CONSEJO DE ESTADO

Nº: 502/2014

S E Ñ O R E S :

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 29 de mayo de 2014, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de V. E. de 14 de mayo de 2014, con registro de entrada en esa misma fecha, ha examinado un proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento administrativo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional trigésimo octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, para el reconocimiento del derecho de padres, madres y tutores legales del alumnado que curse educación básica en Comunidades Autónomas con lengua cooficial, a obtener una compensación por los gastos de escolarización en un centro docente privado en el que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, cuando su Administración educativa no provea una oferta razonable de enseñanza en castellano.

De antecedentes resulta:

Primero. El proyecto de Real Decreto

El proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento administrativo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional trigésimo octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, para el reconocimiento del derecho de padres, madres y tutores legales del alumnado que curse educación básica en comunidades autónomas con lengua cooficial, a obtener una compensación por los gastos de escolarización en un centro docente privado en el que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, cuando su administración educativa no provea una oferta razonable de enseñanza en castellano (al que, en adelante, se hará referencia más abreviada como "el Proyecto"), fechado el 7 de mayo de 2014, consta de preámbulo, siete artículos, dos disposiciones adicionales y cuatro disposiciones finales.

El preámbulo destaca que la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), añadió una nueva disposición adicional trigésima octava a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), denominada "Lengua castellana, lenguas cooficiales y lenguas que gocen de protección legal". En virtud de esta nueva disposición adicional se establece la obligación, por parte de las Administraciones educativas, de garantizar el derecho del alumnado a recibir las enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, de forma que al finalizar la educación básica todos los alumnos y alumnas deberán comprender y expresarse, de forma oral y por escrito, en la lengua castellana y, en su caso, en la lengua cooficial correspondiente.

En particular, el cuarto apartado de dicha disposición adicional 38ª prevé que en las Comunidades Autónomas que posean, junto al castellano, otra lengua oficial de acuerdo con sus estatutos, o, en el caso de la Comunidad Foral de Navarra, con lo establecido en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, las Administraciones educativas deberán garantizar el derecho del alumnado a

recibir las enseñanzas en ambas lenguas oficiales. Tanto la asignatura Lengua Castellana y Literatura como la Lengua Cooficial y Literatura deberán impartirse en las lenguas correspondientes –letra a) del mencionado apartado 4-.

La citada disposición adicional, continúa el preámbulo, ofrece dos alternativas a las Administraciones educativas para garantizar este derecho del alumnado.

Por un lado, las Administraciones educativas tienen la posibilidad de diseñar e implantar sistemas en los que se garantice la impartición de asignaturas no lingüísticas integrando la lengua castellana y la lengua cooficial en cada uno de los ciclos y cursos de las etapas obligatorias, de manera que se procure el dominio de ambas lenguas oficiales por el alumnado, y sin perjuicio de la posibilidad de incluir lenguas extranjeras. En este caso, las Administraciones educativas determinarán la proporción razonable de la lengua castellana y la lengua cooficial, pudiendo hacerlo de forma heterogénea en su territorio, atendiendo a las circunstancias concurrentes –letra b) del apartado 4-.

Por otro lado, sigue el preámbulo, las Administraciones educativas podrán establecer sistemas en los que las asignaturas no lingüísticas se impartan exclusivamente en la lengua cooficial, siempre que exista oferta alternativa de enseñanza sostenida con fondos públicos en que se utilice la lengua castellana como lengua vehicular en una proporción razonable –letra c) del apartado 4-. En este caso, la disposición adicional 38ª reconoce a los padres o tutores legales el derecho a que sus hijos o pupilos reciban enseñanza en castellano en esas condiciones, dentro del marco de la programación educativa. Si la programación anual de la Administración educativa competente no garantizase oferta docente razonable sostenida con fondos públicos en la que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previa comprobación de esta situación, asumirá íntegramente, por cuenta de la Administración educativa correspondiente, los gastos efectivos de escolarización de este alumnado en centros privados en los que exista dicha oferta con las condiciones y el procedimiento que se determine reglamentariamente, gastos que repercutirá a dicha Administración educativa. Corresponderá al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la comprobación

del supuesto de hecho que determina el nacimiento de la obligación financiera, a través de un procedimiento iniciado a instancia del interesado, instruido por la Alta Inspección de Educación y en el que deberá darse audiencia a la Administración educativa afectada.

La obligación financiera del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, como prevé la disposición adicional 38ª, tiene carácter excepcional y se extinguirá con la adopción por la Administración educativa competente de medidas adecuadas para garantizar los derechos lingüísticos individuales del alumnado. Como recuerda el preámbulo, la LOMCE, a través del apartado uno de la disposición final tercera, añadió un nuevo apartado 3 a la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, que establece la forma de llevar a cabo la repercusión a las Comunidades Autónomas correspondientes de los gastos de escolarización del alumnado en centros privados en los que exista oferta de enseñanza en la que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, como indica la disposición adicional trigésima octava de la LOE, para lo que el Estado podrá deducir o retener de los importes satisfechos por todos los recursos de los regímenes de financiación de las Comunidades Autónomas el importe de los gastos de escolarización en centros privados asumidos por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por cuenta de las Comunidades Autónomas.

El preámbulo, tras desgranar el contenido de la disposición adicional 38ª de la LOE, recuerda los puntos esenciales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de las lenguas oficiales en la enseñanza (STC 6/1982, STC 87/1983, STC 88/1983, STC 82/1986, STC 137/1986, STC 195/1989, STC 337/1994, STC 134/1997; STC 31/2010 y STC 137/2010) y resume la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de los representantes legales de los alumnos a que el castellano se utilice también como lengua vehicular en la enseñanza de los hijos, con la consiguiente obligación de las Administraciones educativas de adoptar las medidas necesarias para ello (Sentencia de 9 de diciembre de 2010), y sobre el mecanismo de atención individualizada (Sentencias de 13 de diciembre de 2010 y de 12 de junio de 2012).

