



Roj: **STS 3475/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3475**

Id Cendoj: **28079130042018100437**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **660/2016**

Nº de Resolución: **1472/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Andalucía, Sección 3ª,
28-01-2016 (rec. 145/2013),
STS 3475/2018**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.472/2018

Fecha de sentencia: 05/10/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 660/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 660/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1472/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 5 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 660/2016, promovido por la Junta de Andalucía, representada y asistida por letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, recaída en el recurso núm. 145/2013.

Comparece como parte recurrida la Federación de Escuelas Agrarias de Andalucía, representada por el Procurador de los Tribunales, D. Pedro Moreno Rodríguez, bajo la asistencia letrada de D. Jesús Añón Aguilera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 28 de enero de 2016, estimatoria del recurso núm. 145/2013 promovido por la Federación de Escuelas Agrarias de Andalucía frente a la Orden de 27 de febrero de 2013, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se deniega la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente «Molino Azul», código 41002463, de Lora del Río (Sevilla), a partir del curso 2013/2014, respecto a las enseñanzas y unidades solicitadas que se relacionan en su Anexo I por no cumplir lo establecido en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por no comprometerse el centro a escolarizar alumnado de ambos sexos, al admitir exclusivamente alumnado masculino, si bien se aprueba la concertación de las enseñanzas y unidades que se relacionan en el anexo II por un año, para el curso 2013/2014.

SEGUNDO.- La Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo núm. 145/2013. Rechaza las causas de inadmisibilidad alegadas, y en cuanto al fondo, expone la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recaída a propósito de la cuestión, en particular la sentencia de 22 de enero de 2013 (rec. cas. núm. 5414/2011), que reitera la doctrina recaída en la sentencia de 26 de junio de 2012 (rec. cas. núm. 4591/2011) sobre la legalidad de la exclusión del sistema de conciertos respecto a los centros que establecen un régimen de admisión de alumnos diferenciado por sexos, a tenor de las previsiones del art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) en su redacción originaria, que se mantuvo vigente hasta la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2013, de diciembre, de mejora de la calidad ejecutiva (en lo sucesivo, LOMCE). Analiza la incidencia del art. 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, sobre la cuestión del módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados, y tras reseñar la cuestión de inconstitucionalidad que planteo la Sala de instancia respecto a las previsiones introducidas en la referida ley -cuestión de inconstitucionalidad que registrada con el número 6626/2014, fue inadmitida por Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 30 de noviembre de 2015, número 248/2015-, argumenta que la voluntad del legislador ha sido excluir la admisión diferenciada por sexos como causa determinante de discriminación proscrita por el art. 84.3 de la LOE, según resulta del art. 17 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, al disponer que lo establecido en dicho precepto sobre el módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados resultaría «[...] plenamente aplicable a la financiación de todos los centros concertados incluidos los de educación diferenciada que escolarizan alumnos de un solo sexo, y ello, con independencia del modelo de agrupamiento de alumnos que realicen los centros docentes en el ejercicio de sus competencias». Asimismo, examina tanto la nueva redacción dada al art. 84.3 de la LOE por la LOMCE, como la disposición transitoria segunda de la LOMCE, sobre aplicación temporal de la modificación introducida en dicho precepto legal. Respecto a las facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza para ambos sexos exigidas por el art. 84.3 de la LOE en su reforma por la LOMCE, razona que deben ser ofertadas el sistema educativo en su conjunto, y respecto a la expresión en el proyecto educativo del centro de los motivos de la elección del sistema de educación diferenciada y de las medidas académicas para favorecer la igualdad que introdujo la LOMCE en el art. 84.3 de la LOE, señala que al tiempo de formularse la solicitud por la entidad titular del centro estaba vigente el art.



17.8 de la Ley 17/2012, que no exigía tales requisitos para extender la financiación de enseñanza concertada a los centros de educación diferenciada.

TERCERO.- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, la letrada de la Junta de Andalucía, mediante escrito registrado el 22 de abril de 2016, interpuso el anunciado recurso de casación en el que formula cinco motivos, el primero y quinto al amparo del art. 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), y los tres restantes por el cauce de la letra d) del mismo precepto.

En el primero denuncia que la sentencia incurre en contradicción interna, ya que reconoce que en el momento de dictarse la Orden impugnada, de 27 de febrero de 2013, estaba en vigor la LOE, pero acude a la redacción de dicha norma bajo la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, para salvar el hecho inequívoco de que la LOE prohibía la discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos en los centros públicos y concertados, criterio éste consagrado por doctrina uniforme y reiterada del Tribunal Supremo, citando a tal efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013 (rec. cas. núm. 5414/2011), de 23 de junio de 2014 (rec. cas. núm. 2151/2012) y de 17 de julio de 2014 (rec. cas. núm. 2296/2012), entre otras.

