



Roj: **STS 5498/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:5498**

Id Cendoj: **28079130042012100591**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/07/2012**

Nº de Recurso: **5423/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11959/2011,**
STS 5498/2012,
ATS 11048/2012

SENTENCIA

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

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5423/2011 interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la Junta de Andalucía contra la sentencia de fecha 21 de julio de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 3ª en el recurso núm. 715/2009, seguido a instancias de Unión Sindical Obrera contra la Orden de 7 de agosto de 2009 de la Consejera de **Educación** de la Junta de Andalucía por la que se acuerda aprobar el concierto educativo con el centro docente privado concertado "Elchato" Brenes, Sevilla, para las enseñanzas que se relacionan en el anexo de dicha Orden para el curso académico 2009/2010. Ha sido parte recurrida Unión Sindical Obrera representada por el Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 715/2009 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 3ª, se dictó sentencia con fecha 21 de julio de 2011, que acuerda: "1º Estimar el presente recurso contencioso-administrativo, contra la Orden de la Consejería de **Educación**, de 7 de agosto de 2009, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado concertado "Elchato" de Brenes (Sevilla), para el curso académico 2009/2010. 2º Declarar la nulidad de la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011 y, consiguientemente, la vigencia del concierto educativo por periodo de cuatro años desde el curso académico 2009/2010; 3º Sin costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la Junta de Andalucía 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 22 de noviembre de 2011 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.- La representación procesal de Unión Sindical Obrera (USO) por escrito de 21 de marzo de 2012 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.



QUINTO.- Por providencia de 24 de mayo de 2012 se señaló para votación y fallo para el día 10 de julio de 2012, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Letrada de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía interpone recurso de casación 5423/2011 contra la sentencia estimatoria de fecha 21 de julio de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 3^a en el recurso núm. 715/2009, deducido por la Unión Sindical Obrera contra la Orden de 7 de agosto de 2009 de la Consejera de **Educación** de la Junta de Andalucía que acuerda aprobar el concierto educativo con el centro docente privado concertado "Elchato" Brenes, Sevilla, para las enseñanzas que se relacionan en el anexo de dicha Orden para el curso académico 2009/2010.

Resolvió la Sala estimar el recurso contencioso-administrativo, contra la Orden de la Consejería de **Educación**, de 7 de agosto de 2009, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado concertado "Elchato" de Brenes (Sevilla), para el curso académico 2009/2010, al tiempo que declaró la nulidad de la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011 y, consiguientemente, la vigencia del concierto educativo por periodo de cuatro años desde el curso académico 2009/2010.

Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento, mientras en el SEGUNDO rechaza la causa de inadmisibilidad opuesta por la administración por lo que reconoce legitimación al sindicato recurrente al entender defiende intereses concretos de los trabajadores. Así *"evidencia que no se defiende un mero interés en la defensa de la legalidad, sino concretos intereses de los trabajadores, por lo que el sindicato demandante está legitimado para recurrir según en el art. 19.1 a), "por tener interés directo en la anulación del acto impugnado"*.

En el TERCERO afirma que *"Las cuestiones aquí planteadas han sido resueltas por ésta Sala en sentencia de 23 de junio de 2011, recurso 952/2009, que estimó recurso contencioso- administrativo contra la Orden de 7 de agosto de 2009 de la Consejera de **Educación** de la Junta de Andalucía, que aprueba el concierto educativo con un centro docente privado concertado, para el curso académico 2009/2010, sin perjuicio de que si el centro escolariza alumnado de ambos sexos a partir del curso 2010/2011, dando así cumplimiento efectivo a lo establecido en el art. 4.5 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, y en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de **Educación**, el concierto educativo se renovará para los cursos restantes del período de concertación al que se refiere la Orden de la Consejería de **Educación** de 22 de diciembre de 2008, por la que se establecen las normas que regirán la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de conciertos educativos o la renovación de los mismos, a partir del curso académico 2009/2010."*

Procede luego a reproducir la precedente sentencia que anula el acto en razón de ir más allá de lo preceptuado por el RD 2377/1985. Nada dice acerca de lo estatuido en la L.O. 3/2007, de 22 de marzo ni de la Ley autonómica, 12/2007, de 26 de noviembre respecto a la igualdad de mujeres y hombres y la ausencia de discriminación.