El preámbulo recuerda que el artículo 84.1 de la LOE exige que la regulación que realicen las Administraciones educativas de la admisión de alumnos garantice la libertad de elección de centro por padres, madres y tutores legales. De conformidad con esta previsión, en las Comunidades Autónomas con lengua cooficial, las Administraciones educativas deberán contemplar la elección del uso del castellano como lengua vehicular en la enseñanza como un criterio general para la adjudicación de las plazas ofertadas.

El artículo 1 establece que el Proyecto tiene por objeto regular, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional trigésima octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el procedimiento administrativo para el reconocimiento del derecho de padres, madres y tutores legales del alumnado que curse educación básica en Comunidades Autónomas con lengua cooficial a obtener una compensación por los gastos de escolarización en un centro docente privado en el que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, cuando su Administración educativa no provea una oferta razonable de enseñanza en castellano.

El artículo 2 identifica las condiciones que han de reunir los padres, madres y tutores legales del alumnado para adquirir la condición de beneficiarios del derecho a la compensación. Se presume, en relación con dichas condiciones que no serán razonables aquellas ofertas de enseñanza en castellano que impliquen la escolarización del alumnado fuera del municipio de su domicilio o zona de escolarización establecida, salvo que la Administración educativa justifique adecuadamente esta circunstancia.

El artículo 3 trata de la iniciación del procedimiento de reconocimiento del derecho a la compensación y regula los sujetos legitimados, el modelo de solicitud, los órganos competentes para tramitar las solicitudes, la documentación que debe acompañarse y la posibilidad de la subsanación con arreglo al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 4 regula la instrucción del procedimiento, que corresponderá a las Áreas Funcionales de la Alta Inspección de Educación en las Delegaciones del Gobierno que, de oficio, acordarán todas las actuaciones necesarias para la tramitación del procedimiento, entre las que se incluye de manera específica el requerimiento de información a la Administración educativa competente sobre la oferta educativa en castellano en la zona de escolarización considerada, que deberá hacer referencia, cuando menos, al número de alumnos y alumnas escolarizados que reciben enseñanza en la que se utiliza total o parcialmente el castellano como lengua vehicular, y número de alumnos y alumnas escolarizados que reciben enseñanza en la que sólo se utiliza la lengua cooficial, por centros y cursos, en la zona de escolarización considerada, con justificación, en su caso, de las diferencias en la proporción de enseñanza en castellano y en la lengua cooficial. Se contempla la audiencia a la Administración educativa competente para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes. Finalmente se prevé que el órgano instructor elevará propuesta de resolución a la autoridad competente para resolver.

El artículo 5 atribuye la competencia para resolver el procedimiento a la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, a la que también corresponde la competencia para revocar el derecho reconocido a obtener la compensación de los gastos de escolarización. Se incluyen en el artículo 5 diversas reglas sobre el plazo máximo para dictar y notificar la resolución (seis meses), el régimen del silencio administrativo (negativo) y de recurso (de alzada ante la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades). Se determina qué debe considerarse como "gastos efectivos de escolarización" que deberán ser objeto de compensación.

El artículo 6 contiene el régimen de revocación del derecho a la compensación.

El artículo 7 trata de la repercusión de los gastos efectivos de escolarización. Prevé que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte remitirá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con periodicidad

trimestral, en su caso, los correspondientes acuerdos de retención por los gastos abonados por padres, madres y tutores legales a los centros docentes privados en ejecución de este real decreto (apartado 1). Y añade que el Estado podrá deducir o retener, de los importes satisfechos por todos los recursos de los regímenes de financiación de las Comunidades Autónomas, el importe de los gastos de escolarización en centros privados asumidos por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por cuenta de las Comunidades Autónomas (apartado 2).

La disposición adicional primera establece que, en lo referente a la obtención de los datos de carácter personal del alumnado, a la cesión de los mismos de unos centros a otros y a la seguridad y confidencialidad de estos, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y, en todo caso, a lo establecido en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo.

La disposición adicional segunda prevé que la aplicación del real decreto no implicará incremento de los costes, ni de las dotaciones presupuestarias públicas. A lo que añade que la Alta Inspección del Estado y la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, realizarán las funciones que les encomienda el real decreto con los recursos humanos existentes en la actualidad, sin que ello pueda suponer incremento de dotaciones, retribuciones ni otros gastos de personal.

La disposición final primera establece que el real decreto se dicta al amparo de las competencias que corresponden al Estado conforme al artículo 149.1.1ª y 30ª de la Constitución, con excepción del artículo 7, que se dicta al amparo del artículo 149.1.14ª de la Constitución.

La disposición final segunda habilita al titular del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para dictar, en el ámbito de sus competencias, cuantas disposiciones sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el real decreto.

La disposición final tercera prevé que, en todo lo no regulado expresamente en el real decreto, será de aplicación supletoria lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en su normativa de desarrollo.

La disposición final cuarta establece que el real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y será de aplicación a la escolarización de alumnos a partir del curso escolar 2014-2015.

Segundo. Contenido del expediente

Además de la Orden de V. E., un índice numerado de los documentos que integran el expediente y las versiones previas del Proyecto (19 de diciembre de 2013 y 25 de febrero, 24 de marzo y 8 de abril de 2014), acompañadas de sus respectivas memorias, obran en el expediente los siguientes documentos:

- Dictamen 6/2014, de la Comisión Permanente del Consejo Escolar del Estado, en sesión celebrada el día 20 de marzo de 2014.

Aparte de efectuar diversas sugerencias de redacción al preámbulo, se propone que el Proyecto precise que en todo momento las "Administraciones educativas" que se mencionan son las "autonómicas", y que se sintetice su título, demasiado extenso. Se efectúan observaciones a los artículos 1, 4, 6 y 7, algunas de las cuales han sido atendidas.

Este dictamen se acompaña de diversos votos particulares que muestran su discrepancia con la reforma de la LOE efectuada por la LOMCE (CCOO, CEAPA y UGT).

- Certificado del Secretario de la Conferencia de Educación, emitido el 21 de marzo de 2014, acreditativo de la consulta a las Comunidades Autónomas del proyecto de real decreto en sesión de 19 de marzo de 2014. Se indica que en la sesión de la Conferencia estuvieron representadas todas las Comunidades Autónomas, excepto Cataluña.