En el motivo segundo se argumenta la inaplicación de la LOE y, simultáneamente, la indebida aplicación de la LOMCE y de su Disposición transitoria segunda, infringiendo así el art. 14 de la CE y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la educación diferenciada, ya que la Orden impugnada se dictó en plena vigencia de la LOE. Con ello se vulneran también los art. 2.3 del Código Civil (CC) y 9 de la Constitución española (CE).

En el tercer motivo la recurrente invoca la aplicación indebida por la sentencia de instancia de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, infringiendo los arts. 81.1, 66.2 y 134.2 de la CE.

En el cuarto motivo se arguye la infracción del art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por no plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 con una adecuada formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos para el planteamiento de la misma por el citado art. 35.

En el quinto y último motivo, al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, se arguye la infracción del art. 206 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, por no realizar voto particular el magistrado ponente pese, afirma, discrepar del voto de la mayoría de la sala de instancia.

Finalmente, manifiesta que procede «[...] el planteamiento por el Tribunal Supremo de la cuestión de inconstitucionalidad del citado art. 17.8 de la Ley de Presupuestos [Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012], de acuerdo con lo dispuesto en el art. 35,2 in fine de la LOTC, lo que se viene a instar por el presente escrito». En cuanto al fondo, interesa el dictado de sentencia que «estime dicho recurso, casando la mencionada Sentencia, y en consecuencia desestime la demanda en todos sus pedimentos».

CUARTO.- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la representación procesal de la Federación de Escuelas Agrarias de Andalucía, presenta, el día 9 de septiembre de 2016, escrito de oposición en el que niega las infracciones legales aducidas de contrario, y suplica a la sala acuerde desestimar el Recurso y confirmar la Sentencia recurrida.

QUINTO.- Evacuados los trámites, se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 25 de septiembre de 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se formula contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 28 de enero de 2016, que estimó el recurso núm. 145/2013 interpuesto por la Federación de Escuelas Agrarias de Andalucía frente a la Orden de 27 de febrero de 2013, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por la que se acuerda denegar el concierto educativo con el centro docente privado Molino Azul, código 41002463, de Lora del Río (Sevilla), dejando por tanto de ser un centro concertado, para la enseñanza y unidades que se relacionan en el Anexo I de la presente Orden, a partir del curso académico 2013/14, por no cumplir con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo.

SEGUNDO.- Los antecedentes del litigio son los siguientes. La Federación de Escuelas Familiares de Andalucía solicitó acogerse al régimen de conciertos educativos o la renovación o modificación de los mismos, al amparo de la Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, de 26 de diciembre de



2012, para las enseñanzas y unidades que se relacionan en el anexo I y II de la orden, todo ello en el centro privado de su titularidad «Molino Azul», en Lora del Río (Sevilla), código 41002463. En el centro se imparten las enseñanzas para las que solicitó la concertación exclusivamente al alumnado masculino. Las resoluciones administrativas recurridas denegaron dichas solicitudes por estimar, en cuanto a las unidades a que se refiere el anexo I, que, al impartir la enseñanza de forma segregada, exclusivamente para alumnado masculino, no cumpliría con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. No obstante, mantiene la financiación para esas enseñanzas y unidades por cada de las enseñanzas solicitadas que se hace relacionan en el anexo II, y ello con efecto exclusivamente para el curso académico 2013/2014, con el fin, se afirma, de garantizar la continuidad del alumnado escolarizado.

El texto de la resolución recurrida dispone lo siguiente:

«1. Denegar el concierto educativo con el centro docente privado Molino Azul, código 41002463, de Lora del Río (Sevilla), dejando por tanto de ser un centro concertado, para la enseñanza y unidades que se relacionan en el Anexo I de la presente Orden, a partir del curso académico 2013/14, por no cumplir con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo, no dando por tanto cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el artículo 4, apartados 5 y 13, de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, al no comprometerse a escolarizar alumnado de ambos sexos.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el punto 1 y con el fin de garantizar la continuidad del alumnado ya escolarizado en la enseñanza concertada del centro, se aprueba la concertación de la unidad que se recoge en el Anexo II, por un año, para el curso 2013/14».

La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso-administrativo, y anuló la orden impugnada en cuanto a la denegación del concierto educativo para las enseñanzas y unidades solicitadas a que se refiere la orden, y declaró el derecho de la recurrente a la concertación de las enseñanzas y unidades por el periodo de cuatro años que abarcaba la solicitud, y respecto de todas las unidades y enseñanzas solicitadas.

TERCERO.- Expuestos los antecedentes del litigio, y antes de adentrarnos en el examen de los distintos motivos aducidos en el escrito de interposición, conviene señalar que el recurso de casación no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones litigiosas, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial "a quo", bien sea "in iudicando", esto es, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea "in procedendo", es decir, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas.

