

Roj: STS 2195/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2195
Id Cendoj: 28079130042016100168
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 2285/2014
Nº de Resolución: 1126/2016
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 2285/2014, interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía, contra la Sentencia de 15 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso contencioso-administrativo nº 265/2013 sobre conciertos educativos.

Se ha personado como parte recurrida la Procuradora de los Tribunales Dña. Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de la Congregación Religiosa Hermanas Carmelitas de la Caridad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, se ha seguido el recurso interpuesto por la Congregación Religiosa Hermanas Carmelitas de la Caridad, como titular del centro docente privado "Nuestra Señora del Carmen", de la Palma del Condado (Huelva), contra la Orden de 27 de marzo de 2013 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, que acordó aprobar el concierto educativo con el centro docente privado citado para el curso académico 2013/2014.

SEGUNDO .- En el citado recurso contencioso administrativo se dicta Sentencia, de 15 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

<<1º.- Estimar el recurso contra la Orden indicada en el fundamento de derecho primero, que anulamos en lo relativo a la denegación de la renovación del concierto educativo para una unidad de infantil de tres años, cuyo otorgamiento se reconoce con efectos del inicio del curso escolar 2013/2014, y por período de cuatro años, con el reconocimiento de los efectos económicos inherentes a este pronunciamiento. (...) 2º Sin costas>>.

TERCERO.- Contra la mentada sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- En el escrito de interposición de la casación, la Administración recurrente solicita que se estime el recurso, se case la mencionada sentencia y, en consecuencia, desestime la demanda en todos sus pedimentos.

QUINTO.- Conferido trámite de oposición al recurso de casación, la parte recurrida solicita que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia dictada. Imponiendo las costas procesales a la recurrente.

SEXTO .- Acordado señalar día para la votación y fallo del recurso, fue fijado a tal fin el día 26 de abril de 2016, en que tuvo lugar la misma. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 28 de abril de 2016.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se recurre estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la *Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 27 de marzo de 2013, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado "Nuestra Señora del Carmen" de la Palma del Condado (Huelva), a partir del curso académico 2013/2014*. En concreto se cuestionaba la denegación de una unidad de educación infantil, segundo ciclo, por no cumplir con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, ante el descenso demográfico constatado en dicha localidad.

SEGUNDO .- El recurso de casación se sustenta sobre un único motivo, llamado "primero", en el que, por el cauce procesal que diseña el artículo 88.1.d) de la LJCA, denuncia la lesión de los artículos 27.5 y 27.9 de la CE, 16, 20, 24.2, 43 y 46 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos y 15.2 y 109 de la Ley Orgánica de Educación.

Por su parte, la Congregación Religiosa recurrida considera que únicamente puede alterarse el convenio por las causas que establece el artículo 43 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, y que sí existen necesidades de escolarización que justifican la renovación del concierto educativo para seis unidades de educación infantil de segundo ciclo.

TERCERO .- Sostiene la Administración recurrente, en el único motivo de casación invocado, que la sentencia se equivoca cuando declara que los conciertos únicamente se pueden modificar por las causas que relaciona el artículo 43 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, y cuando declara que sí existen necesidades de escolarización para la renovación del concierto para seis unidades, y no cinco, como acordó la orden impugnada en la instancia, pues se había producido una reducción de solicitudes para ese centro, y existían plazas vacantes en centros públicos de la zona. De modo que, se concluye, la sentencia ha vulnerado los artículos 27.5 y 27.9 de la CE, 16, 20, 24.2, 43 y 46 del Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos y 15.2 y 109 de la Ley Orgánica de Educación, toda vez que la modificación del concierto se fundaba en el descenso de la natalidad de la zona, con la consiguiente reducción del número de alumnos.

Los términos en los que se plantea este recurso de casación, y las normas cuya vulneración se aducen, inmediatamente nos recuerdan otros recursos, que seguidos por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, resolvieron las mismas cuestiones que ahora se plantean. Nos referimos a las Sentencias de 27 de abril de 2004 (recurso de casación nº 8186/2000), de 4 de mayo de 2005 (recurso de casación nº 47/2001), 13 de marzo de 2006 (recurso de casación nº 328 / 2001).

Téngase en cuenta que aunque en los citados recursos se impugnaban sentencias dictadas en el procedimiento previsto en el artículo 114 y siguientes de la LJCA, lo cierto es que no se suscitaban únicamente, ni siquiera principalmente, lesiones de derechos fundamentales, pues, como suele ser habitual en estos casos, las vulneraciones normativas constitucionales y de mera legalidad estaban entrelazadas y resultaba imposible diseccionar unas de otras, lo que determinó que se analizara, como es natural, de modo conjunto ambos tipos de infracciones normativas.

CUARTO .- Hecha la anterior consideración preliminar, y adentrándonos en la interpretación y aplicación de los artículos 27.5, 27.9 de la CE, 16, 20, 24.2, 43 y 46 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos y 15.2 y 109 de la Ley Orgánica de Educación, sobre los que se sustenta esta casación, debemos insistir que dicho conjunto normativo es sustancialmente igual al examinado en la sentencias antes relacionadas, y ha sido interpretado de modo reiterado por esta Sala en el sentido que postula la Administración recurrente, por lo que procederá declarar haber lugar al recurso de casación.