- Borrador del acta de la sesión de 19 de marzo de 2014, celebrada por la Conferencia de Educación. Según resulta del borrador, el Proyecto fue examinado por la Conferencia, poniéndose de manifiesto en el debate las diferentes posturas existentes entre las Comunidades Autónomas sobre su alcance y aun sobre su legalidad.

- Observaciones formuladas por las Comunidades Autónomas. En concreto, se ha adjuntado un documento de autoría indefinida, que efectúa observaciones a los artículos 2 y 4, y las observaciones de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco.

La Generalidad de Cataluña sostiene, entre otros extremos, que el texto proyectado es inconstitucional y recuerda que ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la LOMCE; sostiene que los artículos 2.2 y 4.3 podrían ser contrarios al apartado 4.c) de la disposición adicional 38ª de la LOE, que se vulnera el principio de tipicidad y que no se respeta la posición institucional de la Administración educativa autonómica.

El Gobierno Vasco propone que se incorpore al Proyecto una disposición adicional en la que se explicite que el Real Decreto no es de aplicación a la Comunidad Autónoma del País Vasco en atención al sistema de concierto económico y toda vez que en ella se encuentra reconocido el derecho a recibir la enseñanza en ambas lenguas oficiales y garantizada una oferta razonable de enseñanza en castellano.

- Informes de 25 de marzo de 2014, de la Secretaría General Técnica y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de conformidad con el artículo 24.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

La Secretaría General Técnica formula observaciones al título del proyecto, el preámbulo, los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y 7, muchas de ellas incorporadas al Proyecto, y a la memoria del análisis de impacto normativo, de la que se critica que no identifica la aplicación o aplicaciones presupuestarias

con cargo a cuyos créditos podrían financiarse los eventuales gastos de escolarización a asumir, en su caso, por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Se hace notar, además, que el cálculo económico incluido en la memoria se hace partiendo de los datos de Cataluña, sin hacer alusión al gasto que podría producirse, por ejemplo, en el País Vasco y Galicia.

El informe del artículo 24.3 de la Ley del Gobierno destaca que la norma proyectada pude generar controversias competenciales con las Comunidades Autónomas y, en particular, con la de Cataluña.

- Oficio de 26 de marzo de 2014, de la Oficina de Atención al Ciudadano del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el que se da cuenta de que el Proyecto ha sido sometido al trámite de información pública en el Portal del citado departamento durante el plazo comprendido entre los días 4 y 20 de marzo de 2014.

Se han incorporado al expediente las observaciones de la Asociación por una Escuela Bilingüe de Cataluña (AEB Cataluña), la Asociación por la Tolerancia y la Unión Sindical de Inspectores de Educación.

- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de fecha 25 de marzo de 2014, a los efectos previstos en el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno.

- Aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, de 7 de mayo de 2014, prevista en el artículo 67.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

- Memoria del análisis de impacto normativo, de 7 de mayo de 2014.

La memoria, que se formula con el carácter de abreviada de conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, comienza con un resumen ejecutivo de su estructura y contenido. A

continuación examina la oportunidad del Proyecto, reproduciendo en gran medida el preámbulo de la norma proyectada.

Se describe el contenido del Proyecto y se analiza su adecuación al orden de distribución de competencias. Tras describir la tramitación seguida, se examinan los impactos de la norma proyectada. En lo que se refiere al ámbito presupuestario, se entiende por la memoria que el Proyecto carece de efecto para el Estado, pues el eventual impacto se desplazará a los presupuestos de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 38ª de la LOE. Según la memoria, el cálculo del importe de los gastos de escolarización debe realizarse a partir de dos variables, como son los costes de escolarización por alumnos en los centros privados y el número de alumnos con derecho a acogerse a esta medida. Se entiende que el cálculo exacto del número de alumnos que podrían acogerse al nuevo régimen es complicado por las disparidades que ofrecen las fuentes disponibles. Se ofrece un cálculo aproximado del coste por alumno de la medida (5.157 euros por alumno/año escolar).

Se estima nulo el impacto por razón de género del proyecto.

Y en materia de cargas administrativas, se estima un coste anual de 13.000 euros, partiendo de un volumen de 1.000 solicitudes.

- Nota de cierre de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 14 de mayo de 2014.

En tal estado, el expediente ha sido remitido al Consejo de Estado para dictamen.

I. Objeto y competencia

La consulta versa sobre un proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento administrativo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional trigésimo octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, para el reconocimiento del derecho de padres, madres y tutores

legales del alumnado que curse educación básica en Comunidades Autónomas con lengua cooficial a obtener una compensación por los gastos de escolarización en un centro docente privado en el que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, cuando su Administración educativa no provea una oferta razonable de enseñanza en castellano.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado emite el presente dictamen de conformidad con lo previsto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

El dictamen ha sido solicitado con el carácter de urgencia, con expresa invocación del artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1980 y el artículo 128 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

No se ha expresado en el expediente la razón de la urgencia, que puede encontrarse en la necesidad de tener aprobada la norma de desarrollo de la disposición adicional 38ª de la LOE con anterioridad al comienzo de los procesos de matriculación de alumnos en el curso 2014-2015. Ahora bien, esa necesidad, como se expondrá a continuación, ha afectado a la adecuada configuración del Proyecto, debiendo recordar una vez más el Consejo de Estado que la urgencia en la emisión del dictamen del Consejo de Estado no ha de ir en detrimento de la necesaria calidad de los proyectos normativos que son sometidos a su consideración.

II. Tramitación del expediente

En términos generales, pueden considerarse atendidas las exigencias relativas a la tramitación de normas reglamentarias previstas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Se ha incorporado la memoria del análisis de impacto normativo, que se ha formulado con carácter de abreviada.

Se ha recabado el dictamen del Consejo Escolar del Estado y han participado las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia de Educación.

El Proyecto ha sido sometido a un trámite de información pública.

Obran en el expediente el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previsto en el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, así como el informe del artículo 24.3 de esa misma norma legal.

Además, se ha recabado y obtenido la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, prevista en el artículo 67.4 de la LOFAGE.

