



Roj: **STS 5492/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:5492**

Id Cendoj: **28079130042012100588**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/07/2012**

Nº de Recurso: **4591/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 5492/2012,**  
**ATS 11821/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil doce.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 4.591 de 2.011, interpuesto por el Procurador Don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de la Asociación de Padres de Alumnos "Torrevelo" del Colegio Torrevelo y de la Asociación de Padres de Alumnos Peñalabra del Colegio Peñalabra, contra **la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cantabria, de fecha veintidós de junio de dos mil once, en el recurso contencioso- administrativo número 545 de 2.009** .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cantabria, dictó Sentencia, el veintidós de junio de dos mil once, en el Recurso número 545 de 2.009 , en cuya parte dispositiva se establecía: "Se desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por ASOCIACION DE PADRES DE ALUMNOS "TORREVELO" DEL COLEGIO TORREVELO) y de la ASOCIACION DE PADRES DE ALUMNOS "PEÑALABRA" DEL COLEGIO PEÑALABRA, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de 13 de agosto de 2009, por el que se desestiman sus recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria, de 14 de abril de 2009, por la que se resolvió denegar la solicitud de acceso al régimen de conciertos de seis unidades de Educación Primaria y cuatro de Educación Secundaria Obligatoria a Fomento de Centros de Enseñanza de Cantabria, S.A., en representación del Colegio "Peñalabra" y por la que se resuelve denegar las solicitudes de acceso al régimen de conciertos de seis unidades de Educación Infantil y de renovación del concierto de seis unidades de Educación Primaria y cuatro de Educación Secundaria Obligatoria por parte de Fomento de Centros de Enseñanza de Cantabria, S.A., en representación del Colegio "Torrevelo", sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.-** En escrito de veinte de julio de dos mil once, el Procurador Don Francisco Javier Rubiera Martín, en nombre y representación de la Asociación de Padres y Alumnos "Torrevelo" del Colegio Torrevelo y de la Asociación de Padres de Alumnos Peñalabra del colegio Peñalabra, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veintidós de junio de dos mil once .

La Sala de Instancia, por Providencia de veintidós de julio de dos mil once, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.



**TERCERO.-** En escrito de siete de octubre de dos mil once, el Procurador Don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de la Asociación de Padres de Alumnos "Torrevelo" del Colegio Torrevelo y de la Asociación de Padres de Alumnos Peñalabra del Colegio Peñalabra, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de doce de diciembre de dos mil once.

**CUARTO.-** En escrito de veintidós de marzo de dos mil doce, el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

**QUINTO.-** Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día doce de junio de dos mil doce, en cuya fecha se inició la deliberación continuando la misma en las audiencias del 26 siguiente y del 10 de julio en que concluyó la misma y se votó y falló.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de las Asociaciones de Padres de alumnos de los Colegios Torrevelo y Peñalabra interpone recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cantabria de veintidós de junio de dos mil once, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 545/2.009, deducido contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de trece de agosto de dos mil nueve que desestimó los recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria de catorce de abril de dos mil nueve, sobre denegación de acceso al régimen de conciertos educativos de 6 unidades de Educación Infantil del Colegio Torrevelo, y denegación de la renovación del concierto existente para seis unidades de Educación y Primaria y cuatro unidades de Educación Secundaria Obligatoria para el mismo centro educativo, prorrogando el citado concierto por un solo año al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre, por el que aprobó el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, así como la denegación de acceso al régimen de conciertos educativos para seis unidades de Educación Primaria y cuatro unidades de Educación Secundaria Obligatoria del Colegio Peñalabra.

**SEGUNDO.-** El primero de los fundamentos de Derecho de la sentencia de instancia objeto de recurso identifica las resoluciones que impugnan las asociaciones de padres de alumnos recurrentes, y por las que se resolvió "denegar la solicitud de acceso al régimen de conciertos de seis unidades de Educación Primaria y cuatro de Educación Secundaria Obligatoria a Fomento de Centros de Enseñanza de Cantabria, S.A., en representación del Colegio "Peñalabra" y por la que se resuelve denegar las solicitudes de acceso al régimen de conciertos de seis unidades de Educación Infantil y de renovación del concierto de seis unidades de Educación Primaria y cuatro de Educación Secundaria Obligatoria por parte de Fomento de Centros de Enseñanza de Cantabria, en representación del Colegio "Torrevelo".

En el mismo fundamento se refiere a las pretensiones de los recurrentes que transcribe: "1. Se declare la nulidad, anulabilidad o revocación de las resoluciones impugnadas.

2. Se reconozca el derecho del Colegio Torrevelo, a acceder al régimen de conciertos de 6 unidades de Educación Infantil.