Así es, venimos declarando en Sentencias de 27 de abril de 2004 (recurso de casación nº 8186/2000), de 4 de mayo de 2005 (recurso de casación nº 47/2001), 13 de marzo de 2006 (recurso de casación nº 328 / 2001) que cuando se trata de una modificación de un concierto educativo vigente, discutiéndose la existencia de causa legal que justifique ese cambio, como es la disminución del número de alumnos, ello es razón bastante para reducir, en el siguiente curso escolar, las unidades previstas.

De modo que la mengua del número de alumnos en los cursos iniciales es una de las causas que, conforme al artículo 46.1 del Real Decreto 2377/1985, justifican la modificación del concierto en vigor y una reducción de las unidades concertadas. Así se declara en la Sentencia de 27 de abril de 2004 (recurso de casación nº 8186/2000), <<(…) incluso si advirtiéramos alguna infracción de la legalidad a que se remite el artículo 27.9 de la Constitución, no podría ello traducirse sin más en una vulneración del derecho constitucional, tal como razona la sentencia recurrida al admitir la posibilidad de una disminución del número de unidades concertadas, siempre que, como aquí sucede, en la propia resolución se expliquen las razones de tal reducción, referidas a "haberse apreciado un menor número de alumnos en los cursos iniciales", que es hecho, intangible en casación, que recoge la sentencia recurrida, y que, ciertamente, justifica esa mínima

reducción de unidades, siendo asimismo digno de destacarse que los otros preceptos que cita el recurrente en el motivo, y que son de legalidad subconstitucional, (artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica 8/85 y del Real Decreto 2377/85, que aprueba las Normas Básicas sobre Conciertos Educativos) tampoco implicarían (aunque concurrieran) violación de tal derecho fundamental, máxime cuando no se razona en qué y por qué han de considerarse infringidos, y cuando la relación media (alumnos-profesor), la ratio, en esencia, no constituye un imperativo específico y absoluto que se imponga en cualquier caso, como resulta de los artículos 16 y 17 del Real Decreto 2377/85 , ya mencionados y de la sentencia de 20 de julio de 2001 , y menos que implique su posible infracción la vulneración constitucional que se invoca, al tiempo que el artículo 46 de dicho Real Decreto sí prevé modificaciones del concierto en atención a las variaciones que puedan producirse por las alteraciones a que se refiere, que aquí sí concurren, como recoge la sentencia en declaración que en este recurso de casación no puede ser rechazada por el carácter extraordinario y específico de tal clase de recurso, lo que impide la estimación del motivo>>.

Del mismo modo la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso de casación nº 47/2001), en un supuesto en que se redujeron de tres a dos las unidades de primero de Educación Primaria por entender que eran suficientes para atender en el curso 2000/2001 a los 57 alumnos que cursaban en el año escolar 1999/2000 Educación Infantil, declara que

<<Y lo que más concretamente plantea es lo siguiente: si la disminución del número de alumnos en las unidades que tenga concertadas un centro docente privado, acaecida a lo largo del periodo de duración del concierto educativo, puede ser causa de modificación de dicho concierto, al amparo de lo establecido en ese artículo 46.1 del Reglamento, y facultar a la Administración a que, a través de esa modificación, reduzca el número de las unidades concertadas, como aquí ha sucedido, para lograr con ello que sea igualitario el número de alumnos en todos los centros docentes sostenidos con fondos públicos. (...) La solución a la anterior cuestión tiene que ser afirmativa por lo que se explica a continuación. (...) En materia de conciertos educativos debe diferenciarse entre los requisitos que han de reunir los centros docentes privados para poder acogerse a ellos y para mantener el que tengan formalizado, y la disponibilidad presupuestaria legalmente establecida como límite del número de los conciertos que pueden ser aprobados por la Administración. (...) En cuanto a aquellos requisitos, el artículo 5 del Reglamento alude a los que han de cumplirse para poder acogerse al régimen de conciertos, y su artículo 16 establece la obligación del titular del centro de mantener una relación media alumnos/profesor no inferior a la que en este precepto se indica para que pueda continuar el concierto que haya sido autorizado. (...) Y por lo que hace al límite presupuestario, figura en el artículo 49.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación -LODE -, que dispone que la cuantía global de los fondos públicos destinados a los centros concertados se establecerá en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en los de las Comunidades Autónomas. Como también de dicho límite presupuestario se ocupa el tan repetido Reglamento, que declara: que los conciertos tienen por objeto garantizar la educación obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados a este fin (artículo 9); que esa asignación se realizará dentro de la cuantía global establecida en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en la de las Comunidades Autónomas (artículo 12); y que las propuestas sobre aprobación conciertos deberán ajustarse a las consignaciones presupuestarias disponibles (artículo 23.2). (...) Por tanto, debe considerarse acertado ponderar, como legítima causa de modificación de un concierto educativo, esas dos circunstancias que han sido tenidas en cuenta para decidir la supresión de la unidad concertada que aquí se discute; esto es, la disminución de alumnos del centro concertado y el propósito de procurar con la modificación del concierto un reparto igualitario de alumnos entre todos los centros sostenidos por fondos públicos. (...) Y ello porque significa decidir la significación de ese artículo 46.1 del Reglamento mediante una interpretación sistemática, poniendo dicho precepto en relación, como resulta obligado, con lo que disponen esos otros artículos del Reglamento y la LODE que antes se han mencionado; y también con lo que establecen los artículos 31.2 y 103.1 CE , citados acertadamente por la resolución administrativa litigiosa, sobre el criterio de asignación equitativa y eficiencia que ha de observarse en materia de recursos públicos y sobre el principio de eficacia que debe regir en la actuación de toda Administración pública>>.

