

Roj: **STS 605/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:605**Id Cendoj: **28079130042017100083**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **21/02/2017**Nº de Recurso: **353/2016**Nº de Resolución: **296/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AS 2698/2015,**  
**STS 605/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 21 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 353/16 interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en nombre y representación del Principado de Asturias contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 dictada en el recurso 722/2015 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, tramitado por el cauce especial de protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, a instancias de D. Pedro Enrique contra el Decreto 42/2015 de 10 de junio por el que se regula la ordenación y se establece el currículo del Bachiller en el Principado de Asturias, que fue publicado en el BOPA nº 149 de fecha 29 de junio, en el punto concreto referido a la regulación de la asignatura de Religión Católica en el primer curso de Bachillerato. Ha sido parte recurrida D. Pedro Enrique representada por el procurador de los tribunales D. Manuel Gómez Montes y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 722/15 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2015, que acuerda: "En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha decidido: Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Francisco Javier Álvarez Riestra, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Pedro Enrique, contra el Decreto 42/2015, de 10 de junio, por el que se regula la ordenación y se establece el currículo del Bachillerato en el Principado de Asturias, estando la Comunidad Autónoma demandada representada por un Letrado de su Servicio Jurídico, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, Decreto que se anula en lo que respecta al primer curso de Bachillerato por lo que se refiere a la enseñanza de Religión, por existir vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, manteniéndose en todo lo demás. Sin hacer expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal del Principado de Asturias se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 3 de de 2016 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.



**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2016 formula alegaciones interesando la estimación del primer motivo del recurso de casación e inadmitiendo el segundo de los motivos por falta de legitimación de la parte recurrente, o subsidiariamente, estimando, asimismo el segundo de los motivos de casación invocado.

**QUINTO.-** La representación procesal de D. Pedro Enrique mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2016 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

**SEXTO.-** Por providencia de 4 de julio de 2016 se señaló para votación y fallo para el 22 de noviembre de 2016 suspendiéndose por la celebración del Pleno de la Sala y trasladándose al 14 de febrero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en nombre y representación del Principado de Asturias interpone recurso de casación 353/2016 contra la sentencia estimatoria parcial de 30 de diciembre de 2015 dictada en el recurso 722/2015 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, tramitado por el cauce especial de protección de los Derechos Fundamentales de la Persona respecto del Decreto 43/2015 de 10 de junio.

La sentencia (completa en Cendoj **Roj**: STSJ AS 2698/2015 - **ECLI:ES:TSJAS:2015:2698**) identifica el acto impugnado en su PRIMER fundamento al tiempo que consigna lo esencial de la pretensión actora y la oposición de la administración. También refleja que el ministerio fiscal pone de relieve que la Sala anuló en parte el Decreto 42/2015.

Ya en el SEGUNDO reproduce la Sentencia de 19 de octubre de 2013 del propio Tribunal Superior de Justicia dictada en el recurso contencioso-administrativo 609/2015.

En el TERCERO afirma que si bien dicha Sentencia no ha alcanzado firmeza ello no es óbice para su reiteración. (Añadimos nosotros que la referida sentencia ha sido anulada por Sentencia de 22 de noviembre de 2016 al estimar este Tribunal Supremo el recurso de casación 3698/2015) deducido contra la precitada sentencia).

**SEGUNDO.-** 1. Un primer motivo al amparo del art. 88.1.d) LJCA, aduce infracción de la jurisprudencia, SSTS de 26 de enero de 1998, rec. 123/1995, de 14 de abril de 1998, rec. 225/1995, de 10 de diciembre de 2001, rec. 3586/1995, y de 20 de julio de 2012, recurso 580/2011.

Dice que la aplicación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979 determina que el Plan educativo ha de incluir la enseñanza de la Religión católica en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

A su entender la equiparación con otras disciplinas, no debe ser entendida como identidad total, incluida la carga lectiva, sino en términos de mera homogeneidad, premisa que mantiene el Decreto impugnado, en tanto que la materia controvertida es evaluable, de oferta obligada y de libre elección.

1.1. El Ministerio fiscal pide su estimación por entender indebida la aplicación de la Sentencia de 20 de julio de 2012.

Sostiene que dicha disciplina alternativa no era necesaria, pues quien optase por la materia de religión no resultaba discriminado dado que su elección se efectuaba en el mismo grupo de materias específicas y entre las mismas materias que tenían que elegir los demás alumnos, según la modalidad de bachillerato cursada.

Aduce que la elección se circunscribía a un mínimo de dos y a un máximo de tres materias, como el resto de los alumnos, y el menor bagaje curricular en las materias no seleccionadas era idéntico al que podría predicarse para el resto de los alumnos.

Añade que la elección de la asignatura de religión no implicaba una mayor carga lectiva mínima, sino que esta última permanecía idéntica a la de cualquier alumno con independencia de las materias específicas por las que hubiera optado. Por último, la evaluación de la religión había de realizarse en los mismos términos y con los mismos efectos que las demás asignaturas.