3. Se reconozca el derecho del Colegio Torrevelo a la renovación del concierto de 6 unidades de Educación Primaria y 4 unidades de Educación Secundaria.

4. Se reconozca el derecho del Colegio Peñalabra a acceder al régimen de concierto de 6 unidades de Educación Primaria y 4 unidades de Educación Secundaria.

5. Y se arbitren y ordenen cuantas medidas sean necesarias para restablecer la situación jurídica perturbada y garantizar el ejercicio del derecho de los recurrentes".

Acto seguido contempla los motivos de impugnación que utilizan los recurrentes así como la oposición que formula el Gobierno de Cantabria por medio de sus servicios jurídicos. Y antes de comenzar a resolver la cuestión planteada la sentencia se refiere a dos procesos previamente sustanciados ante la misma Sala números 546 y 547, ambos de 2.009, de los que dice que tenían un contenido impugnatorio y probatorio esencialmente igual a los del recurso que decide, de modo que condicionada por los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica debe dictar idéntica resolución desestimatoria a las allí recaídas.



E inicia la sentencia la resolución del recurso cuando sienta tres afirmaciones al final de su fundamento tercero en las que sostiene que: "1. El R.D. 2377/1985, no establece en su art. 42.2 una remisión estática a los "requisitos que determinaron la aprobación del concierto", sino una remisión dinámica a los requisitos exigidos a la fecha de la renovación, ya que ello viene impuesto por la interpretación sistemática y teleológica de la norma, dada la naturaleza de las materias afectadas (enseñanza obligatoria y financiación con recursos públicos).

2. El Tribunal Supremo ha reconocido, expresamente, la legalidad de la "educación diferenciada" y, además, ha declarado que el legislador ha establecido que solo la enseñanza obligatoria impartida en régimen de coeducación podrá ser financiada con recursos públicos y

3. La antedicha doctrina es acorde con lo dispuesto en la Disposición Adicional vigésimo quinta de la LO 2/2006, pues ésta se refiere a la "coeducación en todas las etapas", lo que resulta compatible con la distinción coeducación/educación diferenciada en alguna de las etapas objeto del concierto".

En el cuarto de los fundamentos la sentencia se refiere a la causa material y esencial de la resolución denegatoria, de la que dice, que es "el incumplimiento del artículo 84.3 LOE al ser el Centro Torrevelo un centro de educación diferenciada. Así se evidencia desde la propuesta de resolución obrante al folio 45 del expediente, de 3 de marzo de 2009, y en las actas de la comisión de concierto (ampliación del expediente): la razón esencial por la que se deniega la renovación del concierto existente y su ampliación es la de no impartir sus enseñanzas en régimen de coeducación escolarizando sólo a varones, lo que supondría un incumplimiento del artículo 84.3 LOE. El resto de argumentos utilizados no son sino realizados <<a mayor abundamiento>> y de ahí que la respuesta de la Sala deba comenzar por el que es el motivo principal de la denegación y óbice legal para su concesión.

El citado precepto en cuestión, artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, al regular la escolarización en centros públicos y privados concertados en el capítulo III del Título I (equidad en la educación), destina el primero de sus preceptos, el 84, a la admisión de alumnos. Y lo hace para establecer que <<Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo>>, apostillando en el apartado 3º que <<en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social>>. Con la actual regulación y frente a la invocación de lesión de derechos fundamentales y aun cuando en el recurso se le dedica el final de la demanda, esta Sala ya aludió en la Sentencia de 10-12-2010, procedimiento por derechos fundamentales nº 336/10, a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencia de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 16 de abril de 2.008, recurso 675/2.005 en la que el Tribunal Supremo considera que << el derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes como una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos, siendo el sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el art. 27.9 CE >>.

Dicha sentencia rechaza la interpretación en algún modo aquí sostenida del derecho a la creación de centros privados sostenidos con fondos públicos y a intervenir en la selección de los alumnos. Partiendo de la sentencia de la Secc. 1ª de esa Sala de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87), al señalar que la DA 1ª de LODE contiene una habilitación legal expresa para el Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden dictar cuantas disposiciones sean precisas para la aplicación de la Ley, incluida la materia relativa a la admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos. De ahí que rechace la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos como parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro.

Entiende el Tribunal que la competencia sobre la admisión de alumnos como parte integrante del derecho fundamental no se deriva, de forma directa ni indirecta, de la doctrina contenida en la STC 77/1985, de 27 de junio. Conforme a la misma, caben limitaciones a tal derecho de dirección dejando a salvo el contenido esencial del mismo.

Como indica la reiterada Sentencia del TS << una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el artículo 27.9 de la C.E., para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que "los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los



requisitos que la Ley establezca" con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros".