En fin, también la Sentencia de 13 de marzo de 2006 (recurso de casación nº 328 / 2001) resuelve un supuesto similar a los anteriores. Por ello trae a colación, y esta es su razón de decidir, lo expuesto de las dos sentencias anteriores que sistematiza y transcribe.

En definitiva, debemos concluir, como ya anunciamos, que el motivo ha de ser estimado, declarar haber lugar a la casación y desestimar el recurso contencioso administrativo al ser conforme a Derecho al resolución impugnada.

Sin que obste a lo anteriormente expuesto que esta Sala en Sentencia de 6 de noviembre de 2008 (recurso de casación nº 1458/2006) llegara a una conclusión distinta a la contenida en las sentencias citadas, pues en dicha sentencia se explica expresamente que el supuesto de hecho allí examinado era diferente al que se planteaba en las sentencias que acabamos de relacionar.

QUINTO .- Lo anterior resulta bastante para haber lugar a la casación, pero es que además, y por lo que hace al caso examinado, conviene recordar que nos encontramos en el segundo ciclo de la educación infantil que es gratuito, según declara el artículo 15.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo , de modo que con la finalidad de atender las demandas de las familias, las Administraciones educativas garantizarán, como exige el citado precepto legal, una oferta suficiente de plazas en los centros públicos y concertarán con centros privados, en el contexto de su *programación educativa* .

De manera que, con carácter general, en esa programación de oferta de plazas, las Administraciones educativas *armonizarán* , señala el artículo 109 de la misma Ley Orgánica, las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos y alumnas, padres, madres y tutores legales. Por lo que la oferta educativa de las enseñanzas que en esa Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la *programación general* de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el *principio de economía y eficiencia* en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una *adecuada y equilibrada escolarización* de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, *tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social* . Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes.

El marco normativo esbozado, partiendo naturalmente del reconocimiento constitucional del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza que proclama el artículo 27.1 de la CE , se debió proyectar sobre el supuesto que se planteó ante la Sala de instancia, con motivo de la impugnación de la *renovación del concierto educativo* y la denegación de una unidad por causa del " *descenso demográfico de la localidad* ", según señala la orden impugnada en el recurso contencioso administrativo. Es decir, en este caso ese descenso provocó una disminución del número de solicitudes para ese centro educativo, en el segundo ciclo de educación infantil que es concertada, pues la escolarización venía siendo de 25 alumnos por unidad, concretamente con una ratio de 25,33 alumnos/unidad, y en el curso escolar en el que se reduce a una unidad, se recibieron tan solo 36 solicitudes de admisión, que proporcionaba alumnos, 25, para una sola unidad, quedando 11 alumnos más para escolarizarse en las plazas vacantes en centros públicos. Por ello, cuando la Administración recurrente considera que razones de programación y eficiencia en la gestión de los recursos públicos, que son los criterios a los que expresamente acude la Ley Orgánica de Educación en los términos antes expuestos, avalan esa reducción, al haber plazas sobrantes en los centros públicos para escolarizar a esos 11 alumnos, tales razones no pueden ser desdeñadas señalando, como hace la sentencia, que no hay razones para proceder a ninguna reducción, siempre que haya solicitudes que rebasen la única unidad prevista para ese nivel al seguir cumpliendo los requisitos que motivaron la aprobación del convenio, no haber incurrido en causas de no renovación y existiendo consignaciones presupuestarias.

Conviene insistir que ya hemos declarado que es, por tanto, *acertado ponderar, como causa legítima de modificación de un concierto educativo, esas dos circunstancias que han sido tenidas en cuenta para decidir la supresión de la unidad concertada que aquí se discute, esto es, la disminución de alumnos del centro concertado y el propósito de procurar con la modificación del concierto un reparto igualitario de alumnos entre todos los centros sostenidos con fondos públicos* (STS de 4 de mayo de 2005 dictada en el recurso de casación nº 47/2001).

Lo que no puede sostenerse con éxito, en definitiva, es que en el ejercicio del derecho a la educación no resulte de aplicación ni la programación, ni los principios de eficiencia y economía que establece la Ley Orgánica de Educación (artículos 15 y 109), ni que en el nivel de enseñanza examinado no puedan reducirse unidades, respecto de convenios ya aprobados, por razones demográficas que se traducen en una reducción del número de solicitantes de matriculación en ese centro educativo, lo que determinaría el rígido mantenimiento de las mismas unidades bastando para ello con que exista una solicitud de matrícula más de la previstas para la ratio profesor alumnos, que en este caso era de 25,33 alumnos/profesor. De modo que la consecuencia es que esa ratio profesor/alumnos sería ostensiblemente inferior en la enseñanza privada concertada que en la enseñanza pública, sin que haya razones constitucional ni legalmente exigidas para primar o potenciar de esa forma la enseñanza privada concertada en detrimento de la pública, cuando ambas se sostienen con los mismos fondos públicos.