De esta limitación de objeto deriva también que la regulación procesal del recurso de casación imponga al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos formales que persiguen, en síntesis, preservar la eficacia de la función jurisdiccional encomendada al Tribunal Supremo, abriendo el cauce de aquel recurso sólo cuando, en determinados procesos, no en todos, sea una infracción de aquéllas la que efectivamente se plantee. Además, el efecto jurídico-procesal derivado de una concreta infracción puede ser distinto según la naturaleza de ésta, abriendo o no la posibilidad de que este Tribunal Supremo, una vez apreciada la infracción, entre a conocer de las cuestiones planteadas en la instancia en el modo en que allí lo fueron.

Todo ello explica que el recurrente en casación deba identificar las concretas infracciones que imputa a la decisión adoptada por el órgano judicial "a quo", subsumiendo cada una de ellas en el concreto motivo de casación (los autorizados por la Ley) que se corresponde con su naturaleza y que determina los efectos ligados a su estimación.

CUARTO.- Hemos recordado lo anterior, porque el análisis del contenido del recurso pone de manifiesto la defectuosa técnica casacional que, incluso, le pudiera hacer acreedor a la inadmisión y que en este trámite procesal, se convierte en causa de desestimación, pues el mismo no se acomoda al rigor exigible en un recurso extraordinario como la casación.

En primer lugar, en relación con el primero de los motivos, articulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, la Administración recurrente no precisa en cuál de los dos motivos comprendidos en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, se fundamenta el mismo, bien el relativo a la formación de la sentencia, bien el que se refiere a la infracción de los actos y garantías del procedimiento judicial, siendo carga que le impone el artículo 92.1 de la LJCA, que exige precisar el motivo o motivos en que se pretende amparar el recurso, pues téngase en cuenta -como ya se apuntaba en el anterior razonamiento- el distinto efecto jurídico-procesal que para cada tipo de infracción recogida en dicho precepto prevé el artículo 95.2.c) de la Ley. Así, mientras que en el supuesto de las infracciones procesales en caso de estimación "se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta", en el supuesto de que la infracción consistiera en la



vulneración de las normas reguladoras de la sentencia se estaría a lo dispuesto en la letra d) de dicho artículo que dispone que "la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate".

Conviene recordar que la expresión y concreción del "motivo" casacional en el escrito de interposición no es una mera exigencia ritual desprovista de sentido, sino más bien un elemento determinante del marco dentro del que ha de desarrollarse la controversia y en torno al que la sentencia debe pronunciarse. Como reiteradamente ha dicho esta Sala [por todas, sentencia de 24 de marzo de 2011 (rec. cas. 5723/2006) y auto de 22 de noviembre de 2007 (rec. cas. núm. 5219/2006)], la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter extraordinario que el recurso posee, sólo viable, en consecuencia, por motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, por lo que como de manera constante mantiene esta Sala, no resultaría admisible aquel recurso en que no se cumplan las previsiones del citado artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, sin que, por otro lado, pueda aceptarse que esta inexcusable carga procesal, que sólo a la parte recurrente afecta, pueda ser suplida por la colaboración del órgano jurisdiccional.

En este sentido, hay que destacar que la Administración recurrente, al exponer el primer motivo de casación al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, aduce que la sentencia incurre en contradicción interna, pero no invoca ningún precepto legal que configuren el deber que entiende infringido, limitándose a exponer en su argumentación lo que en realidad es una pretendida infracción normativa del régimen temporal de aplicación de la reforma introducida en el art. 84.3 de la LOE por el art. Único, apartado 61, de la LOMCE. Así, expone que en el momento de dictarse la Orden impugnada, de 27 de febrero de 2013, estaba en vigor la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pero reprocha a la sentencia recurrida que acuda, a su entender, a interpretar la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE, a la luz de la nueva redacción que introduce en dicho precepto el citado art. Único, apartado 61 de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, así como su disposición transitoria segunda. Añade que la contradicción denunciada se pondría de manifiesto igualmente porque, respecto a la alegación de la Administración demandada de que se incumplirían los requisitos exigidos por el art. 84.3 de la LOE en la redacción dada por la LOMCE, la sentencia recurrida afirma su inaplicabilidad razonando que al tiempo de formularse la solicitud de concierto y de dictarse la resolución recurrida, era de aplicación el art. 17.8 de la 17/2012. Resulta evidente, por tanto, que se introducen cuestiones concernientes a un supuesto error *in iudicando*, inadmisibles bajo la invocación del art. 88.1.c) de la LJCA.