Razona que una disciplina alternativa a la de religión, en el marco del Decreto del Principado de Asturias, podría generar un efecto discriminatorio para aquellos alumnos que no hubieran elegido la materia de religión. Estos últimos, de seguir la tesis de la sentencia de instancia, se verían forzados a optar obligatoriamente por la disciplina alternativa, o bien les obligaría a renunciar a la elección de una de las dos o tres asignaturas específicas, por las que libremente hubieran optado, o bien les forzaría a soportar una mayor carga lectiva,



al tener que cursar obligatoriamente, además de las dos o tres asignaturas específicas elegidas, la disciplina alternativa a la religión.

Analiza las sentencias invocadas. Singularmente, la de 20 de julio de 2012. Objeta que establecían como uno de los motivos para justificar que el tratamiento de la religión lo fuera en condiciones equiparables, el de que no se produjesen efectos disuasorios, ni se estableciesen condiciones que afectasen o incidiesen en la libertad de opción de esa asignatura. Sostiene que la regulación del Decreto combatido en cuanto al primer curso de bachillerato, no establece condiciones que cercenen o incidan en esa libertad de opción.

Y, sin embargo, de establecerse la disciplina alternativa como materia obligatoria para quienes no optasen por la religión, se trasladaría a estos últimos una carga desproporcionada.

1.2. La representación de D. Pedro Enrique, antes de interesar la desestimación del motivo por entender adecuada a derecho la sentencia impugnada, pone de manifiesto que mientras el ministerio fiscal ahora interesa la estimación del recurso de casación en instancia sostuvo que el Decreto 42/2015 vulneraba los derechos fundamentales de igualdad y discriminación.

A su entender el escrito del fiscal supone una adhesión al recurso de casación no prevista en las normas.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1d) LJCA, invoca infracción de los arts. 14, 16.1 y 16.3 CE en relación con los arts. 3, 23, 27.4 y DA 3 del RD 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la ESO y del Bachillerato.

Rechaza que la no previsión de una asignatura complementaria a la Religión con igual carga lectiva conlleve vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos.

Crítica que la sentencia recurrida no especifica si la referencia a la materia de Religión incluye únicamente la Religión católica o también las religiones judía, evangélica y islámica.

Añade que la Sala de instancia, a diferencia de lo que hizo en la sentencia de 19 de octubre de 2015, relativa al Decreto de Educación Primaria, no equipara la materia de Religión con otras materias del currículo ni compara su horario. No aclara qué entiende por materia complementaria a la de Religión, ni explica la razón por la que se vulnera el acuerdo con la Santa Sede, puesto que estando la materia de Religión incluida en el bloque de asignaturas específica, y estando concebido el número de sesiones lectivas que los alumnos han de cursar entre materias específicas y de libre configuración, existe la posibilidad de que los alumnos no elijan cursar Religión y puedan completar su horario con la elección de otra materia con el mismo número de horas.

Recalca que el RD 1105/2014, de 26 de diciembre no obliga a los alumnos de Bachillerato a cursar la materia de religión u otra materia de forma paralela, como sí establece respecto de las enseñanzas de ESO, sino que incluye esa materia en el bloque de asignaturas específicas.

2.1. También el ministerio fiscal pide la estimación del motivo.

Arguye que la sentencia infringe lo dispuesto en los arts. 3.c) y 27.4 del Real Decreto, que, respectivamente, no atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias para añadir materias específicas, ni contemplan en el grupo de materias específicas una asignatura complementaria a la religión.

Recuerda que el Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, reproduce lo dispuesto en los arts. 6 bis, en cuanto a la distribución de competencias y 34 bis, en cuanto las materias específicas de primer curso de bachillerato, entre las que se incluye la religión, pero sin contemplar una disciplina alternativa, de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, introducidos por la LO 8/2013 de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

Señala que la regulación estatal sobre la materia impide que la administración autonómica pueda crear e incluir en el primer curso de bachillerato una asignatura específica nueva, como sería la disciplina alternativa a la religión que propugna la sentencia de instancia.

2.2. La representación de D. Pedro Enrique interesa también la desestimación del segundo motivo.

**TERCERO.-** Al igual que se hizo en la Sentencia de 22 de noviembre de 2016 conviene despejar el alegato de la parte recurrida acerca de la distinta posición del ministerio fiscal en la instancia y en sede casacional.

Hemos de partir de que el ministerio fiscal no se adhiere al recurso de casación de la administración recurrente, lo que está vedado en sede casacional. Su posición es autónoma con sujeción al principio de legalidad también en los procesos contencioso-administrativos que prevean su intervención, apartado 14 del art. 3 de su Estatuto, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por lo que puede mantener distinto criterio en instancia y al formalizar el trámite de audiencia del art. 94.1. LJCA.