SEGUNDO .- 1. Un primer motivo al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA por infracción de los artículos 33 y 65 de la Ley Jurisdiccional. Imputa incongruencia por exceso.

Aduce que el sindicato actor se ha limitado en su demanda a alegar de forma genérica el derecho a la **educación** y a la libertad de enseñanza, a la defensa del modelo de **educación** separada, a la escueta mención de la afectación de los intereses de los trabajadores del centro concertado y a la previsión reglamentaria según la cual el concierto lo es por cuatro años y no por uno solo.

A su entender, la sentencia introduce un motivo nuevo de nulidad de la Resolución impugnada -no concurrir las causas de no renovación previstas en art. 62.3 de la LODE- sin haber concedido a las partes la oportunidad de formular alegaciones sobre dicha causa de nulidad. La Sala expresa su doctrina sobre la denegación del concierto educativo, por no existir necesidades de escolarización, expuesta en numerosas sentencias y que no resulta de aplicación al caso en el que la resolución recurrida acuerda renovar el concierto por un año, quedando condicionado el resto de la renovación -tres años- al cumplimiento efectivo por parte del centro del mandato legal que impone la no discriminación por razón de sexo.

1.1. Es rechazado por la parte recurrida. Insiste lo alegó en su demanda así como que también hizo mención a ello la administración al contestar la demanda por lo que no hay incongruencia alguna.



2. Un segundo motivo al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA por infracción del artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional al incurrir en incongruencia omisiva.

Razona que la presente alegación es la lógica contrapartida de la infracción que desarrolla en el motivo anterior. Afirma que la sentencia de instancia no ha resuelto dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición. No se ha pronunciado la sentencia de instancia sobre la cuestión esencialmente planteada, es decir, si la Administración puede o no condicionar la suscripción del concierto a que el centro privado en cuestión admita tanto a alumnos como a alumnas.

2.1. También es negado por el sindicato recurrido. Defiende que la Sala resuelve sobre la pretensión planteada al declarar la nulidad de la condición impuesta por la administración para la renovación del concierto educativo.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA , por infracción de los arts. 19 y 69.b) de la Ley Jurisdiccional y de la jurisprudencia constituida por las STS de 8 de octubre de 2007 , 27 de febrero de 2008 , 19 de noviembre de 2008 , 23 de julio de 2007 y 19 de mayo de 2010 , entre otras.

Con una amplia cita de Sentencias de esta Sala 12 de julio de 2005 , 17 de mayo de 2005 , 8 de octubre de 2007 , 23 de julio de 2009 combate que la Sala de instancia hubiere reconocido legitimación.

Adiciona que igualmente la Sala de instancia no ha aplicado la doctrina de la STS de 27 de febrero de 2008 que en un supuesto idéntico al presente -impugnación por parte de Sindicato de la Orden que resuelve los expedientes de incorporación, renovación, prórroga y modificación de los conciertos educativos con los centros privados- ha confirmado la sentencia de instancia que declaró la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del sindicato actor.

3.1. Asimismo es refutado por el sindicato recurrido que defiende el casuismo de la legitimación.

Sostiene que en el supuesto que nos ocupa se refiere a las consecuencias negativas de la aplicación de la Orden recurrida significaría para los trabajadores en su escrito de la demanda; dependiendo de la demanda de escolarización podría seguir funcionando pero como centro privado y por tanto a sus trabajadores les resulta de aplicación el VIII Convenio colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada en régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (publicado en el BOE nº 99 de 26 de abril de 2006) y en el supuesto de que no pudiera la empresa seguir manteniendo el coste de los trabajadores se produciría los despidos y el cierre de la empresa. Defiende que la pretensión de este litigio por el sindicato recurrente guarda relación con su círculo real y concreto de los intereses de los trabajadores del mismo centro y, por consiguiente, ostenta legitimación activa para promover el recurso.