Y recuerda a continuación cómo la sentencia de la sección Primera de esta Sala de 9 de diciembre de 1987 (apelación 11787) ya se expresaba en términos muy claros: << "el titular de un centro concertado no tiene un derecho constitucionalmente reconocido, como reiteradamente se sostiene en la demanda, a la admisión de sus alumnos. El derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, como una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza ( artículo 27. 1 y 6 de la Constitución ), no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos, si no se quiere negar el derecho de los padres o tutores a escoger centro docente que, como manifestación del derecho fundamental a la educación, reconoce a todos el artículo 27.1 de la constitución " ( fundamento tercero ) >>.

Textualmente afirma que «el sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE ".

El matiz en relación a la legislación imperante y al cambio de normativa lo ofrece la STS, Sala 3ª, sec. 4ª, 24-2-2010 rec . 2223/2003 . Como se afirma en esta resolución, <<la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la Unesco relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada el 14-12-1960) puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002... Y desde luego hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación».

Los esfuerzos dialécticos del recurrente para combatir esta interpretación chocan frontalmente con el parecer contrario del Tribunal Supremo en interpretación que, a su vez, descansa en la del Tribunal Constitucional. De hecho, despeja supuestas contradicciones de sus múltiples pronunciamientos reiterando que «El sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza» (debiendo) ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE ".

La sentencia de instancia concluye en el fundamento quinto añadiendo tras referirse de nuevo a la sentencia de esta Sala y Sección de 24 de febrero de 2.010, recurso de casación nº 2223/2.008 , que "sí que existe una innovación legislativa que introduce el criterio de no discriminación en el proceso de admisión y la imposición de un criterio de coeducación según interpretación, no ya de la Sala sino del propio Tribunal Supremo. Llegados a este punto, la Administración no impone una sanción por incumplimiento. Por tanto, huelgan los óbices procesales al respecto. Lo que ha <<aprovechado>> la Administración es la finalización del concierto por el transcurso del tiempo. Establece el artículo 48 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos que «el vencimiento del plazo de duración del concierto será causa de extinción del mismo, salvo que se produzca la renovación o prórroga de acuerdo con las normas de este Reglamento». Y es un hecho no discutido que el plazo de duración del concierto ha llegado a su fin.

En estas circunstancias, procedía examinar si cabía la renovación o prórroga. El artículo 43 del citado Real Decreto , de regulación anterior a la nueva exigencia legal de coeducación, prevé la renovación «siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles». Y siendo la coeducación una exigencia actual en el vigente ordenamiento que todos los centros han de cumplir para acceder al régimen de concierto, no cabe entender que se cumple la exigencia de seguir cumpliendo los requisitos que determina su aprobación. Porque ésta sólo se produce cuando se cumple el marco normativo que, contrariamente a lo postulado por la recurrente, si ha variado. De ahí que no proceda la renovación por lo que, vencido el plazo del anterior, el concierto debe entenderse extinguido, salvo que se haya hecho uso, como ha sido el caso, de la opción de la Administración de acordar la prórroga por un solo año prevista en el artículo 44.

No se trata, se reitera, de un incumplimiento en los términos del artículo 62 de la LODE, ni se aplica sanción alguna que precise la incoación de un procedimiento para verificar la efectiva comisión de una conducta típica y la imputación de ésta, en su caso. Hubiera tenido que actuar de tal modo si hubiera pretendido estimar un incumplimiento vigente el concierto y en tanto no se hubiera extinguido. Pero no lo hizo en su momento



dejando, por el contrario, que venciera su plazo. Y lo que ha sucedido es, simplemente, que el concierto se ha extinguido y ya no procede su renovación por no darse los requisitos para su aprobación en el momento actual al no cumplirse el criterio legal de admisión. Y si no cabe su aprobación, menos aún su aplicación".

**TERCERO.-** El recurso de casación plantea dos motivos, ambos al amparo del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Considera el primero de ellos que la sentencia infringe "los artículos 42, 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre, en relación con el artículo 62 de la Ley Orgánica 8/1.985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación; artículos 84, 116, 108 y 109 y disposición adicional vigésimo quinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, por incumplimiento del régimen de renovación de conciertos en relación al Colegio Torrevelo y desviación de poder.

Considera la parte que la sentencia ha incumplido el régimen jurídico sobre la renovación de conciertos educativos por que "interpreta que no se trata de un supuesto de renovación sino de un nuevo concierto al considerar que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación ha establecido que solo la enseñanza obligatoria impartida en régimen de coeducación podrá ser financiada con fondos públicos. Entiende la recurrente que la aplicación del régimen de la renovación es automática si el centro sigue cumpliendo los requisitos que determinaron su concesión y que la ley no exige otro requisito para acceder al régimen de concierto ya concedido".

