

Roj: STSJ CAT 12288/2004 - ECLI:ES:TSJCAT:2004:12288

Id Cendoj: 08019330052004101247

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Barcelona

Sección: 5

Nº de Recurso: 880/2001

Nº de Resolución: 1233/2004

Procedimiento: Recurso ordinario (Ley 1998)

Ponente: JOAQUIN JOSE ORTIZ BLASCO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Recurso nº 880/2001

SENTENCIA Nº 1233/2004

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO

MAGISTRADOS:

DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de noviembre de dos mil cuatro.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION QUINTA), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo número 880/2001, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y dirigida por el sr./a. ABOGADO/A DEL ESTADO, contra la ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALIDAD, representada y dirigida por el sr./a LETRADO/A DE LA GENERALIDAD. Es Ponente el Ilmo. Magistrado DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora, por escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, interpuso recurso contencioso administrativo contra el artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio , de los extranjeros y su integración social en Cataluña.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley reguladora de esta Jurisdicción. La actora dedujo demanda en la que tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando que se dictara sentencia estimando la demanda en los términos que se contienen en el suplico de la misma.

TERCERO.- La Administración demandada en la contestación a la demanda solicitó su desestimación.

CUARTO.- Se prosiguió el trámite correspondiente, y se señaló para votación y fallo el 25 de octubre de 2004.

QUINTO.- En la sustanciación de este de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso se impugna el artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio , de los extranjeros y su integración social en Cataluña, que dice: "El Departamento de Enseñanza y el Departamento de Bienestar Social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente."

SEGUNDO.- Para el Abogado del Estado el artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio , no establece la exigencia de que los extranjeros ostenten la condición de residentes legales, como sí lo hace el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , al decir que "Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles.", requiriendo tan sólo el empadronamiento para lo que no se necesita ser residente legal, a tenor de la normativa sobre la materia contenida básicamente en el artículo 15 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril , Reguladora de las Bases del Régimen Local. Por consiguiente, establecido que la condición de empadronado del extranjero no le confiere la residencia legal, resulta improcedente que el precepto impugnado establezca menos requisitos que la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , en orden al acceso a la educación de carácter no obligatorio.

Establecida la competencia exclusiva en materia de extranjería al Estado - artículo 149.1.2ª Constitución -, la regulación sectorial realizada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias debe respetar el estatuto jurídico diseñado por la normativa estatal. Afirmar lo contrario supone dejar sin contenido una regulación que nace con vocación de ser aplicada de manera uniforme en todo el territorio.

Lo esencial no es el carácter de la educación sino a qué aspectos de la misma pueden acceder los no residentes. Así, el apartado 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , reconoce a los extranjeros menores de edad el derecho a la enseñanza básica obligatoria y gratuita. Por tanto, por aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre , de Ordenación General del Sistema Educativo, se les reconoce el derecho a la Educación Primaria y Secundaria Obligatoria. Las mismas abarcan desde los seis años de edad, hasta los dieciséis siendo gratuita, básica y obligatoria. Por tanto, no se reconoce, a diferencia de lo que sostiene la Administración de la Generalidad, el derecho al bachillerato toda vez que, por aplicación de su artículo 17 no tiene naturaleza obligatoria. En segundo lugar, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , se refiere al régimen de la educación infantil (hasta los seis años según la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre) señalando la necesidad de disponer de plazas suficientes. A esta educación se refiere el artículo 4.2 del Decreto impugnado . En tercer lugar, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , regula el derecho a la educación no obligatoria. Por exclusión se debe referir al bachillerato, formación profesional y universitaria. Ello es así desde el momento en que se trata de regímenes no obligatorios y que debe interpretarse en el sentido de que la infantil se regula en el apartado segundo. El régimen de la educación no obligatoria se dedica el artículo 4.4 del Decreto impugnado reconociendo el derecho a los residentes. Lo importante, pues, es concretar cada régimen de educación y las personas que pueden acceder al mismo. El que los no residentes puedan acceder a un ámbito concreto no obligatorio como el infantil se justifica por la edad, pero ello no implica la necesidad de que accedan a los restantes ámbitos no obligatorios.