4. Un cuarto motivo al amparo de lo establecido en el artículo 88. 1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, así como por infracción del artículo 62 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio , reguladora del Derecho a la **Educación**, en la redacción dada por Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo. También por infracción del artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006 y artículo 3.b) del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre , en relación con los artículos 9 y 14 de la Constitución Española y 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículos 14 y 24.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículo 1.4 del Tratado de Lisboa y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 . Por último, por infracción de la jurisprudencia constituida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2008 -recurso de casación núm. 675/2005 - y de 11 de julio de 2008 -recurso de casación núm. 689/2005 -, así como la infracción por errónea aplicación del artículo 27 de la Constitución .

Alega que la sentencia realiza una indebida aplicación de artículo 43 del Reglamento en cuanto prevé que los conciertos se renovarían siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, así como que no se haya incurrido en causas de no renovación previstas en el artículo 62.3 de la LODE - también apartado 4 tras la modificación operada por Ley Orgánica 2/2006 en el momento de adoptarse la resolución recurrida- En la actualidad apartados 3 y 4 del artículo 62 en la nueva redacción dada por Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo .

Señala que el artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006 regula con carácter básico las condiciones de la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados. De dicho precepto son de directa aplicación al caso, los apartados 1 y 3. cuya redacción es la siguiente:

*"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. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo..."*



3. *En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...* >>

De la regulación expuesta extrae dos consideraciones: la primera es que las Administraciones educativas tienen competencias para regular la admisión de alumnos en centros públicos y privados; la segunda, que el principio de igualdad ha de ser respetado específicamente en el procedimiento de admisión de alumnos.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía es el Decreto 53/2007, de 20 de febrero, por el que regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros públicos docentes, públicos y privados concertados, a excepción de los universitarios, el que establece en su artículo 4.1 como principio general el de la no discriminación por razón de sexo.

Por lo expuesto, considera que la Sala de instancia no ha aplicado correctamente los artículos 43 del RD 2377/85 ni el artículo 62 de la LODE, toda vez que el incumplimiento de las normas de admisión de alumnos si es causa de la no renovación del concierto.

Imputa a la Sala de instancia una indebida aplicación del mismo artículo 43, apartado 2 del R.D. 2377/1985, infringiendo por inaplicación el artículo 44 del mismo R.D. 2377/85 que prevé la prórroga del concierto durante un año en el supuesto de concurrir causa de denegación de la renovación. En igual sentido, el artículo 62.6 de la LODE en la redacción dada por L.O 2/2006, contiene la previsión según a cual en los supuestos de rescisión del concierto, y con el fin de no perjudicar a los alumnos ya escolarizados en el centro, las Administraciones educativas podrán imponer la rescisión progresiva del concierto.

Mantiene que la Sala de instancia ha infringido dichos preceptos negando a la Junta de Andalucía las competencias que ostenta en relación con la admisión del alumnado en centros privados concertados, ha impedido la efectiva aplicación del mandato legal sobre el principio de igualdad en el procedimiento de admisión de alumnos y finalmente, ha infringido los artículos 44 del RD. 2377/85 y 62.6 de la LODE al haber anulado la orden impugnada en cuanto al plazo de duración del concierto.

Sobre el fondo del asunto, considera que la Sentencia de instancia ha infringido en su totalidad el conjunto normativo que resulta de aplicación a la admisión del alumnado en centros privados concertados en relación con la no discriminación por razón de sexo y que está constituido por las siguientes normas: Artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006, artículo 3b) del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, en relación con los artículos 9 y 14 de la Constitución Española y 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía artículos 14 y 24.1 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículo 1.4 del Tratado de Lisboa y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

En relación con tales infracciones reitera que la sentencia de instancia no se ha pronunciado sobre la cuestión principal planteada, en los términos expuestos en el segundo motivo del presente recurso de casación, por lo que de remite a lo expuesto en la instancia, fundamentos de derecho séptimo y octavo del escrito de contestación a la demanda.

4.1. Por último el Sindicato rebate el cuarto motivo que reputa carente de fundamento.

Afirma que en este supuesto en concreto este centro escolar se constata en el Informe del Inspector de **Educación** que consta en el expediente administrativo que hay un alumno en el Primer Curso de Ciclo Formativo de Grado Medio de Gestión Administrativa. Manifiesta que en este centro educativo no consta que se haya abierto algún expediente disciplinario, ni se hubiera practicado ningún requerimiento por incumplimiento de la normativa dictada al efecto.