Finalmente, se ha incorporado una nota de cierre de la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente.

No obstante el juicio favorable que se ha adelantado, debe hacerse notar que en la Orden de remisión del expediente se indica que "el texto del proyecto, así como el resto de documentos que integran el expediente que se remite, viene a sustituir, una vez actualizado el mismo, al enviado anteriormente con fecha 7 de mayo de 2014".

Esta frase obedece a que, una vez que el expediente tuvo entrada en el Consejo de Estado, se constató que la Orden de remisión era de fecha anterior a alguno de los documentos que integraban el expediente. Una vez corregida esa anomalía, se ha remitido el expediente al Consejo de Estado para la emisión de su preceptivo dictamen.

Junto a lo anterior, ha de destacarse que la memoria carece de una aproximación seria al coste del sistema de compensación regulado en la disposición adicional 38ª de la LOE. En efecto, ofrece al tiempo una estimación del número de alumnos a los que podría afectar este régimen, obtenida de fuentes ajenas, y otra proveniente de la Comunidad Autónoma de Cataluña,

única de la que ofrece datos. Es decir, que no ofrece datos de otras comunidades con lenguas cooficiales y, partiendo de esa insuficiencia, obtiene un coste estimado de la medida superior a los 5.000 euros por alumno, atendiendo a los datos de fuente no oficial. Se revela así la carencia de un estudio sosegado de la situación, así como la dificultad de cuantificar el coste económico que supone el régimen contenido en la disposición adicional 38ª de la LOE. Y no existe tampoco proyección sobre el efecto de incremento de ese coste que previsiblemente pueda tener la puesta en marcha del sistema. La insuficiencia en estos aspectos de la memoria dificulta conocer con la necesaria precisión la situación social sobre la que se va a proyectar.

III. Base normativa y rango

La disposición adicional 38ª de la LOE dispone en la letra c) de su apartado 4 lo siguiente:

"*c) Las Administraciones educativas podrán, asimismo, establecer sistemas en los que las asignaturas no lingüísticas se impartan exclusivamente en lengua castellana, en lengua cooficial o en alguna lengua extranjera, siempre que exista oferta alternativa de enseñanza sostenida con fondos públicos en la que se utilice como vehicular cada una de las lenguas cooficiales.*

En estos casos, la Administración educativa deberá garantizar una oferta docente sostenida con fondos públicos en la que el castellano sea utilizado como lengua vehicular en una proporción razonable.

Los padres, madres o tutores legales tendrán derecho a que sus hijos o pupilos reciban enseñanza en castellano, dentro del marco de la programación educativa. Si la programación anual de la Administración educativa competente no garantizase oferta docente razonable sostenida con fondos públicos en la que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previa comprobación de esta situación, asumirá íntegramente, por cuenta de la Administración educativa correspondiente, los gastos efectivos de escolarización de estos alumnos y alumnas en centros privados en los que exista dicha oferta con las condiciones

y el procedimiento que se determine reglamentariamente, gastos que repercutirá a dicha Administración educativa.

Corresponderá al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la comprobación del supuesto de hecho que determina el nacimiento de la obligación financiera, a través de un procedimiento iniciado a instancia del interesado, instruido por la Alta Inspección de Educación, y en el que deberá darse audiencia a la Administración educativa afectada. El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitimará al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte desarrollará reglamentariamente este procedimiento administrativo".

Por consiguiente, tras el reconocimiento por la LOE del derecho de los padres, madres o tutores a que sus hijos o pupilos reciban enseñanza en castellano, dentro del marco de la programación educativa, contiene las previsiones relativas al desarrollo reglamentario, que presentan el siguiente contenido: de una parte, se habilita para la regulación del procedimiento administrativo previsto en el último párrafo transcrito, del que se perfilan algunos elementos (inicio a instancia del interesado, instrucción por la Alta Inspección, trámite de audiencia y sentido del silencio); de otra parte, se prevé que por reglamento se precisará el régimen de la asunción íntegra por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por cuenta de la Administración educativa correspondiente, de los gastos efectivos de escolarización, "*con las condiciones y el procedimiento que se determine reglamentariamente*".

Como se verá seguidamente, el Proyecto se centra en la regulación del primero de los aspectos destacados, entendiendo el Consejo de Estado que debe necesariamente completarse la regulación proyectada en relación con el segundo aspecto.

Finalmente, la norma proyectada cuenta con cobertura suficiente y el rango –real decreto- es adecuado.

IV. Consideraciones

El Proyecto pretende desarrollar la disposición adicional 38ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), denominada "*Lengua castellana, lenguas cooficiales y lenguas que gocen de protección legal*", introducida por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencias de 8 de abril de 2014, ha acordado admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad núm. 1377-2014 y 1385-2014 contra el artículo único de la LOMCE, por el que se modifica, se da nueva redacción o se añaden determinados preceptos o disposiciones a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, encontrándose entre las disposiciones impugnadas los tres últimos párrafos del apartado 4 de la nueva disposición adicional 38ª de la LOE. Los párrafos impugnados disponen lo siguiente:

"*Los padres, madres o tutores legales tendrán derecho a que sus hijos o pupilos reciban enseñanza en castellano, dentro del marco de la programación educativa. Si la programación anual de la Administración educativa competente no garantizase oferta docente razonable sostenida con fondos públicos en la que el castellano sea utilizado como lengua vehicular, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previa comprobación de esta situación, asumirá íntegramente, por cuenta de la Administración educativa correspondiente, los gastos efectivos de escolarización de estos alumnos y alumnas en centros privados en los que exista dicha oferta con las condiciones y el procedimiento que se determine reglamentariamente, gastos que repercutirá a dicha Administración educativa.*

Corresponderá al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la comprobación del supuesto de hecho que determina el nacimiento de la obligación financiera, a través de un procedimiento iniciado a instancia del interesado, instruido por la Alta Inspección de Educación, y en el que deberá darse audiencia a la Administración educativa afectada. El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitimará al interesado

o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte desarrollará reglamentariamente este procedimiento administrativo.