Prueba de la desnaturalización de este motivo de casación, cuyo ámbito propio es tan solo el error *in procedendo*, se pone de manifiesto al constatar que esta misma cuestión del régimen legal aplicable se plantea en el motivo segundo del recurso de casación, donde, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, se imputa a la sentencia recurrida la inaplicación de la LOE y simultáneamente, la indebida aplicación de la LOMCE y de su Disposición transitoria segunda, lo que pone en relación con la infracción, también denunciada, de los art. 2.3 del Código Civil y art. 9 de la CE.

Incorre con ello la recurrente en un segundo defecto formal en la interposición del recurso de casación, ya que las exigencias consustanciales a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impiden la formulación de motivos de casación de manera acumulativa. Así lo hemos declarado en reiterada jurisprudencia, de la que cabe citar la sentencia de 29 de junio de 2012 (rec. cas. núm. 1572/2009), en la que dijimos:

«La formulación de los motivos de casación, por tanto, con un carácter disyuntivo o acumulativo, ya se haga conjuntamente en el mismo motivo o separadamente en otros diferentes, resulta impropio de la técnica procesal que exige el recurso de casación, en el que las vulneraciones que se imputan a la sentencia recurrida se han de canalizar a través de los motivos tasados legalmente establecidos en el apartado 88.1 de la LJCA. Téngase en cuenta que la cita acumulativa de los motivos de casación pulverizaría, por la vía de la invocación indiscriminada de todos los cauces procesales del citado artículo 88.1 de la LJCA, tal exigencia procesal esencial en un recurso de casación.

En este sentido, esta Sala ha declarado, por todas Sentencia de 10 de noviembre de 2004, que además, como precisa la Sentencia de 3 de octubre de 2001 (recurso de casación 5653/1996) no cabe invocar en un mismo motivo -subsidiaria o acumulativamente- el amparo de dos supuestos diferentes de los previstos en el art. 95.1 de la L.J., como lo afirma constante jurisprudencia de esta Sala (AATS de 15 de junio de 1998 (RC 9114/1997), 14 de julio de 1998 (5482/1997), 16 de enero de 1998 (6740/199) y 6 de marzo de 1998 (4720/1997), resoluciones todas ellas en la que hemos dicho que el planteamiento acumulativo del motivo a cuyo amparo se formula el recurso, no resulta acorde con la naturaleza peculiar y extraordinaria del recurso de casación».



Por otra parte, la inadecuación del motivo resulta también cuando se funda una misma infracción, simultáneamente, en dos de los apartados del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y ello, aunque no se haga de forma expresa con carácter subordinado, o acumulativo. En este sentido, hemos afirmado en nuestra sentencia de 6 de noviembre de 2015 (rec. cas. núm. 1303/2014) que:

«[...] como recordábamos en nuestra Sentencia de 23 de enero del presente año 2015 (casación 1778/12) - con cita en otras anteriores- "En definitiva, está mezclando en el mismo motivo el quebrantamiento de las formas esenciales de la sentencia y la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, cauces que se han considerado incompatibles por la jurisprudencia de este Tribunal para fundar un recurso de casación y cuya concurrencia determina la improcedencia del motivo, pues resulta inapropiado fundar una misma infracción, simultáneamente, en dos de los apartados del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, que tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación"(FD 2º)».

Añadiremos finalmente, para rechazar este primer motivo, que la sentencia no incurre en vicio de incongruencia interna. De las diversas modalidades que puede ofrecer la incongruencia, la interna comporta una falta de lógica de la conclusión de la sentencia plasmada en el fallo y los razonamientos que le preceden, porque aquel no se aparece, como era obligado, como un resultado de la premisa previamente establecida en sus fundamentos. La razón de la consideración de ese vicio formal viene motivada porque los fundamentos jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva, esclareciendo y justificando los pronunciamientos del fallo, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna de que se trata cuando son tan contrarios al fallo que éste resulta inexplicable.

No obstante lo anterior, es necesario destacar que la jurisprudencia de esta Sala ha realizado dos importantes precisiones: de una parte, que la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado, sino que es preciso tener en cuenta los razonamientos completos de la sentencia; de otra, que tampoco basta para apreciar el defecto de que se trata de cualquier tipo de contradicción, sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin que las argumentaciones "*obiter dicta*", razonamientos supletorios o a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna de que se trata.

La parte recurrente pretende cuestionar la congruencia interna de la sentencia oponiendo el sentido de determinados argumentos expuestos por la sentencia que, sin embargo, no son mutuamente excluyentes en el modo que los expone la sentencia, ni constituyen una ruptura de la argumentación esencial de la sentencia, que se basa en la interpretación del art. 84.3 de la LOE, en su redacción originaria, integrada con la previsión legal del art. 17.8 de la Ley 17/2012, que conforma el régimen legal que considera aplicable, sin perjuicio de que se refiera a la modificación introducida en art. 84.3 de la LOE por la LOMCE, así como a la Disposición Transitoria segunda de esta última, como elementos interpretativos del alcance que cabe atribuir a la prohibición de discriminación del art. 84.3 de la LOE, que estima no alcanza a la educación diferenciada por sexos.