TERCERO.- Si bien constituye práctica habitual, por criterios de racionalidad, examinar los motivos de forma, al amparo de la letra c), antes que los de fondo, al amparo de la letra d), debe hacerse una excepción en el caso de autos, respecto al motivo tercero.

La existencia o no de la legitimación procesal debe verse con carácter previo a si la sentencia ha incurrido o no en el vicio de incongruencia a que se refieren los dos primeros motivos.

En la Sentencia de esta Sala y Sección de 1 de marzo de 2011, recurso de casación 2553/2009 recordábamos lo vertido en la Sentencia de esta Sala y Sección de 28 de abril de 2010, recurso 26/2007 respecto a la impugnación por una organización sindical de una norma reglamentaria en el ámbito educativo.

FJ TERCERO.-La Sala con carácter previo debe resolver el criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo (art. 19.1. a LJCA 1998), como superador del inicial interés directo (art. 28 LJCA 1956), que en el orden contencioso-administrativo ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 60//2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de



octubre , y 10/2003, de 20 de enero). Derecho e interés legítimo colectivo que se reconoce asimismo a los sindicatos (art. 19.1 b) LJCA).

Así la STC 52/2007, de 12 de marzo , FJ 3 nos recuerda que en relación al orden contencioso-administrativo, ha precisado "que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3 ; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3 ; y 73/2006, de 13 de marzo , FJ 4; con relación a un sindicato, STC 28/2005, de 14 de febrero , FJ 3)".

El máximo intérprete constitucional remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (STC 73/2004, de 22 de abril , FJ 3 STC 226/2006, de 17 de julio , FJ 2). Mas también ha dicho que el principio "pro actione" no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes, ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles (STC 45/2004, de 23 de marzo , FJ 4 y ATC 430/2004, de 12 de noviembre , FJ 4.

CUARTO.- 1. En el concreto ámbito sindical el Tribunal Constitucional ha reiterado en su STC 358/2006, de 18 de diciembre FJ 4 que "para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado "función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores" (STC 101/1996, de 11 de junio , FJ 2). Debe existir, además un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5 ; y 24/2001, de 29 de enero , FJ 5)".

La antedicha sentencia pone de relieve que ha reconocido ese interés específico en diversas sentencias. Así recordaba en la STC 203/2002, de 28 de octubre , expresamente invocada por la recurrente que "hemos reconocido la existencia de ese interés específico para recurrir un Acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad aprobatorio de la dotación de determinadas plazas de profesorado (STC 101/1996, de 11 de junio FJ 3); para impugnar el sistema de provisión de una plaza de Jefe de la policía local en un Ayuntamiento (STC 7/2001, de 15 de enero , FJ 6); para impugnar las bases de la convocatoria de un concurso-oposición para la provisión de plazas de bomberos de una Diputación Provincial (STC 24/2001, de 29 de enero , FJ 4); o para recurrir el Acuerdo del Pleno de una Ayuntamiento que aprobaba la plantilla orgánica del mismo (STC 84/2001, de 26 de marzo , FJ 4). En todos estos supuestos entendimos acreditado tal interés por la conexión entre los fines y la actividad del sindicato (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y el objeto del pleito, centrado en actividades relacionadas con la organización administrativa. Es más, expresamente declaramos que el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato (STC 7/2001, de 15 de enero , FJ 6)".

2. Por su parte nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo ha reconocido la negociación como parte del derecho de libertad sindical y, por ende, la legitimación sindical respecto un Acuerdo de modificación de la plantilla orgánica de los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera, del personal laboral y del eventual adoptado por un Pleno de un Ayuntamiento (STS de 11 de mayo de 2004, recurso de casación 1490/1997).

No se discutió la legitimación de una Confederación Sindical respecto a la impugnación de la Orden de constitución y designación de los órganos de Gobierno de los Centros Docentes Concertados en una Comunidad Autónoma al haber omitido en su articulado la regulación del procedimiento a seguir para la elección de tales órganos de (STS de 24 de marzo de 1997, recurso de apelación 1268/1989).