A lo que opone la Administración recurrida que el motivo debe rechazarse puesto que "carece de rigor alguno, ya que no se produjo la renovación por no cumplir ya el centro los requisitos del artículo 84 de la Ley Orgánica de Educación. Y es que tras la nueva redacción de ese precepto, el centro pasa de cumplir los requisitos a no cumplirlos. No cabe la renovación automática como se pretende de contrario, puesto que con arreglo al apartado decimosexto de la Orden, de 7 de Enero, por la que se dictan normas para la aplicación del régimen de conciertos educativos a partir del curso académico 2.009/2.010 y al artículo 24.2 del Reglamento de normas Básicas sobre conciertos educativos, la Consejería de Educación debió pronunciarse antes del 15 de abril respecto de la aprobación o denegación de las solicitudes de renovación de los distintos conciertos educativos previa comprobación de la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos, normativa que ha variado sustancialmente tras la aprobación de la Ley Orgánica de Educación. La Administración no puede renovar un concierto que no se sujeta a la normativa".

Y cita en apoyo de esas afirmaciones los artículos 116, 108, 109 y 84 de la Ley Orgánica de Educación así como el Real Decreto 1.635/2.009 de 30 de octubre, sobre admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados, el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 8/1.985, y el artículo 72.3 de la derogada Ley Orgánica 10/2.002, artículo 72.3.

Cita también la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2.006".

Antes de entrar a resolver este primer motivo y aunque el desarrollo del mismo lo deja sentado con claridad meridiana, (así resulta del enunciado del mismo), es conveniente recordar que se refiere con exclusividad al Colegio Torrevelo. Centro éste al que la Resolución administrativa que desencadenó el posterior proceso que hoy culmina, denegó, por un lado, el acceso al régimen de conciertos de 6 unidades de Educación Infantil, así como la denegación de la renovación del concierto para 6 unidades de Educación Primaria y 4 unidades de Educación Secundaria Obligatoria, si bien prorrogó el concierto que existía sobre esas unidades por un año, eso sí motivando su decisión y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto 2.377/1.985.

En consecuencia y en relación con el Colegio Torrevelo la Administración adoptó, al menos, dos decisiones. La primera la denegación de acceso al concierto de 6 unidades de Educación Infantil; la segunda la no renovación del concierto que había concluido, por cumplirse el plazo de 4 años por el que se había establecido, de las 6 unidades de Educación Primaria y 4 unidades de Educación Secundaria Obligatoria concertadas, y una tercera, consecuencia de la anterior, de mantener durante un año la prórroga del concierto existente en relación con las 10 unidades a las que se extendía el concierto en su día aprobado.

En cuanto a la primera de esas decisiones no acceder a concertar 6 unidades de Educación Infantil la razón única, tal y como resulta de la Resolución inicial de 14 de abril de 2.009 de la Consejería de Educación de Cantabria, luego refrendada por la posterior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de 13 de agosto siguiente, fue la referida al cambio legal introducido en la Ley Orgánica 2/2.006, de 3 de mayo, de educación, que en el Título II, que dedica a la equidad en la educación, Capítulo III, relativo a la escolarización en centros públicos y privados concertados, artículo 84, dedicado a la admisión de alumnos, y en su apartado 3 dispuso que: "En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".



La Administración demandada entendió que la nueva Ley Orgánica se apartaba de los criterios anteriores de admisión existentes tanto en la Ley Orgánica 8/1.985, de 3 de julio, cuyo artículo 20.2 prohibía la discriminación en la admisión de alumnos "por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento" y, de igual modo, esa enumeración se mantuvo en idénticos términos en el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2.002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. Y en consecuencia entendió que la incorporación del término sexo, entre aquellos ya referidos en las normas anteriores, venía a añadir un nuevo criterio de discriminación que prohibía la concertación, o, lo que es lo mismo, el sostenimiento con fondos públicos de aquellos centros privados de educación diferenciada por sexos, que, en consecuencia, no aceptan la escolarización conjunta de alumnos de ambos sexos, es decir, la coeducación.

Pues bien esa norma vigente y de directa aplicación, por tanto, por la Comunidad Autónoma, que ya había sido objeto de desarrollo por la misma al dictar el Decreto 16/2.009, de 12 de marzo, en cuyo artículo 2.5 relativo a los criterios generales de admisión ya se hacía referencia al sexo como criterio de discriminación en la admisión de alumnos, fue rectamente aplicada por aquélla, y lo hizo oportunamente cuando el centro afectado Colegio Torrevelo con motivo de solicitar la renovación del concierto que mantenía con la Administración cántabra, solicitó le fueran concertadas 6 nuevas unidades de Educación Infantil.