Por cuanto antecede procede declarar haber lugar a la casación y desestimar el recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 139.2 de la LJCA , no se hace imposición de costas.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Que **ha lugar** al recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, contra la Sentencia de 15 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso contencioso-administrativo nº 265/2013 , que casamos y anulamos.

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 27 de marzo de 2013, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado "Nuestra Señora del Carmen" de la Palma del Condado (Huelva), a partir del curso académico 2013/2014, que se declara conforme a Derecho.

No se hace imposición de las costas .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Segundo Menendez Perez Maria del Pilar Teso Gamella Jose Luis Requero Ibañez Jesus Cudero Blas Angel Ramon Arozamena Laso Rafael Toledano Cantero **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:18/05/2016

MAGISTRADO que formular el voto particular: Jose Luis Requero Ibañez.

Con el máximo respeto discrepo del voto mayoritario y al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial formulo este voto particular con base en las siguientes razones:

PRIMERO.- La sentencia se aparta de la disciplina casacional.

A) Preliminar.

La parte demandante en la instancia es titular del Centro Concertado Colegio Nuestra Señora del Carmen (Palma del Condado, Huelva) que respecto de la convocatoria de conciertos educativos a partir del curso 2013/2014 interesó la renovación del concierto para 6 unidades de Educación Infantil, Segundo Ciclo que tenía concertadas.

El acto impugnado acuerda la renovación para cinco unidades y, en concreto, una correspondiente a tres años. Las razones que dio dicho acto fueron « *no cumplir el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, de acuerdo con lo establecido en el art. 116 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* » y teniendo en cuenta que según la programación de la oferta educativa para el curso 2013/2014, de acuerdo el artículo 3 de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación en Andalucía y en el marco de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , esa unidad no es necesaria, considerando « *la existencia de puestos escolares vacantes suficientes en el ámbito territorial del centro, el descenso demográfico de la localidad de Palma del Condado, que hará decrecer la demanda de escolarización, y de acuerdo con el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos* ».

Otras razones que deducen del informe del Jefe de Servicio de Planificación y Escolarización es el descenso demográfico, que para el curso controvertido es de 120 personas nacidas en 2010, por lo que bastarán cinco unidades de tres años y se añade que « *La 6ª unidad no se puede suprimir de ningún modo en los colegios públicos de la localidad porque la totalidad del profesorado de Educación Infantil tiene carácter definitivo en estos centros, lo que supondría desplazamiento del personal funcionario* ».

A su vez al contestar el 26 de marzo de 2013 a las alegaciones al proyecto de Orden luego impugnada, el Delegado Territorial insiste en las dos primeras razones - no hace referencia al problema funcional- y añade

que Palma del Condado cuenta con dos centros públicos y dos privados que imparten Educación Infantil: en el centro público Manuel Siurot con dos líneas completas y en el también público Condado de Huelva, con una línea completa; en los dos privados, ambos con una unidad de tres años.

Finalmente al informar el 2 de julio de 2013 a la solicitud de medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo seguido en la instancia, en el punto 6 admite que el número de solicitudes justifica la renovación, pero como hay plazas vacantes en la localidad, prescinde del dato de la demanda de puestos escolares que ha tenido el centro.

Es al presentar ese informe para oponerse a la medida cautelar interesada, cuando ya invoca por vez primera el artículo 43.1 del Reglamento de Normas sobre Conciertos Educativos aprobado por Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, para sostener que el centro no satisface necesidades de escolarización.

B) Razones de la sentencia de instancia

La sentencia de instancia estimó la demanda con base en los siguientes razonamientos:

1º Se remite a los informes del Jefe de Servicio de Planificación y Escolarización y del Delegado Territorial.

2º Como hechos admite que la ratio en los centros públicos es 21,50 y en el centro objeto del pleito es de 23,83.

3º Cita la evolución demográfica y la memoria explicativa de la titular del centro en cuanto a la escolarización en el curso 2012/2013.

4º Expone que de la prueba practicada se deduce que para el curso 2013/2014 tiene 36 solicitudes para Educación Infantil de tres años y que en los dos centros públicos se recibieron 57 solicitudes con un total de 75 puestos escolares.

5º A partir de tales hechos invoca el artículo 109 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y estima la demanda resaltando el parecer unánime de la Comisión Provincial de Conciertos a favor de la renovación. Cita los artículos 5.1 y 43.1 Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos que fija los criterios de renovación de conciertos de los que deduce que es por principio preceptiva la renovación si no concurren las circunstancias del citado artículo 43.1.

