Entendemos que se haga referencia a la persona que ejerce la guardia y custodia sería jurídicamente preciso sólo en algunos supuestos, por ejemplo en el supuesto de un menor en situación de acogimiento familiar, en este caso la Entidad pública que tiene encomendada la protección de menores tiene, por ministerio de la ley, la tutela del menor en situación de desamparo y la guarda puede realizarse mediante acogimiento familiar, la familia de acogida del menor es quien ejerce su guarda y custodia, y, por tanto, tiene las obligaciones que señala el art. 173 Cc:

" El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades."

Salvo mejor criterio fundado en derecho, es cuanto me cumple informar a VI.

Sevilla, a 17 de junio de 2019

El Jefe del Servicio de Legislación e Informes.

Fdo. José Juan Bautista Romero

El Secretario General Técnico

Fdo. Pedro Angullo Ruiz.