Esa decisión de la Administración confirmada por la sentencia de instancia, no cuestiona la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley, pero sí se ajusta al mandato legal que descarta que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución que dispone que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2.006, de 3 de mayo, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos.

Y si ello puede predicarse de la no concertación de las seis nuevas unidades de Educación Infantil pretendidas, lo mismo puede decirse de la renovación del concierto para las unidades de Educación Primaria y Secundaria Obligatoria, que en número de seis y cuatro, respectivamente, se pretendían mantener y que fueron denegadas por idéntica razón, y para cuya denegación sirven las razones ya expuestas, para rechazar la concesión de las nuevas.

Sin que esta conclusión pueda enervarse con la mención que efectúa el motivo de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre, puesto que si bien el primero de ellos declara que: "Los conciertos se renovararán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles. En este último supuesto se aplicarán los criterios de preferencia del art. 48.3 de la citada ley orgánica", no es menos cierto que esos criterios que permitían la renovación del concierto se aplicaban una vez que el artículo 20.2 de la misma Ley Orgánica 8/1985, había excluido con carácter previo la existencia de discriminación en la admisión por los centros de los alumnos por "razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento", prohibiciones que mantuvo inalterables la Ley Orgánica 10/2.002, de Calidad de la Educación, de 23 de diciembre, y a los que añadió la Ley Orgánica 2/2.006, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del Concierto su renovación no era posible al introducirse esa causa prohibitiva de discriminación por sexo en relación con la admisión de alumnos en los centros privados sostenidos con fondos públicos.

También el motivo se remite a la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 que se rubrica como "fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres" y dispone que: "Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España".

Por cierto que es en este motivo donde el recurso invoca esta Disposición Adicional Vigésima Quinta, si bien es en el segundo de los motivos en el que dedica una mayor atención a las consecuencias que de ella pueden deducirse. En todo caso, y aún resaltando como hacemos, esta situación especial y anómala en el desarrollo del recurso, ese hecho en nada influye sobre la cuestión esencial del mismo que en torno a ella se plantea y que afecta al recurso en su conjunto.

Del texto de esa Disposición Adicional las asociaciones recurrentes deducen hasta tres consecuencias. La primera que al reconocer la misma el principio de coeducación en todas las etapas educativas está aceptando a sensu contrario la existencia de centros que no participen de ese modelo y se alejen de él; la segunda que



los centros que siguen el modelo de coeducación en todas las etapas educativas serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley, lo que no significa que los centros que mantengan un sistema distinto queden excluidos de las ayudas sino que no gozan de prioridad; y, finalmente, una tercera que consiste en que la Disposición citada no excluye lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España y en concreto la aplicación de la Convención de la UNESCO sobre educación de 1.960.

Solo en parte se pueden compartir esas afirmaciones. Nada que oponer a la primera de ellas puesto que la mención a los centros que "desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas" y la posterior afirmación de que "los mismos serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley", no excluye la existencia en el sistema educativo español de otros centros docentes que no sigan ese modelo. Por el contrario la segunda de las conclusiones no es posible compartirla; aceptando la atención preferente y prioritaria a los centros que sigan el sistema de coeducación en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, de ahí no se puede tener por cierto que los centros docentes que siguen el sistema de educación diferenciada pueden suscribir conciertos aunque no gocen de prioridad para ello. Y si es posible compartir la tercera de las afirmaciones en tanto que la Disposición no excluye la aplicación en España de lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por nuestra patria y, en concreto, la aplicación de la Convención sobre educación de la UNESCO de 1.960.

Sin embargo lo que la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 pretende, y así resulta de su rubrica "fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres", es "favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres" y conseguir que "los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas" sean "objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley". En el bien entendido que para ello deben mantener ese modelo en todas las etapas educativas y que se refiere a las previsiones recogidas en la Ley y que, por tanto, no se refiere solo a la preferencia en la posibilidad de obtener conciertos con la Administración Educativa. Y desde luego de ese trato preferente y prioritario a esos centros no se deduce que España desconozca lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos en materia de educación, y en concreto aquél al que se refieren las recurrentes.

Sin embargo, y por las razones ya señaladas, y sin que ello sea consecuencia de la Disposición Adicional citada, si bien se reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos, se excluye a esos centros de la posibilidad de concertar con la Administración competente su sostenimiento con fondos públicos. Así resulta del artículo 116.1 de la Ley Orgánica 2/2.006 que dispone que "Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos". Artículo que en su número 2 añade que: "Entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que, atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa". En modo alguno se menciona entre esos criterios que permiten la concertación el que los centros se acojan al sistema de coeducación. Pero, es obvio, que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2.006 que expresamente se refiere a "la admisión de alumnos" ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto.