6º Finalmente la sentencia conjuga el contenido del artículo 43.1 con el dato de las 36 solicitudes en relación con *« 25 plazas ofertadas (una sola unidad de infantil de 3 años), habiéndose cubierto la ratio de 25 alumnos/unidad, el curso anterior...A su vez, la ratio en los centros públicos se manifiesta ligeramente inferior a tenor del informe del Servicio de Planificación... »*.

Al ser este el razonamiento de la sentencia y ésta el objeto de este recurso de casación, la disciplina casacional exige que la Administración recurrente en casación ataque la sentencia por razón de esos fundamentos. Pues bien, en su recurso de casación la Administración sostuvo que la sentencia infringe los artículos 27.5 y 27.9 de la Constitución ; los artículos 16 , 20 , 24.2 , 43 y 46 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos y los artículos 15.2 y 109 de la Ley Orgánica de Educación .

La infracción de tales preceptos la basó en el descenso de la natalidad, lo que reconoce la sentencia; en que no hay un derecho absoluto al concierto; invoca el artículo 43.1 Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos ; no satisface necesidades de escolarización; ha de estarse al total del binomio alumno/profesor en la zona en la educación financiada con fondos públicos (centros públicos y privados concertados) y no sólo al dato de solicitudes.

Sin embargo el centro de su decisión es que debe prevalecer la proporcionalidad entre centros públicos y concertados pues de lo contrario quedarían vacantes en centros públicos, a lo que añade la invocación de los principios economía y eficiencia y - con una serie de críticas a los frecuentes pronunciamientos estimatorios de la Sala de instancia - concluye que no puede imponerse un aumento de plazas concertadas cuando hay oferta en centros públicos.

Así las cosas entiendo que la Sala de instancia se aparta de los concretos fundamentos del recurso de casación para adentrarse en el pleito a modo de segunda instancia, no resolviendo sobre los concretos motivos, sobre los concretos preceptos que se invocan como infringidos. En particular debe resaltarse que de esos preceptos ninguno es objeto de desarrollo ni razonamiento por la recurrente salvo, curiosamente, el único que debió aplicar y no aplicó, esto es, el artículo 43.1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos .

De esta manera al estimar el recurso la sentencia mayoritaria no sólo incurre en esa desviación procesal sino que - como más abajo se verá - viene a confirmar una forma de entender el sistema de conciertos educativos que ignora la concurrencia de unos derechos fundamentales deducibles del artículo 27 de la Constitución y que la Administración recurrente deliberadamente ignora.

C) Razones para desestimar la casación.

Por razón de lo dicho debería haberse desestimado el recurso de casación por lo siguiente:

1º Idea previa.

Esta Sala y Sección tiene dicho en Sentencia de septiembre de 2008 (recurso casación 6939/2005) que cuando se trata de no renovar un concierto le es exigible a la Administración una sólida fundamentación de una medida tan trascendente, que afecta a centros y alumnos. En este caso se apela a conceptos indeterminados - necesidades de escolarización, programación o gestión eficaz de recursos públicos -, sin integrarlos: se apela a los mismos en cuanto que apoderan para ejercer una potestad, pero nada más.

2º La Sentencia no infringe el artículo 27.5 de la Constitución .

Esto es así porque la sentencia de instancia no discute ese poder de programación, por el contrario la Administración ignora que hay derechos fundamentales deducibles del artículo 27.1 y 3 en relación con el artículo 4 de la Constitución y la garantía constitucional del apartado 9, contemplando la renovación sólo en la organización de un servicio público prestado mediante red dual de centros. En este sentido no debe olvidarse que de en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación se dice expresamente que « *Tal programación debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos* ».

De esta manera esta Sala y Sección tiene dicho que esa programación debe conjugarse con los derechos fundamentales concernidos y que reconoce la Constitución [cf. Entre otras, la Sentencia de 19 de febrero de 2013 (recurso de casación 6429/2011) que se remite a las de 25 de septiembre y 16 octubre 2012 (recursos de casación 6430/2011 y 6431/2011)]. Esa necesidad de conjugar la potestad de renovación con esos derechos se deduce, además, del artículo 109.1 de la Ley Orgánica de Educación .

3º La Sentencia no infringe el artículo 27.9 de la Constitución .

Esto es así desde el momento en que la recurrente en casación no lo razona. Tal precepto nos devuelve al artículo 43 Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos en cuanto a los requisitos de renovación.

4º La Sentencia no infringe el artículo 15.2 de la Ley Orgánica de Educación .

Esto es así pues prevé la gratuidad del segundo ciclo de la Educación Infantil y, en consonancia con el régimen general de gratuidad en los niveles obligatorios, lo que hace es exigir a las Administraciones educativas que garanticen una oferta suficiente de plazas en los centros públicos y concertarán con centros privados, todo ello en el contexto de su programación educativa y siempre para atender las demandas de las familias. Lo que ha hecho la sentencia ha sido, precisamente y sin poner en duda ese poder de programación, entender que al denegar el concierto para una segunda unidad, se ha desconocido que el centro satisface necesidades de escolarización.

5º La Sentencia no infringe el artículo 16 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos .

En lo que interesa a este pleito, hay que entender que la Administración recurrente lo cita como infringido porque prevé que el titular del centro concertado « *se obliga a tener una relación media alumnos/profesor por unidad escolar no inferior a la que la Administración determine teniendo en cuenta la existente para los centros públicos de la comarca, municipio, o, en su caso, distrito en el que esté situado el centro* » .

Esto lleva a un punto de hecho que colisiona con los propios actos de la Administración: el parecer unánime de la Comisión de Conciertos a favor de la renovación, que en el informe del Delegado Territorial no ha negado al centro el código C1, es decir, que posee una relación media de alumnos por unidad no inferior a la que la Administración determine teniendo en cuenta los centros públicos de la zona.

6º La Sentencia no infringe el artículo 20 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos .

Según tal precepto tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos los centros a los que se refiere el artículo 48.3 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación. Derogado ese precepto por Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación y ésta por la Ley Orgánica de Educación, su artículo 116 exige que se satisfagan necesidades de escolarización en el marco del artículo 109 y dentro de esa preferencia, los que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo, más los que estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa.

En el caso de autos ya se ha dicho que la Administración admite que el centro tiene solicitudes, no se ha discutido que la Comisión de Conciertos atribuya al centro la clasificación C1, es decir, que su relación media de alumnos por unidad no es inferior a la que la Administración determine teniendo en cuenta los centros públicos de la zona y D que satisface necesidades de escolarización. Tampoco se ha discutido que el centro atiende a una población en condiciones sociales y económicas desfavorables.

Tampoco se ataca en casación, como pone de relieve la sentencia, que el centro tiene solicitudes, por lo que es contradictorio que tal dato, además, lo admita la Administración como que esas solicitudes justificaría el mantenimiento, pero aun así se deniega.

Por tanto, la única razón que inspira al acto impugnado - y así lo explicita el recurso de casación - es que obedece a un postulado de política educativa que contraría los derechos fundamentales tal y como más abajo se expondrá y que se concreta en que se parte de la preferencia de cubrir plazas vacantes en centros públicos para lo que se prescinde de las preferencias de los padres plasmada en el hecho no cuestionado de solicitudes, de ahí que la Administración infrinja el artículo 109.1 de la Ley Orgánica de Educación.

7º La Sentencia no infringe el artículo 24.2 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

A la vista del contenido de precepto, en este motivo la Administración no concreta si se está refiriendo al plazo, a la ausencia de fiscalización, a la competencia del órgano o a la exigencia de publicación en diarios oficiales. Si la invocación como infringido de este precepto lo es por razón de que el concierto se renueva «*en función de los créditos presupuestarios disponibles*», tal dato carece de todo apoyo de hecho y, además, de todo razonamiento.

Con este alegato hay que entender, más bien, que en su recurso de casación la Administración plantea una queja contra sentencias desfavorables de la Sala de instancia cuando esa posible razón no está en la Orden impugnada cuando esta Sala y Sección tiene dicho que las carencias presupuestarias deben probarse, no sólo alegarse de forma estereotipada (cf. Sentencia de 26 de septiembre de 2008, recurso casación 6939/2005).

8º La Sentencia no infringe el artículo 43 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

Más bien es lo contrario: es la Administración quien lo ha infringido al inaplicarlo y así lo resalta la sentencia. Como bien señala la sentencia, en el expediente y en el acto impugnado no se ha tenido en consideración los criterios de renovación del artículo 43.1 del citado Reglamento, ni la Administración integra los supuestos de no renovación: no se dice que haya por la demandante en la instancia incumplimientos reiterados (artículo 62.3 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, al que se remite) ni se basa, como se ha dicho ya, en la carencia de consignaciones presupuestarias.

9º La Sentencia no infringe el artículo 46 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

De este precepto invocado sin matiz alguno, interesa el apartado 1 pues el 2 hace referencia al cambio de titular y el 3 a que la modificación puede ser de oficio o a instancia del afectado y en este caso no ha habido cambio de unidades ni se razonan "otras circunstancias individualizadas", circunstancias que no cabría predicar del colegio pues tiene solicitudes.

SEGUNDO.- La sentencia mayoritaria se aparta de la debida tutela de los derechos fundamentales.

El artículo 27.4 de la Constitución reconoce como derecho fundamental la gratuidad de la enseñanza en niveles obligatorios y que tal enseñanza puede impartirse en centros privados es lo que da sentido al sistema de educación concertada y a los apartados 1, 3, 6 y 9 del artículo 27.

Mediante la educación concertada se cohonestaba el reconocimiento constitucional de la existencia de centros de iniciativa social como plasmación de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a la elección de centros, que participa, además, del derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución.

La consecuencia es que no cabe disociar el régimen de la financiación pública de la enseñanza obligatoria con el contenido de los apartados 6 y 9 del artículo 27, lo que lleva a ese sistema de enseñanza concertada como concreción de la garantía constitucional de ayuda a los centros que cumplan los requisitos previstos en las leyes.