La obligación financiera del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte tendrá carácter excepcional y se extinguirá con la adopción por la Administración educativa competente de medidas adecuadas para garantizar los derechos lingüísticos individuales de los alumnos y alumnas. A estos efectos, no se considerarán adecuadas las medidas que supongan la atención individualizada en castellano o la separación en grupos por razón de la lengua habitual".

Resulta así que han sido recurridos ante el Tribunal Constitucional aquellos apartados de la disposición transitoria 38ª de la LOE en los que se contiene la habilitación para el desarrollo reglamentario de ciertas previsiones legales que se articula a través del presente Proyecto.

En cualquier caso, como ha señalado de manera reiterada el Consejo de Estado, esa circunstancia no es per se óbice para que el Gobierno ejerza la potestad reglamentaria en los términos en los que constitucional y reglamentariamente le corresponde, pero aconseja llevar a cabo un desarrollo que atienda a las previsiones legales a desarrollar y al marco constitucional en que está llamado a insertarse. La materia educativa presenta un elevado nivel de conflictividad competencial (como revela la larga serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 87/1983), realidad que ha de ser tenida en cuenta a la hora de normar en este concreto ámbito, a fin de garantizar la adecuación de las diferentes normas al orden de distribución de competencias y a su interpretación por el Tribunal Constitucional.

En este punto debe traerse a colación que la LOMCE introdujo un nuevo apartado en la disposición adicional de la LOFCA, conforme al cual:

"*3. Para llevar a cabo la repercusión a las Comunidades Autónomas correspondientes de los gastos de escolarización de alumnos y alumnas en centros privados en los que exista oferta de enseñanza en la que el*

castellano sea utilizado como lengua vehicular, como indica la disposición adicional trigésima octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el Estado podrá deducir o retener, de los importes satisfechos por todos los recursos de los regímenes de financiación de las Comunidades Autónomas, el importe de los gastos de escolarización en centros privados asumidos por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por cuenta de las Comunidades Autónomas".

Esta previsión, introducida en la LOFCA por ley posterior y especial, se inserta en una norma que, como la citada, contiene una serie de principios (como la corresponsabilidad o la lealtad institucional, entre otros) que articulan el ejercicio de la actividad financiera del Estado y de las Comunidades Autónomas a fin de garantizar su necesaria coordinación. La LOFCA, empero, no se limita a introducir esos principios y a establecer las correspondientes normas reguladoras de la respectiva actividad financiera, sino que incluye además disposición orgánicas, entre las que destaca el Consejo de Política Fiscal y Financiera (artículo 3), como órgano de coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia fiscal y financiera. Aun cuando podría entenderse que la intervención de este órgano no era precisa en la elaboración de este proyecto de real decreto, a la vista de su listado de competencias, no lo es menos que la evidente incidencia presupuestaria que presenta habría hecho aconsejable que se examinara esta propuesta normativa en su seno. Permite alcanzar esta conclusión el principio de lealtad institucional, en el sentido del art 2.1.g) de la LOFCA, que trata del impacto positivo o negativo que puedan implicar las actuaciones legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas, y en la versión recogida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, conforme al cual:

"*Las Administraciones Públicas se adecuarán en sus actuaciones al principio de lealtad institucional. Cada Administración deberá:*

a) Valorar el impacto que sus actuaciones, sobre las materias a las que se refiere esta Ley, pudieran provocar en el resto de Administraciones Públicas.

b) Respetar el ejercicio legítimo de las competencias que cada Administración Pública tenga atribuidas.

c) Ponderar, en el ejercicio de sus competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones Públicas.

(...)".

Se echa en falta en el expediente, como ya se ha advertido, una valoración adecuada del impacto de esta iniciativa normativa en las Comunidades Autónomas implicadas, en línea con lo establecido en las letras e) del artículo 2.1 de la LOFCA y en las letras a) y c) de artículo 9 de Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera transcritas.

En suma, el desarrollo normativo de la disposición adicional 38ª de la LOE debe atender al conjunto normativo expuesto y, a juicio del Consejo de Estado, no lo hace de manera adecuada pues ni la memoria ni el Proyecto sometido a su consideración ofrecen elementos suficientes para determinar la razonabilidad de la oferta de enseñanza y los límites y las condiciones de la asunción del gasto efectivo de escolarización por el Estado y su subsiguiente cargo a las Comunidades Autónomas, incluido el techo del gasto a asumir por estas últimas. Estos extremos serán objeto de observaciones específicas con posterioridad, pudiendo afirmarse no obstante en este momento que el Proyecto presenta notables carencias.

Por otra parte, y en relación con algunas observaciones efectuadas con ocasión de la tramitación del expediente, no pueden atenderse aquellas observaciones que pretenden la inclusión en el texto proyectado de precisiones del régimen legal vigente que pueden resultar redundantes o innecesarias, como la sugerida por el Gobierno Vasco; y ello porque el nuevo apartado 3 de la disposición adicional 8ª de la LOFCA, introducido por la LOMCE, que regula el sistema de detracción por el Estado de los importes abonados a los beneficiarios en concepto de derecho a la compensación por

gastos de escolarización, sólo es aplicable a las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (tal y como reza el título de esa disposición adicional 8ª), rigiéndose la Comunidad Autónoma vasca por su tradicional régimen de concierto económico (disposición adicional 1ª de la LOFCA).

En resumen, entiende el Consejo de Estado que el Proyecto carece de la necesaria precisión en cuestiones relevantes que, por su carácter de norma reglamentaria, podrían encontrar en él el lógico acomodo. Así, no hay indicación de criterio alguno, más allá de la presunción del proyectado artículo 2.2 que se examinará a continuación, que permita valorar qué se entiende por la "proporción razonable" que ha de guardarse entre lenguas en el diseño e implantación de los sistemas educativos, ni se precisan las condiciones de la asunción íntegra por el Estado de los gastos efectivos de escolarización, que se mencionan en la disposición adicional 38ª para su concreción por reglamento. Estas carencias, de no ser atendidas, podrían afectar a la efectiva aplicación del Proyecto y a la viabilidad misma del procedimiento de reconocimiento del derecho que regula. Para tratar de evitar en la medida de lo posible esa deriva, se realizarán a continuación diversas observaciones.