Por ello no resulta extraña una situación como la denunciada ya que el artículo 94 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, que está vigente "en lo que no se oponga" al actual Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre (Disposición Final Segunda), dispone en su apartado 3. " *Los Fiscales de los Tribunales en que un asunto se vea en segunda instancia, podrán sostener distinto criterio del que el Ministerio Fiscal sostuvo en la primera, cuando así lo aconsejen las circunstancias del caso.*"

**CUARTO.-** Sentando lo anterior procede entrar en el examen de ambos motivos que pueden ser examinados conjuntamente en cuanto se engarzan y complementan reiterando lo dicho en la Sentencia de 22 de noviembre de 2016 que anuló la sentencia del TSJ de Asturias precedente de la aquí impugnada.

Mientras el primero suscita el quebranto de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la interpretación de diversas normas reglamentarias que han regulado la enseñanza de la Religión en el Bachillerato, el segundo focaliza en la lesión de preceptos constitucionales, igualdad y libertad religiosa ensartados con la norma reglamentaria estatal que establece actualmente el currículo básico de la ESO y del Bachillerato.

Existe diferencia entre la regulación impugnada en instancia y la examinada en las Sentencias de 26 de enero de 1998, recurso 123/1995, 15 de abril de 1998, recurso 218/1995. En estas Sentencias se analizaba el no cómputo de la nota de Religión o de la no evaluación de las actividades de estudios alternativas en el marco del RD 2438/1994, así como de la opción "voluntaria" de la enseñanza de religión que, ante su falta, comportaría la recepción por el alumno de las enseñanzas alternativas.

Y la Sentencia de 10 de abril de 1998, recurso 225/1995, tras reiterar en su FJ 3º lo dicho en la de 26 de enero anterior, puso de relieve que el marco regulado por el RD 2438/1998 era distinto respecto a los RRDD 1006/1991 y 1007/1991, algunos de cuyos preceptos fueron anulados por Sentencias de 3 de febrero, 17 de marzo y 19 de junio de 1994.

Por ello tiene razón el ministerio fiscal al destacar la ausencia de proyección en el caso de autos de la Sentencia de 20 de julio de 2012. Las situaciones allí enjuiciadas y en el supuesto aquí concernido no son homogéneas.

La Sentencia de 20 de julio de 2012, recurso de casación 580/2011 en su FJ Sexto pone de relieve la no inclusión de la enseñanza de religión dentro del horario lectivo por lo que la enseñanza no se computa. Previamente había afirmado que " *la enseñanza de la religión es de oferta obligatoria para todos los centros y en todas las etapas educativas pero de elección voluntaria para los alumnos (o sus padres) de forma que en ningún caso de produzca discriminación tanto por una u otra opción.*"

En el Decreto al que la Sala de instancia atribuyó la lesión del principio de igualdad y no discriminación la asignatura de religión constituye una materia perteneciente al bloque de asignaturas específicas de la misma naturaleza que las otras con las que comparte tal calificativo pudiendo el alumnado elegir un mínimo de una y un máximo de dos. ( art.7, apartados 1, 2 y 4 del Decreto 42/2015, de 10 de junio).

Quienquiera que quiera optar por la asignatura de religión puede hacerlo del mismo modo que puede hacerlo no escoger tal asignatura quien no desee cursarla, respetándose así tanto el art. 14 como el 16 de la Constitución. Tanto unos alumnos como otros se encontrarán en idéntica situación a la hora de ser calificadas las materias elegidas pertenecientes al bloque de asignaturas específicas. Todos serán evaluados en igualdad de las asignaturas específicas.

No se vislumbra con tal regulación que la no previsión de una asignatura complementaria o alternativa a la religión con igual carga lectiva vulnere el principio de igualdad. La asignatura de religión, tal cual está prevista en el Decreto cuestionado, constituye una materia evaluable, de oferta obligada y de libre elección al igual que las otras de su bloque cualquiera de las cuales puede ser escogida por quien no desee cursar Religión..

Se estiman los motivos.

**QUINTO.-** La estimación del recurso de casación conduce al examen del recurso contencioso-administrativo el cual debe ser desestimado por las razones más arriba expuestas.

Y no está de más recordar lo dicho en Sentencia de 31 de enero de 1997, recurso 87/1995 suscitada al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales respecto de la regulación de la enseñanza de religión en el RD 2483/94. Se indicó en su FJ Tercero que no era el proceso especial de protección de los derechos fundamentales el marco para interpretar el concepto "condiciones equiparables" a las demás disciplinas fundamentales de la enseñanza de la religión católica que figura el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de agosto de 1979.

**SEXTO.-** No hay méritos para un pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación ni tampoco respecto de las de instancia, art. 139 LJCA

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Ha lugar al recurso de casación deducido por el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en nombre y representación del Principado de Asturias interpone recurso de casación 353/2016 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 30 de diciembre de 2015 dictada en el recurso 722/2015 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias. Se desestima el recurso 722/2015 tramitado por el cauce especial de protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, deducido por D. Pedro Enrique contra el Decreto 43/2015, de 10 de junio. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