Y se aceptó la legitimación sindical para impugnar el acuerdo de crear una empresa mixta en forma de sociedad anónima con participación de una Universidad. Se tomó en consideración que la central sindical era la mayoritaria en el ámbito universitario de la Comunidad Autónoma, tenía representantes en la Junta de Gobierno de la Universidad, y en el consejo Social de la Universidad, es decir que una persona nombrada por la entidad sindical hace valer sus intereses en los órganos de Gobierno. Y, por ello, se entendió que las diversas actuaciones para la creación y funcionamiento de la antedicha sociedad anónima no es ajena a



los intereses económicos y profesionales de los trabajadores de la Universidad pues podrían sustraerse al colectivo determinados puestos de trabajo perjudicándose de tal modo las expectativas profesionales (STS 6 de marzo de 2007, recurso de casación 7411/2001).

Supuestos los anteriores en que se puso en evidencia el vínculo entre el Sindicato y el objeto de debate en el pleito.

3. Si se negó la legitimación a la Federación de una organización sindical para impugnar el Real Decreto 396/1996, de 1 de marzo por cuanto la impugnación perseguía exclusivamente garantizar la legalidad vigente sin que se infringiera el interés exigido por nuestra norma procedimental (STS 16 de marzo de 1999 , recurso ordinario 688/1996).

La STS de 19 de enero de 2000 , recurso ordinario 233/1997, niega legitimación a una Confederación de Sindicatos de Trabajadores de la Enseñanza y una Federación de Enseñanza de una organización sindical para impugnar el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo por el que se regula el régimen de elección de centro educativo.

Asimismo se ha rechazado la legitimación sindical para impugnar un informe justificativo de la conveniencia de proceder a la concesión a la iniciativa privada de la gestión de las escuelas de **educación** infantil de un municipio así como el Pliego de Condiciones Técnicas particulares y el de cláusulas administrativas particulares del concurso para la concesión de dicha gestión (STS 12 de julio de 2005, recurso de casación 8590/1999) pues las meras expectativas contra supuestos agravios futuros no bastan para reconocer la legitimación activa.

En el mismo sentido negador de legitimación por ausencia del nexo entre el sindicato y el objeto del debate en el pleito se ha pronunciado este Tribunal en su STS 3 de julio de 2007, recurso de casación 10100/2004 , respecto de la impugnación de un Decreto autonómico sobre control de calidad de los centros y servicios de acción social y entidades evaluadoras en una Comunidad Autónoma.

Finalmente resulta oportuno reseñar la STS 8 de octubre de 2007 , rec. casación 4923/05, confirma la resolución de instancia negando legitimación para impugnar una norma autonómica que aprueba la elección de centro, criterios de admisión de alumnos sostenidos con fondos públicos y acceso a determinadas enseñanzas, al no ser suficiente la alegación de que miembros del sindicato son profesores en los meritados centros ni que el Sindicato forma parte del Consejo Escolar de La Rioja. Se rechazan las prolijas argumentaciones efectuadas de forma genérica y desvinculada del supuesto concreto.

En estos otros no se justificó ese nexo al que antes hemos hecho mención.

4. Vemos, por tanto, que este Tribunal ha venido insistiendo (por todas STS de 24 de mayo de 2006, recurso de casación 957/2003 , y sentencia de 22 de mayo de 2007, recurso de casación 6841/2003 , con cita en ambas de la STS de 30 de enero de 2001) en que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos".

Expuesta la doctrina constitucional y de esta Sala acerca de la legitimación en general, y de la legitimación sindical en concreto, hemos de concluir que el reconocimiento de la legitimación declarada por la Sala de instancia se ajusta a la doctrina vigente sobre la cuestión si atendemos a las circunstancias concretas.

Partiendo de que se reconoce a los sindicatos legitimación para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario es preciso, además, que exista un vínculo concreto entre los fines del sindicato y el objeto del debate en el recurso. Esta esencia es la que subyace en los pronunciamientos constitucionales antes citados que proclamaron la legitimación pretendida.

Y, en el presente caso aunque , de forma parca, se vislumbra cual es la ventaja o beneficio cierto, o, en su caso eliminación de un perjuicio, que derive para la defensa de los intereses de los trabajadores de enseñanza concertada de Asturias por la prosperabilidad de su acción frente a la Orden de la Consejera de **Educación** de la Junta de Andalucía.