Debe llamarse la atención, en cualquier caso, sobre la complejidad de la materia, en la que se concatenan tres (o cuatro) procedimientos sucesivos: el de escolarización, finalmente producida en un centro privado, el de solicitud de reconocimiento del derecho a la compensación de los gastos de escolarización y el de abono por el Ministerio de esos gastos a los representantes legales de los alumnos, seguidos del de índole presupuestaria, a través del cual la Administración del Estado repercute los gastos sufragados a la Administración educativa correspondiente. Entiende el Consejo de Estado que no se debe fragmentar la regulación de los distintos aspectos procedimentales que requiere el desarrollo reglamentario que exige la efectividad de lo dispuesto en la disposición adicional referida. El Proyecto debe abordar la reglamentación completa, incluyendo el segundo y tercer procedimientos indicados, su lectura revela, sin embargo, que se centra en el segundo de los procedimientos, pero guarda prácticamente silencio sobre el tercero de ellos. Esta falta de regulación, que será abordada al examinar el

artículo 5 del Proyecto, resulta capital pues priva al Proyecto de la complitud que es exigible, atendiendo a las habilitaciones reglamentarias que pretende desarrollar.

Hechas estas consideraciones preliminares procede analizar el contenido del Proyecto de Real Decreto sometido a consulta.

a) **Título del Proyecto:** Aun cuando es cierto que el título de las disposiciones normativas ha de ser explicativo de su contenido, el presente caso excede de los contornos admisibles y es excesivamente prolijo. Bastaría, a juicio del Consejo de Estado, con una referencia al apartado 4 de la disposición adicional 38ª de la LOE y al objeto del Proyecto, de manera que expresara que se pretenden regular los procedimientos administrativos relativos al reconocimiento del derecho a la compensación de los gastos de escolarización previsto en dicha norma legal. Esta observación afecta al contenido del proyectado artículo 1 que ha de tener un contenido descriptivo del objeto del Proyecto, acorde con las observaciones efectuadas, en el bien entendido de que el Proyecto en realidad lo que pretende regular son el procedimiento de solicitud de reconocimiento del derecho a la compensación de los gastos de escolarización y el procedimiento de abono por el Ministerio de esos gastos a los representantes legales de los alumnos.

b) **Artículo 2:** Por lo que se refiere al artículo 2.1.a), se prevé como una de las condiciones para poder instar el reconocimiento del derecho a la compensación "que el alumno o alumna deba escolarizarse en una Comunidad Autónoma que tenga lengua cooficial". Esta redacción no precisa, como sí hace la disposición adicional 38ª (apartados 1 y 4), que la lengua cooficial lo es "de acuerdo con los respectivos Estatutos de Autonomía". Es decir, que el legislador ha parecido querer excluir del sistema de la disposición adicional 38ª a las lenguas protegidas pero no oficiales. Debe precisarse este extremo en el Proyecto para armonizar la redacción legal y reglamentaria.

En relación con el artículo 2.1.b), en él se emplea la siguiente frase para definir una de las condiciones que han de concurrir para que los beneficiarios adquieran el derecho a compensación: "Que la Comunidad

Autónoma haya optado por un modelo en el que las asignaturas no lingüísticas se impartan...".

La disposición adicional 38ª no emplea el término "modelo", sino los de "oferta educativa" o "sistema", que parecen preferibles, a fin de evitar disparidades con la norma legal de cobertura.

El artículo 2.2 del Proyecto dispone lo siguiente:

"2. A efectos de este real decreto, se presumirán no razonables aquellas ofertas de enseñanza en castellano que impliquen la escolarización del alumnado fuera del municipio de su domicilio o zona de escolarización establecida, salvo que la Administración educativa justifique adecuadamente esta circunstancia".

A juicio del Consejo de Estado este precepto debe ser revisado. Como se ha apuntado, el Proyecto no fija los criterios que en la disposición adicional 38ª se enuncian como conceptos jurídicos indeterminados, siendo el reglamento de desarrollo de esa disposición complementaria el lugar idóneo para efectuar dicha precisión. En tal sentido no es aconsejable que se introduzca en el Proyecto una presunción del tenor de la examinada, que traslada a las Comunidades Autónomas la carga de justificar la razonabilidad de su oferta de enseñanza en castellano sin precisar el momento en que habrá de desplegar sus efectos. En el diseño de la oferta educativa pueden tratar de tenerse en cuenta todos los elementos en presencia, pero difícilmente podrá saberse a priori si la oferta de enseñanza implicará per se la escolarización del alumno fuera del municipio o zona de escolarización establecida. Si lo que se pretende es integrar esa presunción en el marco del procedimiento del reconocimiento del derecho, entonces se considera que no ha de adoptar la forma de presunción, sino de criterio a tener en cuenta por el órgano instructor para formular la propuesta de resolución (artículo 4.4), entre otros posibles (así, podrían tenerse en cuenta los documentos aportados por los representantes legales de los alumnos, las alegaciones de la correspondiente Administración educativa y ser considerados criterios como la estructura territorial de las zonas

de escolarización, las posibilidades de traslado de expediente entre zonas o la oferta misma de centros privados en dichas zonas).

Por lo demás, nada se regula en este artículo 2, ni en el 6, acerca de qué ocurre cuando no haya colegio privado con la oferta en lengua castellana en el municipio o zona de escolarización, o cuando por criterios ideológicos legítimos, no quieran los padres escolarizar al hijo o hija en el único o los únicos existentes. En estos casos es obvio que tendría que asignársele al parecer, un colegio privado fuera del municipio o zona de escolarización ya que no hay límite ni criterio alguno en el proyecto a la hora de la elección del colegio privado (o desde luego, no hay límite territorial alguno) ya que podrá asistir a cualquier colegio privado de su elección. Si esta situación, que el alumno o alumna se desplace fuera del término o zona, es razonable para la solución, es como mínimo dudosa la pretensión que refleja este artículo de que ello en cambio no lo sea y por tanto, se deba regular en otros términos .

Es evidente, en suma, que la previsión contenida en este artículo 2.2 no se compadece con una adecuada definición de la razonabilidad de la oferta educativa y que, por ello, ha de ser suprimida o reformulada.