Es importante, en este sentido, destacar que la Sala de instancia se pronuncia tras recibir la decisión de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad que planteó la Sala de instancia respecto al art. 17.8 de la Ley 17/2012, según resolvió la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 2015, número 234/2015, en la que se baraja precisamente el alcance de dicha DT 2ª de la LOMCE y su eventual incidencia en el litigio, extremo que carecía de consideración explícita en el auto de planteamiento, determinando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. El fundamento de la decisión de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad permite entender porque la Sala de instancia razona sobre el alcance de la DT 2ª de la LOMCE, ya que el Tribunal Constitucional, en la STC 248/2015, de forma coherente con su sentencia 234/2015, hace notar que dicha norma podría resultar aplicable.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 234/2015, dice lo siguiente:

«[...] [E]n la explicación de la dependencia del fallo respecto de la validez constitucional de las normas cuestionadas que realiza el órgano judicial, no ha tenido en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en relación con la aplicación temporal de la redacción dada al art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), por el artículo único, 61 LOMCE. Conforme a esta disposición transitoria "Los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor". En relación con ello la nueva redacción del art. 84.3 LOE señala expresamente que "En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja,



a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad."

Dado el tenor de tales preceptos, es claro que pudieran resultar directamente aplicables a un supuesto de hecho como el considerado en el caso a quo, cuyo objeto es una orden autonómica de 27 de febrero de 2013, por la que se deniega la solicitud de renovación del concierto educativo con un centro docente privado, a partir del curso académico 2013-2014, precisamente por no cumplir con lo establecido en la redacción anterior del art. 84.3 LOE, en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo al no comprometerse a escolarizar alumnado de ambos sexos. Pese a que la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa entró en vigor a los veinte días de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", que tuvo lugar el 10 de diciembre de 2013, y, por tanto, ya estaba vigente el 14 de octubre de 2014, momento en el que se acuerda plantear la cuestión dictando el correspondiente Auto, el órgano judicial no hace referencia alguna a este precepto en su argumentación, ni tampoco a las razones por las que, en su defecto, entiende que no es de aplicación al caso que ha de resolver [...]» (FD 2).

Y más adelante añade:

«En suma, es indiscutible que el precepto cuestionado es aplicable para la resolución del pleito sometido a la consideración del órgano judicial, pero podría no ser el único relevante a la vista de lo regulado por la disposición transitoria segunda LOMCE en relación con el art. 84.3 LOE, reflexión que no aparece en el Auto de planteamiento que guarda silencio respecto a la relación entre esta norma y la que ha cuestionado. Ausencia de argumentación que conlleva un evidente riesgo para el carácter concreto del control de constitucionalidad verificado mediante este tipo de procesos, ya que esa omisión implicaría que, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015, FJ 3). [...]».

Atendidos los razonamientos de la sentencia del Tribunal Constitucional, es evidente que la Sala de instancia no incurre en incongruencia interna al acudir en su argumentación, siempre como medio de interpretación del régimen legal aplicable para la solución del litigio, al examen de las distintas normas que se han dictado al respecto. Por otra parte, no es intrascendente reseñar la contradicción en que incurre la Administración demandada, cuando atribuye vulneración del principio de igualdad del art. 14 de la CE a la sentencia de instancia, por la interpretación que hace del art. 84.3 de la LOE en la redacción anterior a la LOMCE, cuando la propia Administración consideró ajustado a Derecho autorizar la concertación, bajo ese mismo régimen normativo, y para el curso 2013/2014, de diversas unidades docentes en las que el centro docente aplicaba el régimen de admisión diferenciada por sexo y, al propio tiempo, denegó la concertación para el resto del periodo.

En consecuencia, el motivo de casación en estudio no puede prosperar.

QUINTO.- Respecto al motivo segundo, ya por el art. 88.1.d) de la LJCA, debe ser objeto de examen separado cada uno de los preceptos e incluso textos normativos que se dicen infringidos. En primer lugar, procede reiterar lo que ya hemos anticipado sobre el defectuoso planteamiento en que incurre la recurrente, al suscitar la misma infracción al amparo de dos motivos distintos, letras c) y d) del art. 88.1. de la LJCA, en la medida en que lo que plantea en este motivo segundo ya se introdujo en el motivo primero, al amparo del art. 88.1.c de la LJCA. Además, visto que el motivo, en gran parte, se limita a invocar de manera genérica la infracción consistente en inaplicación de la LOE y, según se afirma, la simultánea aplicación indebida de la LOMCE, la recurrente en casación incurre en una defectuosa técnica inadmisibles en este tipo de recurso, que no permite el planteamiento global de infracción de textos legislativos completos. Así lo hemos declarado en una reiterada jurisprudencia, de la que cabe citar la sentencia de 13 de febrero de 2018 (rec. cas. núm. 2463/2015) y la de 21 de octubre de 2011 (rec. cas. núm. 5076/2007), en la que se afirma:

«[...] respecto de la cita de textos normativos completos hemos declarado en Sentencia de 5 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 1891/2006) que ya en Sentencia de 2 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 6256/2003) sobre la inadecuación o incompatibilidad con el recurso de casación cuando se hace una cita de textos normativos completos como norma infringida, que " esta Sala ha calificado como "anomalía", en Sentencia de 15 de julio de 2002 , la cita de un texto normativo completo, al señalar que "no deja de suponer una anomalía en un recurso extraordinario como es este de casación la cita indiscriminada de preceptos, incluso de Leyes completas, sin precisar qué preceptos, de los múltiples que contienen pueden ser los infringidos". A lo que debemos añadir, ahora, que cuando se alega una profusión tal de normas, cuya lesión concreta ni se justifica ni guarda relación con lo razonado en la sentencia impugnada, se desdibuja la propia



caracterización del recurso de casación, pues se impide, o dificulta, según el caso, que cumpla la función a que está llamado" [...].».

El motivo de casación segundo, así expuesto, tampoco puede prosperar.

SEXO.- Prosiguiendo con el examen del motivo segundo, se invoca también la infracción de la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, en relación con el art. 2.3 del Código Civil y art. 9 de la CE. Se afirma por la recurrente que la sentencia aplica indebidamente la reforma del art. 84.3 de la LOE introducida por el art. Único apartado 61 de la LOMCE, más allá de lo establecido en su DT 2ª.

El motivo carece de todo fundamento. La sentencia no se sustenta, a modo de *ratio decidendi*, en la aplicación temporal de la reforma del art. 84.3 de la LOE introducida por la LOMCE, ni hace aplicación del régimen de la disposición transitoria segunda de la LOMCE, que son simplemente invocados como elementos interpretativos del alcance la prohibición de discriminación contenida en la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE, que, por otra parte, también se mantiene en la redacción introducida por el art. Único apartado 61 de la LOMCE. La sentencia se atiene al examen y aplicación de la redacción de la LOE vigente al tiempo de dictarse la orden impugnada, si bien completada, y así lo declara expresamente la sentencia, con la previsión del art. 17.8 del a Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que dispuso lo siguiente:

«Ocho. Lo establecido en este artículo será plenamente aplicable a la financiación de todos los centros concertados incluidos los de educación diferenciada que escolarizan alumnos de un solo sexo, y ello, con independencia del modelo de agrupamiento de alumnos que realicen los centros docentes en el ejercicio de sus competencias».

Por tanto, no hay vulneración del art. 2.3 del Código Civil, ni infracción del art. 9 de la CE en cuanto al principio de legalidad y seguridad jurídica, pues no ha se ha hecho aplicación retroactiva de ninguna disposición de la LOMCE. La cita de otras sentencias dictadas por la propia Sala de instancia en supuestos en los que ya estaba vigente la nueva redacción del art. 84.3 de la LOE introducida por la LOMCE, no altera el entendimiento de la razón de decidir de la sentencia, ya que se traen a colación para exponer que las normas internacionales que analiza, concretamente el art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO estaban también vigentes al tiempo de dictarse la orden impugnada. La cita de ese instrumento internacional no es ajena al debate procesal suscitado, ya que la vigencia y aplicabilidad de lo allí previsto también al tiempo de la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE, es indudable, pues fue ratificado por España en 1969. Por otra parte, la pertinencia de acoger como elemento interpretativo los textos de los tratados internacionales y convenciones firmadas por España, ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2018, que dice expresamente:

«[...] la obligación de interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en la materia no se limita a aquellos convenios firmados o ratificados por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Ciertamente, este Tribunal ha considerado en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que los tratados "se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva". Pero ello no excluye en modo alguno la llamada a los tratados internacionales, especialmente los de ámbito universal, que entraron en vigor antes que nuestro texto constitucional [...].».

El motivo así expuesto ha de ser rechazado.