Que la contemplación del cumplimiento de esos requisitos tiene alcance constitucional es algo que desde antiguo viene declarando esta Sala al considerar procedente que en sede del procedimiento especial y sumario de tutela de los derechos y libertades fundamentales - primero en la Ley 62/1978, hoy en los artículos 114 y siguiente de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa - se enjuicien aquellos que deniegan el acceso o la renovación de conciertos educativos (cf. Sentencias 25 de junio de 1988; 24 y 30 de mayo, 28 de junio, 9 de julio y 18 de octubre de 1990; 10, 25 y 31 de enero de 1991; 3 de julio y 27 de noviembre de 1995 entre otras muchas y por citar las más antiguas).

Esa realidad es algo más que un "entrelazamiento" entre la legalidad ordinaria y la constitucional al que alude la sentencia mayoritaria: la realidad de estos pleitos es que en ellos se juega la efectividad de esos derechos fundamentales. Por eso no deja de ser paradójico que la sentencia mayoritaria se apoye en unas sentencias dictadas en ese procedimiento especial de tutela - sentencias favorables a la no renovación - y que soslaye una constante jurisprudencia - en especial de esta Sección - que en sede de procedimiento ordinario sí ha sido sensible hacia la tutela de los mismos.

En esa jurisprudencia esta Sala ha deducido siempre que el contenido del artículo 27. 6 y 9 debe aplicarse en el contexto del artículo 27.1 y que la libertad de creación prevista en el artículo 27.6 no resulta real y efectiva (artículo 9.2) si no va acompañada del sistema de conciertos.

A estos efectos el artículo 27.4 no hace distinción alguna reconoce un más un derecho al ciudadano, pero sin congelar su contenido en los centros de titularidad pública y sin que ese poder de financiación pueda emplearse como instrumento para restringir - hasta su extinción - la realidad y efectividad de los derechos deducibles de los artículos 27.1,3, 6 y 9.

Sobre la exigencia de necesidades de escolarización, se trata de un criterio preferencial y cuando se trata de renovación ese criterio preferencial juega en caso de asignación presupuestaria insuficiente (artículo 43.1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos), algo que - como se ha dicho ya - debe estar debidamente justificado y razonado. Así en sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2007 se dijo que la ausencia de necesidades de escolarización debe probarse y, en sí, no es motivo para denegar el concierto pues depende de unas razones presupuestarias que la Administración debe probar.

Por otra parte y según la Sentencia de 22 de julio de 2008, la regulación de las necesidades de escolarización es una materia vedada a la Administración y debe regularse por ley (ídem Sentencias de 24 de enero de 1985, 7 de junio de 1986, 23 de mayo y 7, 8, 15, 19 y 20 de junio y 21 de septiembre de 1990) dependiendo de la demanda social. Esto da particular relevancia a los informes de órganos de la Administración - en este caso de la Comisión Provincial y de la Delegación Territorial - que en el caso de autos han sido contradictorios en pocos días o en el mismo día tal y como refleja la sentencia de instancia. Sobre tal punto hay que recordar las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 2007 y de 18 de julio de 2008 según las cuales hay falta de motivación en caso de informes contradictorios, sin dar razones de dicha contradicción.

Con todo, lo más grave de la sentencia mayoritaria es que al estimar el recurso de casación respalda un criterio de la Administración recurrente que, de forma expresa e intencionada, prescinde de los derechos deducibles del artículo 27 de la Constitución : su lógica llevará a que mientras existan plazas vacantes en centros públicos, se cercenará el derecho fundamental de los padres para llevar a sus hijos a un colegio de su elección en el que se impartan las enseñanzas obligatorias en régimen de gratuidad. Además coloca sobre tal derecho fundamental otro argumento: en los centros públicos « *La 6ª unidad no se puede suprimir de ningún modo...porque la totalidad del profesorado de Educación Infantil tiene carácter definitivo en estos centros, lo que supondría desplazamiento del personal funcionario* »; es decir, por encima de los criterios deducibles del artículo 109 de la Ley Orgánica de Educación se coloca tal argumento que excede de la potestad de programación.

En definitiva, contempla la gestión de un servicio público atribuyendo a la enseñanza concertada una función subsidiaria y esta Sala, apartándose de una andadura jurisprudencial *pro libertate* , ampara un criterio

según el cual una acción de fomento - que es en definitiva el sistema de conciertos - se ejerce al margen del mandato del artículo 9.2 de la Constitución : « *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas* ». No entra en la lógica administrativa que mediante el sistema de conciertos que gestiona se creen las condiciones para que los derechos educativos sean reales y efectivos.

La sentencia mayoritaria se apoya en sentencias de la Sección Séptima de esta Sala sobre la variación de conciertos (cf. Sentencias de 27 de abril de 2004, recurso de casación 8186/2000 ; de 4 de mayo de 2005, recurso de casación núm. 47/2001 o de 13 de marzo de 2006, recurso de casación 328/2001). En la sentencia de 4 de mayo de 2005 se apuntaba como procedente modificar un concierto educativo por disminución de alumnos del centro concertado y por buscarse un reparto igualitario de alumnos entre todos los centros sostenidos por fondos públicos.

Ahora bien, en el caso de autos ya se ha dicho que la Administración no acaba razonando por qué se aparta de los códigos C1 y D antes reconocidos por la Comisión de Conciertos; de esta manera admite que tiene demanda, pero su razón de decidir no es otra sino la existencia de plazas vacantes en centros públicos de la zona y a tales efectos no está probada la llamada a la falta de disponibilidad de los recursos públicos.