Para el Abogado del Estado no puede compararse la afirmación de que el artículo 4.6 del Decreto impugnado no reconoce derecho alguno exigible sino que tan sólo establece una obligación de facilitar el acceso, ya que el apartado 4 del artículo impugnado agota el régimen de acceso a la educación no obligatoria sobre la base de reconocer, en sintonía con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , el derecho a los residentes. En este punto debería agotarse la producción normativa del Decreto impugnado.

TERCERO.- La defensa de la Administración de la Generalidad entiende que el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , reconoce un derecho que tiene como elemento subjetivo a todo menor de dieciocho años, y el derecho reconocido es el de recibir la enseñanza en las mismas condiciones que los españoles, siendo esta la única interpretación del precepto que respeta la Convención de los Derechos del Niño, que reconoce el derecho de todos los menores de dieciocho años a recibir una enseñanza primaria obligatoria y gratuita. Mediante el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , no sólo se concede el derecho a la enseñanza básica obligatoria -que en el sistema actual comprende la primaria y la enseñanza secundaria obligatoria - sino también el bachillerato, ya que el sujeto pasivo del derecho es el menor de dieciocho años y si un alumno sigue los cursos con regularidad, y no repite, comienza la primaria con 6 años, la ESO con 12 y el bachillerato con 16, es decir, finaliza el bachillerato -que son dos cursos- con 18 años, y lo mismo cabe decir de la educación infantil, por lo que, en definitiva, la propia Ley Orgánica 8/2000,

de 22 de diciembre, reconoce a los extranjeros, residentes legales o no, el derecho a las enseñanzas que no son obligatorias, como son la infantil y el bachillerato.

Los extranjeros residentes tienen derecho a la enseñanza no obligatoria, y, por tanto, pueden exigir el cumplimiento de la correlativa prestación del servicio, mientras que los no residentes no tienen este derecho, ni la Administración está obligada a prestarlo, tampoco en Cataluña, simplemente a facilitar el acceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.6 del Decreto impugnado, que no otorga un derecho a los extranjeros. En definitiva, ningún extranjero no residente podrá invocar este precepto para reclamar y exigir una plaza para recibir enseñanza no obligatoria, si bien los Departamentos de Enseñanza y Bienestar Social facilitarán el acceso a esta enseñanza al que esté empadronado, siempre que haya plazas suficientes.

Por lo que se refiere al gasto público, si la Administración de la Generalidad, siempre que sus disponibilidades presupuestarias lo autoricen, puede hacer frente a los gastos que comporta la enseñanza de los extranjeros sin residencia legal, nada se lo impide.

CUARTO.- Para la adecuada resolución de las cuestiones suscitadas debe partirse de que el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, mantiene con carácter esencial el reconocimiento del derecho a la educación de todos los extranjeros menores de 18 años en las mismas condiciones que los españoles, pero condicionada, en lo que se refiera a la educación de naturaleza no obligatoria, a la residencia legal en el territorio español. El contenido del derecho queda definido con carácter general por un doble criterio, por la edad del sujeto y el carácter obligatorio o no de las enseñanzas en particular. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, reconoce el derecho a todo extranjero menor de 18 años al acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, pero sólo al residente legal a la educación no obligatoria, entre la que hay que incluir, evidentemente, el bachillerato. Es errónea la tesis de la defensa de la Administración de la Generalidad cuando afirma que la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, reconoce a los extranjeros, residentes legales o no, el derecho a una enseñanza no obligatoria, como es el bachillerato, al reconocer un derecho que tiene como elemento subjetivo a todo menor de dieciocho años, siendo esa edad a la que se finalizan los estudios de bachillerato, porque la edad de dieciocho años a la que alude el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, no cabe vincularla con la que se cursa el bachillerato, sino con el límite de permanencia de los alumnos en los centros ordinarios cursando la enseñanza básica (artículo 6.2 Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 21 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, al decir que la etapa de Educación Secundaria Obligatoria comprende cuatro años académicos, que se cursarán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años, pero que, no obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer escolarizados en régimen ordinario hasta el curso académico completo en que cumplan los dieciocho años de edad, siempre que el equipo de evaluación considere que, de acuerdo con sus actitudes e intereses, puedan obtener el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, lo que no es sino un desarrollo del principio general, contenido en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica, de que la enseñanza básica, obligatoria y gratuita, comprende la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria, incluye diez años de escolaridad y se inicia a los seis años y se extiende hasta los dieciséis, no obstante lo cual, los alumnos tienen derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años, en las condiciones establecidas en la referida Ley.