SÉPTIMO.- Por otra parte, se menciona igualmente en el motivo la supuesta infracción del art. 14 de la CE, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 84.3 de la LOE en su redacción originaria de 2006. Este motivo está íntimamente unido, y por ello los examinaremos conjuntamente, con el motivo tercero, en el que se alega, también al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, la aplicación indebida del art. 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, cuyo contenido hemos transcrito en el anterior fundamento. Ambos motivos han de decaer, a la luz de la reciente doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2018, de 10 de abril, en cuanto a la cobertura constitucional del sistema de educación diferenciada y la inexistencia de una pretendida infracción, que la recurrente entiende consustancial, del principio de igualdad y vulneración del mandato de proscripción de toda discriminación por razón de sexo. No menos relevante es el examen de esta doctrina jurisprudencial sobre el acceso a la financiación pública de los centros que se acogen a este sistema de educación.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el examen de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la cuestión, conviene zanjar la parte del motivo que denuncia en la sentencia de instancia una pretendida infracción de la jurisprudencia de nuestra Sala, de la que se cita la sentencia de 23 de junio de 2014 (rec. cas.



núm. 2251/2012), pero que no va acompañada ni tan siquiera de un examen razonado de los motivos por los que se entiende infringida esa jurisprudencia. Y lo que es más relevante aún, el motivo así expuesto pretende ignorar que la sentencia de instancia se apoya en un nuevo marco legislativo vigente al tiempo de dictarse la orden impugnada, que altera las premisas sobre las que recayó la jurisprudencia que invoca, como decimos, representada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014, cit. Añadiremos, también, que esa jurisprudencia no puede resultar de aplicación a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en recurso de amparo 210/2013, resuelto por la sentencia del TC de 5 de julio de 2018 que estima el amparo y anula precisamente una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección cuarta), de 23 de julio de 2012 (rec. cas. núm. 4591/2011) representativa de una línea jurisprudencial reiterada en la de 23 de junio de 2014, invocada por la Administración recurrente. Sobre ello volveremos más adelante.

En efecto, y volviendo ahora al examen de la doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso señalar que el máximo intérprete de la CE ha examinado, en sus recientes sentencias 31/2018, 49/2018 y 53/2018, la cuestión de la cobertura constitucional del sistema de educación diferenciada por sexos, en la admisión de alumnos u organización de la educación, señalando en la primera de las sentencias citadas la interrelación entre esta opción pedagógica y el carácter propio de los centros. Esta doctrina es reiterada en la sentencia de 5 de julio de 2018, cit., en procedimiento de amparo constitucional. El FD 4 de la STC 31/2018, de 10 de abril, expone lo siguiente:

«[...] es necesario ponderar, en primer lugar, si nos encontramos aquí en el supuesto de hecho explicitado en el inciso del artículo 14 CE que proscribe la discriminación por razón de sexo. Desde una perspectiva estrictamente literal del mismo, la separación de los alumnos por sexos en el proceso educativo institucionalizado constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, en concreto en cuanto al acceso al centro escolar. Sin embargo, responde a un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros. En la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (artículo 27.1 CE), resulta conforme a ella cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el artículo 27.2 CE [...]. [D]esde el punto de vista de la cobertura constitucional de la educación diferenciada, hemos de recordar que se trata de una opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección por los padres y, en su caso, por los alumnos. Como tal, forma parte del ideario educativo o carácter propio de los centros docentes que opten por tal fórmula educativa. La STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8, indica que "tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionada, entre otros lugares, en el artículo 27.1 CE y en el 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en cuanto se trate de centros que ... hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las diversas materias, número de horas lectivas, etc. el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad." Nuestra STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 8, confirma la interpretación sentada por la STC 5/1981 en relación con el concepto de ideario, descartando una posible interpretación de la Ley Orgánica del derecho a la educación, entonces impugnada, a tenor de la cual el término "carácter propio" del centro, sinónimo o término equivalente del de "ideario" en dicha ley, hubiera de limitarse a aspectos morales y religiosos, excluyendo cualquier otro aspecto. Ese concepto de ideario educativo o carácter propio del centro ha sido asumido por la LOE, y de ello es ejemplo la inserción del sistema de educación diferenciada como contenido posible de ese carácter propio. [...] El ideario puede ser considerado en gran medida, aunque no sólo, como punto de convergencia que posibilita el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa [...] La existencia de un ideario educativo es una derivación o faceta, por tanto, de la libertad de creación de centros docentes y se mueve dentro de los límites de dicha libertad. [...] Sobre el derecho a establecer un ideario propio de los centros docentes confluyen, pues, dos perspectivas: de un lado, se trata de una faceta, aspecto o vertiente del derecho a crear centros docentes, que debe conceptuarse como un derecho de libertad, con los límites que como tal le son inherentes, a los que más adelante nos referiremos. Además, el derecho al ideario está conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de "una indudable interacción" entre ellos. [...] [E]l carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar



cualquier modelo educativo, público o privado. [...] [pero] ya hemos expresado que la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. [...]» (FD 4).