Esta observación tiene carácter esencial, de conformidad con lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánica del Consejo de Estado.

c) **Artículo 3:** En este precepto se emplean las denominaciones de órganos administrativos específicos (como la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades) a los que se atribuye el ejercicio de funciones específicas en el procedimiento proyectado. El empleo de referencias concretas a unidades administrativas es rechazable, por cuanto la organización administrativa es mudable por definición, siendo preferible el empleo de referencias a la competencia de las administraciones implicadas (en el presente caso, por ejemplo, podría emplearse la mención al órgano con competencias en materia de cooperación territorial con las Administraciones educativas).

El artículo 3 precisa en su apartado 4 la documentación que ha de acompañar a la solicitud de reconocimiento del derecho a la compensación. Entre esa documentación se encuentra la siguiente:

- Copia compulsada de la documentación acreditativa de la identidad del interesado, o bien su consentimiento para que el órgano instructor pueda comprobar los datos personales incorporados a los documentos de identidad del interesado mediante un Sistema de Verificación de Datos de Identidad –letra a)-. El empleo del concepto de "interesado", siendo correcto, es insuficiente pues, al tratar el Proyecto de los beneficiarios, identifica como tales a los representantes legales de los alumnos afectados. Se entiende más adecuado que se incluyan estos matices en el Proyecto, a fin de que la acreditación de la identidad alcance a los alumnos y a sus representantes legales.

- Copia de la solicitud de admisión presentada a la Administración educativa en la que figure la solicitud de utilización del castellano como lengua vehicular en la enseñanza, o en su defecto copia de la solicitud expresa de utilización del castellano como lengua vehicular en la enseñanza –letra b)-.

- Copia del documento que acredite la matriculación del alumno o alumna en el centro privado docente –letra c)-. En relación con esta regla, se sugiere precisar que el centro privado docente en el que se ha efectuado la matriculación es el que reúne las características recogidas en la letra d) del artículo 2.1 del Proyecto.

A la vista de este listado de documentación se ha señalado en el expediente (Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) que quizás debiera exigirse la justificación de que la solicitud de la utilización de la lengua vehicular no ha sido atendida por la Administración educativa. Entiende el Consejo de Estado que no es precisa la inclusión de este requisito en el Proyecto, que supone la introducción de una carga administrativa para los ciudadanos, pudiendo alcanzarse la finalidad perseguida con la realización de actuaciones de instrucción del procedimiento (artículo 4.1 del Proyecto).

Finalmente, en la medida en que la disposición final 3ª del Proyecto prevé la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, no parece preciso recoger de manera expresa en el proyectado artículo 3.5 la mención a la posibilidad de subsanación de solicitudes reguladas en el artículo 71.2 de la Ley 30/1992.

d) **Artículo 4:** Se sugiere precisar en el segundo apartado que la información que puede solicitar el órgano instructor a la correspondiente Administración educativa sobre la oferta educativa en castellano en la zona de escolarización contemplada comprenderá, en todo caso, la expresión del número total de alumnos escolarizados, desglosados en función de si en la enseñanza que reciben se emplea total o parcialmente el castellano o sólo la lengua cooficial.

e) **Artículo 5:** El plazo de seis meses de duración del procedimiento parece un tanto excesivo, habida cuenta de la duración de los cursos educativos; dicho plazo puede determinar, a la postre, que el reconocimiento o denegación del derecho se produzca una vez cercano a concluir el curso, con el consiguiente coste para las familias afectadas. Quizás la reducción del plazo previsto a tres meses fuera más coherente con la finalidad perseguida por la norma proyectada. Por otra parte, ha de introducirse en el Proyecto que la resolución del recurso de alzada que dicte el Secretario de Estado con competencias en la materia es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se ha señalado con anterioridad que la disposición adicional 38ª de la LOE prevé que se precisarán por norma reglamentaria las condiciones en las que se producirá la asunción por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de los gastos efectivos de escolarización.

Como ya se ha adelantado en el presente dictamen, este punto merece una reflexión específica. El Estado puede reconocer a los padres derechos de compensación económica en determinadas circunstancias vinculadas con la escolarización de sus hijos. La Ley Orgánica menciona la asunción integra por el Estado (central y autonómico) de los gastos efectivos de

escolarización; ahora bien, la asunción integra no debe entenderse como asunción ilimitada de los gastos justificados ante la Administración del Estado. En este sentido, cabe decir que el Proyecto no contiene, a juicio del Consejo de Estado, los elementos suficientes para considerar adecuadamente desarrollado el sistema diseñado por la disposición adicional 38ª de la LOE. Y ello porque no establece una adecuada regulación de los límites a la asunción por el Estado de los gastos efectivos de escolarización y de la subsiguiente repercusión en las Haciendas autonómicas. Esta laguna debería colmarse en el artículo 5 del Proyecto, cuyo contenido al respecto es insuficiente. Entiende el Consejo de Estado que la falta de previsión y reglamentación adecuada de los indicados extremos afecta a la corrección del Proyecto, que carece por consiguiente de los elementos relevantes para concretar el mandato legal a desarrollar. Esta observación tiene carácter esencial, de conformidad con el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

Junto a ello, como ya ha sido adelantado, el artículo 5 no regula de manera suficiente el procedimiento de abono por el Ministerio de los gastos efectivos de escolarización a los representantes legales de los alumnos.

Si bien es cierto que el Proyecto (artículo 5.2) identifica los gastos efectivos de escolarización (los necesarios en cada caso para la eficaz prestación del servicio educativo), llama la atención el carácter parcial de las reglas o previsiones (las "condiciones" que evoca la LOE) relativas a esa asunción.

Y es que esa previsión legal puede desarrollarse tanto desde un plano formal, como material. En el aspecto formal, se prevén los mecanismos de justificación del gasto (proyectado artículo 5.3), pero no se incluye una medida que contribuiría a la mejora del procedimiento desde su inicio, como sería la determinación apriorística de los centros privados en los que podría verificarse la matriculación de los alumnos, con anticipación suficiente en la medida de lo posible de la tramitación de los expedientes, extremos estos que a su vez deberían ir acompañados de un diseño del sistema de acceso al mecanismo de reconocimiento del derecho a la compensación notablemente diferente al que recoge la norma proyectada.