Y si se trata de una "equitativa distribución del gasto público" habrá que recordar que como dijimos en la sentencia de 6 de noviembre de 2011 (recurso de casación 1548/2006) - a la que luego me referiré - ese « *no era motivo bastante para reducir el concierto en una unidad cuando en modo alguno se alega que no existieran fondos públicos para hacer frente a la carga económica que representaba la unidad denegada* ».

TERCERO.- La sentencia se aparta de casos análogos resueltos por esta Sala.

Aparte de las sentencias de esta Sala ya citadas, conviene destacar que la sentencia mayoritaria se aparta de un supuesto prácticamente idéntico al caso de autos en cuanto a la fundamentación del acto impugnado. En efecto, en sentencia de 6 de noviembre de 2011 (recurso de casación 1548/2006) se revisó en casación la sentencia que confirmó la decisión de la Administración allí demandada - la gallega - de reducir las unidades concertadas en Educación Primaria en un centro concertado porque las necesidades de escolarización para el curso estaban suficientemente cubiertas en otros centros sostenidos con fondos públicos y que la Administración no encontraba justificado el incremento de gasto correspondiente. Esta sentencia es citada por la mayoritaria de la que discrepo pero despacha tal precedente refiriéndolo a las dictadas por la Sección Séptima antes citadas y no contrastándola con el de autos.

En ese caso al que se refiere el precedente la Sala de instancia confirmó el acto impugnado apelando a lo siguiente:

«En esta materia rige el principio de subsidiariedad, de modo que solamente ha de acudir al régimen de conciertos cuando la necesidad educativa no resulta satisfecha por los centros públicos, por lo que cuando está previsto que en estos se implanten las unidades educativas para las que se solicita el concierto ha de denegarse la solicitud de concierto con centro privado a fin de evitar la duplicidad del gasto público que, en definitiva, es una de las razones centrales por las que tiene lugar la denegación en el caso presente...En el sistema español de ayudas a los centros docentes...resulta lógico que se conceda preferencia a la enseñanza pública antes de acudir al régimen de conciertos, de modo que la subvención a los centros privados se justifica únicamente cuando la oferta pública de puestos escolares no tuviese capacidad para satisfacer la demanda escolar de una zona».

Este planteamiento es el que se ha venido a sostener en la deliberación del presente recurso y en aquel caso esta Sala dijo que « *La cuestión ha de abordarse desde la perspectiva constitucional de la configuración de la educación como un derecho fundamental a tenor del art. 27 de la Constitución* », citando los apartados 4, 5, 6 y 9, más las normas dictadas en su desarrollo y cuál es el sentido en que la subsidiariedad es tratada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación.

Señaló así esta Sala que:

« la invocación que hace el preámbulo de la Ley al principio de subsidiariedad es radicalmente contraria al sentido en el que la Sentencia utiliza ese término de que habiendo oferta pública que satisfaga las necesidades que existan, la misma debe prevalecer frente a la privada, de modo que no habrá lugar a concertar con centros privados. Cuando la Ley se refiere a ese principio en la exposición de motivos lo hace en relación con una situación pretérita en la que las insuficiencias del desarrollo económico y los avatares del desarrollo político, en diversas épocas, obligaron al Estado a hacer "dejación de sus responsabilidades

en este ámbito, abandonándolas en manos de particulares o de instituciones privadas, en aras del llamado principio de subsidiariedad ».

Y añadimos:

« No es esa la situación actual en la que la norma que desarrolla la Constitución, la Ley Orgánica del Derecho a la Educación quiere garantizar "al mismo tiempo el pluralismo educativo y la equidad" y así reconoce "la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio", ... e "incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, tal como se recoge en el art. 4 "».

También dijimos:

« es claro que los centros privados concertados poseen la garantía institucional constitucionalmente expresada y legalmente reconocida de sostenimiento por las Administraciones Públicas competentes de la gratuidad de la enseñanza básica que se declara obligatoria y gratuita.

»En consecuencia el principio de subsidiariedad al que se refiere la sentencia no puede aceptarse del modo que la misma lo entiende, de forma que existiendo oferta de enseñanza básica suficiente en centros públicos la misma es preferente a la existente en los centros privados que reúnan los requisitos legales que, en esos casos, no tendrán derecho al concierto ».

En el caso de autos, la Administración ciertamente no se basa expresamente en el principio de subsidiariedad, pero - como digo - su contenido sí se planteó en la deliberación, de ahí que este magistrado discrepante invocase ese claro precedente. Tampoco invocó tal principio la Administración recurrente pero, de hecho, es ese y no otro el que sustenta su recurso de casación y, en definitiva, la política de conciertos que da lugar al acto impugnado en la instancia. Por tanto, al estimarse por la sentencia mayoritaria ese planteamiento está amparándolo.

Por razón de todo lo expuesto el recurso de casación debió desestimarse

En Madrid, en el día de la fecha de la sentencia.

Jose Luis Requero Ibañez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.