Por último, en relación con este primer motivo, las recurrentes plantean la existencia de desviación de poder en la actuación de la Administración, y para el éxito de esa alegación sostienen que esta Sala ha de utilizar el artículo 88.3 de la Ley para "integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de Instancia aquellos, que omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder".

Para acreditar esa posible infracción sostienen que si en la solicitud de la renovación concurrían los mismos requisitos que para la aprobación del concierto y no concurrían las causas de no renovación, debió la Administración otorgar la renovación del concierto. De modo que se utilizaron los elementos reglados previstos para acceder a un nuevo concierto, para encubrir una desviación del fin que persigue la renovación del concierto. Y concluye que existe al menos una mera presunción de esa conducta desviada suficiente para justificar la desviación de poder.



No es posible asumir esa postura de las Asociaciones recurrentes. El concierto había agotado sus efectos por el transcurso del plazo para el que se convino. Y si no era posible otorgar las nuevas Unidades solicitadas porque existía un criterio añadido de admisión de alumnos que lo impedía, por esa misma razón no era posible renovar el concierto extinguido ya que existía ese distinto criterio que lo imposibilitaba. Por tanto la Administración no utilizó o ejerció su potestad administrativa de denegación de nuevas unidades o de no renovación de las concertadas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

**CUARTO.-** El segundo de los motivos con igual amparo que el anterior en el apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, considera que la sentencia infringe los " artículos 15.2 y 116 de la Ley Orgánica de Educación, y 16 y 21 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre, en relación con el artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación y 14 y 27.1 y 6 de la Constitución Española, y la Orden EDU 25/2.009, de 16 de marzo, sobre bases para admisión de alumnos en centros concertados, en relación a la denegación del acceso al concierto del Colegio Torrevelo y Colegio Peñalabra; e igualmente alega la infracción del principio de igualdad.

En cuanto a la denegación del acceso a nuevas unidades del Colegio Torrevelo, entiende la recurrente errónea la sentencia cuando considera que dicho colegio no reunía las necesidades de escolarización, en contra de la prueba documental practicada. Cita determinadas sentencias que ya se mencionaron en la demanda para afirmar que el Tribunal Supremo no ha dudado en admitir que se presuponen tales necesidades cuando en los Centros ya existía un número de alumnos matriculados. En cuanto a la denegación del acceso a nuevas unidades del Colegio Peñalabra, manifiestan las recurrentes que la sentencia ha omitido referirse a dicho colegio.

Se considera errónea la sentencia al entender que en el proceso de admisión de alumnos en el colegio Peñalabra ha incurrido en discriminación, dado que la educación diferenciada es perfectamente constitucional, legítima y subvencionable y su impartición no supone incumplimiento del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación.

No existe en la legislación vigente disposición alguna por la que se niegue el acceso de los centros con educación diferenciada a los conciertos educativos. La educación diferenciada está amparada por nuestra Constitución al reconocer el derecho fundamental a la libre elección de centro docente por los padres y a la creación de centros con ideario o carácter propio, como parte del contenido esencial del derecho a la educación previsto en el artículo 27 de la Constitución Española.

De la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley Orgánica de Educación extrae el recurrente las siguientes conclusiones: - que la Ley Orgánica de Educación habla de centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas lo que a sensu contrario significa que reconoce la existencia de centros que no impartan este principio; - que los centros que desarrollen la coeducación serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones contenidas en la ley, por tanto, los que no la desarrollen no quedan excluidos de las ayudas sino simplemente no gozarán de prioridad; la norma no excluye lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España, en concreto la aplicación de la Convención de la Unesco de 1960".

A este motivo la Administración cántabra opone que la alegada infracción del derecho a la igualdad para que exista requiere una identidad de supuestos y una aplicación desigual sin causa razonable. Lo que no excluye la posibilidad de apartarse de forma motivada del precedente, motivación que debe ser manifiesta y genérica y aplicable a supuestos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso.

A lo que añade que "resulta evidente que, de una parte, la recurrente únicamente aporta un término de comparación genérico para establecer la desigualdad de tratamiento en este punto como es el de señalar que frente a todos los demás centros que imparten enseñanza mixta, gozan de concierto educativo, y los centros referidos quedan excluidos discriminatoriamente de dicho concierto.

Pero tal alegación no deja de ser más que una mera afirmación de parte no contrastada y de carácter tan genérico que respecto de la misma no es posible establecer ningún marco comparativo. Por ello, resulta evidente que tal término de comparación genérico no resulta válido, a los efectos de poder determinar la existencia de un trato discriminatorio, por cuanto no es posible de esta forma acreditar que los centros que genéricamente se citan accedan al concierto toda vez que además el acceso al concierto requiere del cumplimiento de una serie de requisitos prevenidos legalmente y no todos los centros por el hecho de impartir enseñanza mixta tienen acceso a concierto educativo".