QUINTO.- La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha modificado el artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, incluyendo, en lo que aquí interesa, en el apartado 1 una referencia a la educación de los extranjeros menores de 18 años -enseñanza básica gratuita y obligatoria- no sólo como derecho sino también como deber, un apartado 2 específicamente dedicado a la educación infantil, reiterando su carácter voluntario y la obligación de los poderes públicos de garantizar la existencia de un número de plazas suficientes, y el apartado 3 dedicado a la enseñanza de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles que queda restringida a los extranjeros residentes.

SEXTO.- La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, exige la residencia en relación con el derecho a acceder a las enseñanzas no obligatorias distintas de la educación infantil, con el derecho a acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación, y con el de crear y dirigir centros educativos, pero no así respecto de los derechos de acceso a la educación básica, gratuita y obligatoria, referido tan solo a los extranjeros menores, con independencia de su condición legal de residente. La Constitución configura un derecho fundamental a la educación básica y gratuita, exigible por nacionales y extranjeros en condiciones de igualdad. En los niveles no básicos el legislador puede establecer modulaciones en el ejercicio de este derecho entre españoles y extranjeros sin que con ello se atente al derecho fundamental a la educación.

La salvedad de la educación infantil, configurada como una enseñanza de régimen general que comprende hasta los 6 años y de carácter voluntario, tiene su razón de ser en la necesidad de salvaguardar la suficiencia de la educación preescolar, correspondiendo a la Administración garantizar la existencia de un número plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. En relación con la educación infantil debe tenerse en cuenta que el artículo 11 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, se refiere a este nivel como voluntario y gratuito, garantizando las Administraciones educativas la existencia de puestos escolares gratuitos en centros públicos y en centros privados concertados para atender la demanda de las familias.

SÉPTIMO.- En cuanto que la Administración de la Generalidad engloba conjuntamente la enseñanza básica obligatoria, la educación infantil y el bachillerato dentro de los derechos que tienen los extranjeros, residentes o no, hasta los 18 años, idea que, como queda dicho, no se ajusta a la legalidad, la previsión contenida en el artículo 4.6 del Decreto impugnado de que el Departamento de Enseñanza y el Departamento de Bienestar Social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente, excede del marco legal, al no exigir la residencia en los términos que lo hace el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, bastando simplemente el empadronamiento para que la Administración de la Generalidad facilite al extranjero el acceso a la enseñanza de naturaleza no obligatoria, utilizando fondos públicos en un actividad no querida por el legislador estatal que tiene competencia exclusiva en materia de extranjería, debiendo la Administración de la Generalidad respetar el estatuto jurídico diseñado por la normativa estatal, más aún cuando resulta difícil encontrar supuestos en los que un extranjero, simplemente empadronado y sin permiso de residencia, se encuentre legalmente en territorio español. Que no se está en presencia de un mero deseo de facilitar al extranjero empadronado el acceso a las enseñanzas no obligatorias lo demuestra la afirmación, contenida en el escrito de contestación a la demanda, que si la Generalidad, siempre que sus disposiciones presupuestarias lo autoricen, puede hacer frente a los gastos que comporta la enseñanza de los extranjeros sin residencia legal, nada se lo impide, de la que cabe extraer la idea de que la Administración de la Generalidad está dispuesta a facilitar gratuitamente a los extranjeros empadronados, sin residencia legal, una enseñanza que ni es gratuita ni obligatoria para los españoles.

OCTAVO.- No ha lugar a efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas causadas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes, conforme dispone el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta, ha decidido:

1º.- Estimar el presente recurso contencioso-administrativo, anulando, por no ser conforme a Derecho, el artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña.

2º.- No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en la substanciación del presente recurso.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.