En un plano material, es cierto que el Proyecto hace el esfuerzo de precisar los términos legales y en su artículo 5.2 concreta qué ha de entenderse por "gastos efectivos de escolarización". Pero esa concreción no se acompaña de regla alguna que identifique un criterio de referencia válido para determinar esa asunción por el Estado, como bien podría ser el coste medio de una plaza de enseñanza pública en cada Comunidad Autónoma o el de la existencia de oferta efectiva de escolarización en los términos previstos en el artículo 6.1.a) del Decreto proyectado ("...cuando la administración haya adoptado medidas que supongan la atención individualizada en castellano o la separación en grupos (...) por razón de la lengua habitual"), criterio este que, con las debidas garantías, podría considerarse en este ámbito, en vez de como causa de revocación como causa de reconocimiento del derecho. Estas reglas podrían evitar situaciones de empleo inadecuado del mecanismo de reconocimiento del derecho, que ya se prevén pero a posteriori en el Real Decreto proyectado a través de la revocación (artículo 6), y servirían como condición de la asunción por el Estado del coste de escolarización, sin perjuicio de aquellos casos excepcionales en los que, sin disponer de oferta viable de la Administración Educativa. la oferta privada disponible presente características especiales que habrán de analizarse y en su caso justificarse. Tampoco se prevén mecanismos de pago anticipado a las familias para evitar los detrimentos –que pueden traducirse en la ineficacia práctica del sistema- que les supondrá acogerse a este sistema.

Como puede advertirse, la inclusión de los anteriores criterios permitiría dotar al Proyecto de un contenido más sólido y conforme a la legalidad a desarrollar; su ausencia del reglamento proyectado hace incidir a este en su resaltado carácter parcial e insuficiente para tratar de atender de manera adecuada la finalidad perseguida por el legislador orgánico.

Por ello, en cuanto el artículo 5, en sus apartados 2, 3 y 4, no presenta esos mínimos elementos, debe formularse una observación de carácter esencial, de conformidad con el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

f) Artículo 6: De acuerdo con lo anteriormente indicado, la regla contenida en el artículo 6.1.a) según la cual no se considerará en ciertos casos, como los de establecimiento de la "atención individualizada en castellano", que la Administración garantiza que el alumno o alumna recibe enseñanza en castellano, dentro del marco de su programación educativa, puede ser matizada si se prevé que sí podrá concurrir esa garantía en presencia de circunstancias excepcionales, que se adecúen a la finalidad perseguida por la LOE y la jurisprudencia en la materia.

El régimen de revocación del reconocimiento del derecho a obtener la compensación de los gastos educativos ha sido objetado por considerar que no garantiza la estabilidad de los alumnos concernidos por procesos de revocación. A juicio del Consejo de Estado el Proyecto carece, en efecto, de previsiones al respecto y debería atenderse en cada caso al momento temporal en que se produce la revocación para que se originen los menores efectos adversos en la escolarización producida. El Consejo Escolar del Estado ha sugerido que se garantice la estabilidad del alumnado afectado, al menos, un curso escolar en el centro donde estuvieran matriculados. Una solución general de esta clase podría ser incluida en el Proyecto sin que padeciera el sistema de revocación que regula su artículo 6.

Se echa en falta asimismo que se prevean de manera más clara las consecuencias derivadas de la concurrencia de la causa de la letra b) (reconocimiento del derecho a la compensación obtenido de manera fraudulenta) del artículo 6.1; podría incluirse en el Proyecto una previsión que especificase que la responsabilidad a que se refiere esa letra se concreta, cuando menos, en la devolución de los gastos de escolarización sufragados por la Administración del Estado. Entiende el Consejo de Estado, en cualquier caso, que el régimen de reacción que se contempla en este precepto para los casos detectados de fraude ha de ir acompañado de un notable refuerzo de las medidas de orden preventivo, ausentes del Proyecto, que traten de evitar precisamente el empleo fraudulento del derecho reconocido en la disposición adicional 38ª de la LOE.

g) **Disposición adicional segunda:** Este Consejo de Estado tiene dicho que este género de disposiciones carece de carácter normativo, por lo que no deben integrarse en las normas.

h) **Disposición final primera:** La redacción de esta disposición, referida a los títulos competenciales, se debe al informe emitido conforme al artículo 24.3 de la Ley del Gobierno. Entiende el Consejo de Estado que deben incorporarse al texto del Proyecto las competencias concretas del Estado a las que se refieren los números 1, 14 y 30 del artículo 149.1 de la Constitución.

En relación con ello, debe revisarse la memoria del análisis de impacto normativo a fin de adecuar su contenido al del Proyecto. Se ha detectado, por ejemplo, que en su página 16, incluida en el marco del análisis de la adecuación del Proyecto al orden de distribución de competencias, se indica que la reglamentación en proyecto se dicta al amparo de las competencias del Estado recogidas en los números 1, 14 y 30 del artículo 149.1 de la Constitución, si bien, solo se incluye en la disposición final primera del Proyecto el título que se considera prevalente, esto es, el artículo 149.1.1. Como resulta de los antecedentes extractados y de las consideraciones efectuadas, la versión sometida a la consideración del Consejo de Estado invoca expresamente los números 1, 14 y 30 del artículo 149.1 de la Constitución como títulos competenciales en cuya virtud se dicta el Proyecto, extremo que debe tener el consiguiente reflejo en la memoria.

En definitiva, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en el dictamen, entiende el Consejo de Estado que el Proyecto ha de ser reconsiderado en su conjunto para atender de manera adecuada con el desarrollo de la disposición adicional 38ª de la LOE y dar así la necesaria corrección técnica al proyectado Reglamento y al conjunto normativo en que se integra.

CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones realizadas a los artículos 2.2 y 5, apartados 2, 3 y 4, y consideradas las restantes, puede V. E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el proyecto de Real Decreto a que se refiere la consulta."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 29 de mayo de 2014
LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,