La argumentación del sindicato acerca de su legitimación fue escueta pero individualizada pues argumentó inicialmente sobre que la **educación** diferenciada por sexo encaja en las dos perspectivas del derecho a la **educación**.

Tras ello, en el fundamento de derecho quinto del escrito de demanda, expuso las consecuencias negativas respecto de los trabajadores si se retirara el concierto ya que las empresas pasarán del V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos al VIII Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún



nivel concertado o subvencionado, lo que incluso podría dar lugar al cierre de la empresa con el subsiguiente despido.

Hubo pues un análisis sobre cómo en el supuesto examinado se goza de la legitimación esgrimida que no puede equipararse a una acción pública en defensa del derecho a la **educación**.

No se está, pues, en las circunstancias examinadas en la Sentencia de 19 de mayo de 2010, recurso contencioso administrativo 41/2007, de esta Sala y Sección, aducida por la administración autonómica en su motivo. Decíase allí en su FJ 3º " .. el Sindicato actor nada dijo en su escrito de demanda acerca de cuál fuera el "interés legítimo" que hacía valer en el proceso. Se limitó a razonar que aquellos apartados, en la medida en que no precisan ni concretan en qué habrá de consistir " la debida atención educativa " a la que se refieren, vulneran las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles y las normas básicas de desarrollo del art. 27 CE. " .

Por todo ello el pronunciamiento acerca de la declaración de legitimación es ajustado a derecho sin que estuviere huérfano de explicación en la Sentencia impugnada dada la mención en el penúltimo párrafo del FJ segundo a lo consignado en el punto quinto del escrito de demanda.

No prospera el motivo.

CUARTO .- Procede ahora examinar los motivos primero y segundo en que se invoca quebranto del principio de congruencia.

Recordaremos su esencia constitucional partiendo de que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas no sustanciales (STC 51/2010, de 4 de octubre, FJ 3º), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 24/2010, 27 abril FJ 4º) en que no cabría la respuesta conjunta y global. E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio). Si se desatiende un aspecto con posible incidencia en el fallo puede darse lugar a una denegación de justicia (STC 24/2010, de 27 de abril, FJ4).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (Sentencias de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/2009, 28 de octubre de 2011, recurso de casación 5472/2007), es decir la incongruencia omisiva o por defecto que conculca el art. 67 LJCA que obliga a decidir sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso ; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (Sentencia de 24 de mayo de 2010, rec casación 6182/2006, Sentencia de 23 de diciembre de 2010, rec casación 4247/2006, Sentencia de 15 de abril de 2011, recurso de casación 3143/09).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (Sentencia de 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (Sentencia de 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (Sentencia de 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003).

e) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencia de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993).



f)) Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna que de lugar a contradicción entre el fallo de la sentencia y los fundamentos que justifican su decisión (Sentencia 23 de abril de 2003 , rec. de casación 3505/1997, Sentencia 29 de mayo de 2007 , rec. casación 8158/2003). Contradicción entre fallo de la resolución y su fundamentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (STC 127/2008, de 27 de octubre , FJ2), si bien este Tribunal (Sentencia 4 de noviembre de 2009, recurso de casación 582/2008 , FJ4º) reputa incongruencia interna la contradicción entre lo que se razona y lo que se decide derivada de error evidente en la redacción de un párrafo caracterizado por recaer sobre la circunstancia de la que depende la decisión del proceso).

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición se encuentra plasmado en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma . Obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso y evitar, por ende, la incongruencia por exceso.

QUINTO .- Expuesto el marco de la incongruencia examinamos la argumentación de los motivos.

En el primer motivo se aduce incongruencia por exceso al haber resuelto sobre pretensiones no ejercitadas. El motivo debe decaer si se contrapone el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia.

De la lectura del suplico de la demanda se desprende que no sólo se interesó la nulidad del párrafo 1.1. de la Orden impugnada sino también el reconocimiento del derecho del centro educativo a que se aplicasen las normas sobre conciertos por un período de cuatro años obligando a la administración al mantenimiento del concierto por el citado período de tiempo.

Y en cuanto a la argumentación de la demandante en instancia queda claro expuso contrariaba el ordenamiento el no mantenimiento de la renovación por el período establecido de cuatro años al entender introduce la Orden un requisito carente de cobertura legal.