Tampoco este motivo puede estimarse. En cuanto a la inicial afirmación relativa al Colegio Torrevelo en torno a que el mismo cumplía con el requisito previo de satisfacer necesidades de escolarización carece de relevancia,





ya que, como expusimos más arriba, la razón exclusiva de la denegación de concertación de nuevas unidades así como de renovación de las existentes fue la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos que estableció el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2.006 y que la Comunidad Autónoma introdujo ya en sus normas de desarrollo.

Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2.006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece.

Ya esta Sala en sentencia de 11 de junio de 2.008, recurso de casación núm. 689/2005, citando sentencias anteriores, manifestó que "Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE .

Consiguientemente, carece de fundamento esa vulneración a la configuración legal del derecho fundamental reconocido en dicho artículo 27 CE que la sentencia recurrida viene a atribuir a las normas reglamentarias impugnadas por esa mención del "sexo" contenida en ellas que anula.

El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE .

También en sentencia de 26 de junio de 2.006, recurso 3.356/2.000, tras mencionar y transcribir la misma, tanto el artículo 10.c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer al que se refería la Central Sindical recurrente, así como el artículo 2 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 14 de diciembre de 1.960 de la UNESCO que citaba la Sociedad recurrida, mantuvimos que sobre la educación separada por sexos "las normas internacionales dejan abierta la cuestión" si bien también expresamos que: "Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos -y en los concertados- no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos ( artículos 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto y, posteriormente, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación ). Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Y que su disposición adicional vigésimo quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas. No obstante, esta novedad, cuyo alcance no es el caso determinar ahora, no puede proyectarse sobre la Sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes.

Y, por último, en sentencia 24 de febrero de 2.010, recurso de casación núm. 2.223/2.008 mantuvimos "que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la UNESCO aprobada el 14 de diciembre de 1.960) puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 (...)" . Para seguidamente añadir que: "hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 que regula el proceso de admisión de alumnos, el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación".

Sobre todas estas cuestiones nos hemos ya manifestado al resolver el primero de los motivos. En consecuencia se desestima el recurso.

**QUINTO.-** Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido por el Artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede hacer expresa condena en costas a las recurrentes, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del artículo citado, señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 €).

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**



## Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

### FALLAMOS

**No ha lugar** al recurso de casación **núm. 4.591/2.011** , interpuesto por la representación procesal de las Asociaciones de Padres de alumnos de los Colegios Torrevelo y Peñalabra frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cantabria de veintidós de junio de dos mil once, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 545/2.009 , deducido contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de trece de agosto de dos mil nueve que desestimó los recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria de catorce de abril de dos mil nueve, sobre denegación de acceso al régimen de conciertos educativos de 6 unidades de Educación Infantil del Colegio Torrevelo, y denegación de la renovación del concierto existente para seis unidades de Educación Primaria y cuatro unidades de Educación Secundaria Obligatoria para el mismo centro educativo, prorrogando el citado concierto por un año al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre , por el que se aprobó el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, así como la denegación de acceso al régimen de conciertos educativos para seis unidades de Educación Primaria y cuatro unidades de Educación Secundaria Obligatoria del Colegio Peñalabra que **confirmamos** , y todo ello con expresa condena en costas a las recurrentes con el límite fijado en el fundamento de Derecho quinto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

### Voto Particular

#### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA:26/07/2012**

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, a la sentencia de 23 de julio de 2012, recaída en el recurso de casación nº 4591/2011.

A pesar de respetar el criterio de la Sala creo que con la normativa actual, la normativa internacional y la propia doctrina anterior de esta Sala se puede llegar a otra conclusión, pues estimó que la educación diferenciada no genera discriminación por razón de sexo, como la Administración y la sentencia recurrida mantienen, en base a las razones que a continuación expongo.

La existencia, validez y realidad de la enseñanza diferenciada y su posibilidad de participar en conciertos educativos con la Administración está reconocida en nuestro ordenamiento sin ninguna duda y sin ninguna excepción hasta la Ley 2/2006, basta para ello apreciar la existencia de numerosos conciertos educativos, con Centros o Colegios de Educación diferenciada, como por ejemplo el de autos, y el reconocimiento que de ello han hecho numerosas sentencias entre ellas la de 30 de diciembre de 1999 de la Audiencia Nacional y las de 26 de junio de 2006 y de 11 de julio de 2008 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo .

El problema surge por tanto a partir de la Ley 2/2006. Antes que nada conviene precisar que esa Ley no solo no tiene previsión alguna ni dispone nada en contra de la posible existencia de la educación diferenciada, sino que incluso se puede y debe entender que admite su existencia cuando en su Disposición Adicional Vigésimo Quinta dispone "con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España", de lo que es obvio y fácil inferir que si la Ley otorga prioridad a la coeducación, es claro, que no niega ni prohíbe otro tipo de educación como la educación diferenciada, y otra cosa será que la coeducación sea la prioritaria a la educación diferenciada, pero con ello también está admitiendo la posibilidad de atención a la educación diferenciada, pues la preferencia por la coeducación no impide el que también se puedan atender a otras opciones obviamente si hay posibilidad y necesidad para ello.

Sentado que ha sido que en nuestro ordenamiento incluida la Ley 2/2006 está permitida y autorizada la educación diferenciada entramos en el análisis de si conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 2/2006 los centros de educación diferenciada no pueden participar ni obtener conciertos educativos, por razón de la discriminación de sexo a que se refiere el indicado artículo, que es la cuestión de fondo del asunto y la razón por la que la Administración denegó la renovación de un concierto educativo y denegó el inicio de otro concierto

educativo y la razón también por la que la sentencia recurrida en casación confirmó la resolución impugnada y desestimó el recurso contencioso administrativo.

Desde luego la declaración de la sentencia recurrida sobre que el artículo 84 ha establecido que solo la enseñanza obligatoria impartida en régimen de coeducación podrá ser financiada con recursos públicos, creo que no es de recibo y se debe así declarar pues el artículo 84 no dice eso ni está regulando el régimen de conciertos.

No estoy conforme tampoco con que se apliquen, como hace la Administración y la sentencia recurrida, las mismas normas a la renovación de un concierto que al acceso a un nuevo concierto, y con que se deniegue la renovación por incumplimiento de los requisitos de admisión, pues cuando existe un convenio, aparte de que ya se valoraron las condiciones de admisión es obligado valorar las condiciones de ese Convenio y el conjunto de intereses que se tuvieron en cuenta para aprobarlo junto con las obligaciones y expectativas de derecho que para cada uno de los intervinientes existían, y también en fin los perjuicios que la extinción del convenio para cada parte pueden ocasionar ello, por todo lo que entiendo que si para la celebración de un nuevo convenio no había dificultad sino que era obligado el valorar las condiciones de admisión que establece la Ley 2/2006, por contra para la renovación del convenio existente, ya no podía aplicarse sin mas esa norma en el particular que regula las condiciones de admisión, pues también se habrían de haber valorado las expectativas y derechos que ese convenio generaba a favor del titular del Centro, de acuerdo con los principios de confianza legítima y de seguridad. Jurídica.

Entramos ya en el punto central del recurso, que consiste en determinar si la educación diferenciada es o no discriminatoria por razón del sexo.

El artículo 84 de la Ley 2/2006 dispone: 1. Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. . 3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"

El artículo 10 de la Constitución española precisa "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

La Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en el esfera de la enseñanza, refrendada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en 1999 señala" que no serán consideradas como constitutivas de discriminación: La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los del sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes en el acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes".

La Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a los accesos a bienes y servicios expresamente deja fuera de su ámbito a la enseñanza.

La Ley 2008/446 de 27 de mayo de 2008 que ha incorporado a Francia la citada Directiva 2004/113/CE, dispone que la prohibición de discriminación por razón del sexo en materia de acceso a bienes y servicios y de prestación de estos, no se opone a la organización de enseñanzas agrupando a los alumnos en función de su sexo.

Pues bien en base a tal normativa y teniendo en cuenta que en España, como se ha expuesto, esta autorizada la educación diferenciada, se puede y debe concluir declarando que los centros de educación diferenciada no generan discriminación por razón de sexo, siempre que la entidad titular de los mismos ofrezca colegios similares para niños y para niñas, pues así expresamente lo dicen las normas internacionales citadas, a las que es preciso acudir para interpretar y aplicar la normativa española a virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española .

Sin olvidar en fin, por un lado, que la Educación diferenciada, conforme a lo dispuesto entre otros en el artículo 27 de la Constitución Española , es una de las distintas opciones que la norma permite, y por otro que a pesar de que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a la discriminación por razón de sexo en similares términos a los establecidos en el artículo 84 de la Ley 2/2006 , aun con ese precepto, las sentencias mas atrás citadas de la Audiencia Nacional y de esta Sala del Tribunal Supremo han mantenido y defendido la legalidad y legitimidad de la Educación Diferenciada.



Por todo lo anterior creo se debía haber estimado el recurso de casación y anular la sentencia recurrida así como las resoluciones impugnadas, ordenando la retroacción de las actuaciones a fin que la Administración, en el caso de renovación del concierto, valore si los Centros afectados habían cumplido las condiciones exigidas para que se renovara el concierto y en el caso de inicio del convenio o concierto, valore la Administración si se reunían o no las condiciones y requisitos establecidos para ello.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