Por ello no cabe considerar que incurra en el vicio denunciado de incongruencia por exceso el fallo estimatorio del recurso y la declaración de nulidad de la condición impuesta en la renovación del concierto y subsiguiente declaración de vigencia del concierto educativo por período de cuatro años desde el curso 2009/2010.

Otro tanto acontece respecto al pretendido vicio de incongruencia omisiva al sostener que la Sala no se ha pronunciado sobre si la administración puede o no condicionar el concierto a que el centro admita tanto a alumnos como a alumnas.

No solo la demanda aducía que carecía de base legal la introducción de la condición sino que también mantuvo que la Inspección Educativa afirmaba (informe del 10 de febrero de 2009) constaba escolarizado un alumno en el primer curso del ciclo formativo de grado medio de gestión administrativa frente a 23 alumnas, así como 4 alumnas en 2º curso de Repostería y 15 alumnas en primer curso de Secretariado.

No hay mención expresa a éste último punto por razón de la reproducción de una sentencia anterior de la Sala pero sí explicita el criterio de la misma dentro de los márgenes de las pretensiones de las partes.

No se acogen motivo primero y segundo.

SEXTO.- Despejados los tres primeros motivos procede entrar en el examen del cuarto y último motivo para lo cual resulta oportuno reproducir lo vertido por esta Sala y Sección en su reciente Sentencia de 26 de junio de 2012, recurso de casación 4591/2011 en que la denegación administrativa, en el citado supuesto del Gobierno de Cantabria, se amparaba también en el art. 84.3 de la LO 2/2006 de 3 de mayo, de **Educación** respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, engarzado con el art. 20.2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la **Educación** y los arts. 43 y 44 del RD 2377/1985 .

Se dijo en el FJ TERCERO que la decisión de la administración, anulada 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 renovarían 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".

...../.....

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.

CUARTO.-/.....



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. Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribire. 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 recurrente, 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".

SEPTIMO .- Lo acabado de exponer es aplicable al supuesto de autos en que la particularidad radica en la invocación añadida del Decreto autonómico 53/2007, de 20 de febrero, que se atiene a la normativa estatal más arriba expuesta.

Significa, pues, que la Sala de instancia ha contravenido la interpretación de los preceptos invocados dado que, para la renovación del concierto educativo, han de tenerse en cuenta, no solo las normas educativas esgrimidas sino también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y la correlativa andaluza, Ley 12/2007, de 26 de noviembre que, por su carácter de normas legales ulteriores pueden incidir en la regulación previa del RD 2377/1985.

OCTAVO.- La estimación del motivo anterior, conlleva de acuerdo con el art. 95.2. d) LJCA resolver en los términos planteados en la instancia.



Ya hemos expuesto en el fundamento anterior que no contraria a la legislación vigente la enseñanza separada por sexos mas cuestión distinta es que tal actividad pueda ser objeto de concertación con fondos públicos.

Significa, pues, que debe confirmarse la actuación administrativa al entenderse ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011.

NOVENO .- Al estimarse el recurso de casación de conformidad con lo prevenido por el Artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción no procede hacer expresa condena en costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación deducido por la Letrada de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía contra la sentencia estimatoria de fecha 21 de julio de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sección 3ª en el recurso núm. 715/2009, deducido por la Unión Sindical Obrera contra la Orden de 7 de agosto de 2009 de la Consejera de **Educación** de la Junta de Andalucía que acuerda aprobar el concierto educativo con el centro docente privado concertado "Elchato" Brenes, Sevilla, para las enseñanzas que se relacionan en el anexo de dicha Orden para el curso académico 2009/2010. Resolvió la Sala estimar el recurso contencioso-administrativo, contra la Orden de la Consejería de **Educación**, de 7 de agosto de 2009, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado concertado "Elchato" de Brenes (Sevilla), para el curso académico 2009/2010, al tiempo que declaró la nulidad de la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011 y, consiguientemente, la vigencia del concierto educativo por periodo de cuatro años desde el curso académico 2009/2010.

Se desestima el recurso contencioso administrativo 715/2009.

En cuanto a las costas estese al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección 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 24 de julio de 2012, recaída en el recurso de casación nº 5423/2011.

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.

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.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.