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional se complementan, ya en el aspecto del acceso a la financiación pública por los centros educativos en régimen de educación diferenciada, con las siguientes afirmaciones que cobran especial trascendencia respecto al art. 17.8 de la Ley 17/2012, norma que se enmarca en una previsión presupuestaria como es la regulación del módulo de concierto educativo configurada en los apartados 1 a 7 del art. 17 de la citada Ley, en relación con sus anexos IV y V. Destaca el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2018, cit., en referencia al acceso a la financiación pública de los centros de educación diferenciada, la relevancia del mandato constitucional de gratuidad de la enseñanza obligatoria (art. 27.4 CE) y la obligación de los poderes públicos de ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE), así como la obligación que impone a los poderes públicos el art. 9.2 de la CE para promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva. Y así, declara la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018, cit.:

«[...] [E]sa gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado. Ello cercenaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrado en el artículo 27.6 CE, cuyo contenido esencial hemos precisado, últimamente, en la STC 176/2015, de 22 de julio, FJ 2, recogiendo lo expuesto en nuestra STC 77/1985, de 27 de junio, FFJJ 9 y 20. En este sentido, la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el artículo 27.4 CE.

Ello no quiere decir, obviamente, que cualquier centro privado haya de ser financiado públicamente en los niveles obligatorios. Como expusimos en la STC 86/1985, de 10 de julio "el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- no comprende el derecho a la gratuidad en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales". De este modo, una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación [...].

[...] [E]l modelo pedagógico de educación diferenciada no es discriminatorio per se. Por otro lado, si impidiera la consecución de los objetivos consagrados en el artículo 27.2 CE, centrados en "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales", la conclusión sería, no la imposibilidad de ayudar a los centros que practicasen esa fórmula pedagógica, sino la inconstitucionalidad del modelo, pues, como dijimos en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7, el artículo 27.2 CE no opera como un mero límite externo, sino que impone que "la enseñanza haya de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva". Dichos valores son los que indubitablemente nacen del propio texto constitucional, teniendo en cuenta que son ajenos a ellos los principios o reglas que nuestra Constitución ha dejado abiertos a la dialéctica democrática y cuya determinación concreta se remite a la libre acción del legislador.

El modelo de educación separada o diferenciada tampoco contradice en sí mismo la obligación de los poderes públicos de promover activamente la igualdad en los términos del artículo 9.2 CE [...]. [E]xiste una obligación positiva de fomento de aquellas formulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas.

Pero de esa obligación positiva no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada. No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales.

Por lo tanto, dado que no existe ningún elemento que conduzca a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente, lo



determinante será el análisis de cada centro en particular. Para garantizar la promoción de esos valores, objetivos o principios, junto al ejercicio de la función general de inspección educativa que corresponde a los poderes públicos, resulta suficiente la cautela establecida en el artículo 83.4 de la ley, que impone a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y sólo a estos, la obligación de "exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad".

En consecuencia, y dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas "en el respeto al principio de igualdad" (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en orden a su percepción, la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso» (FD 4).

A tenor de las consideraciones reseñadas, es claro que la sentencia recurrida no incurre en infracción del art. 14 de la CE, pues la interpretación que propugna respecto al art. 84.3 de la LOE en su redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución impugnada, es plenamente conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha reseñado, que analiza la cobertura constitucional del sistema de educación diferenciada. En esta remisión a la legislación ordinaria que destaca la doctrina del Tribunal Constitucional se enmarca la previsión de art. 17.8 de la Ley 17/2012. Conviene tener presente que, aun cuando sea común utilizar la expresión de derecho a la educación de modo omnicompreensivo de los distintos derechos que contiene el art. 27 CE, ello no permite ignorar la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados, tal y como ya destacó la STC 86/1985, de 10 de julio (FD 2), y es en ese sentido que el mandato de financiación que impone el apartado 9 del art. 27 se habrá de desenvolver en los términos que prevea la legislación ordinaria según hace notar la STC 31/2018, siempre bajo el criterio de acceso a la financiación pública en condiciones de igualdad.

Al igual que hemos expuesto en nuestras recientes sentencias de 16 de julio de 2018, dictadas en los recursos de casación núms. 481/2016, 482/2016, 500/2016 y 542/2016, así como en las de 17 de julio de 2018, dictadas en los recursos de casación números 544/2016, 547/2016 y 653/2016, no se puede obviar que la previsión del art. 84.3 de la LOE en su redacción originaria, al proclamar que «[e] ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» es, ante todo, una reiteración del principio de igualdad y proscripción de toda discriminación proclamado por la propia Constitución Española, en su art. 14. Este mandato no podría ser alterado, y conviene recordar que en el primer inciso del precepto se mantuvo exactamente con idéntica redacción, tras la publicación del art. 17.8 de la Ley 17/2012, al igual que más tarde, con la redacción introducida por LOMCE, que añadió la referencia al cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, disposiciones de derecho internacional que resultaban de plena aplicación también bajo la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE y que por tanto deberían cumplir, también entonces, los centros de educación diferenciada, garantizando el pleno respeto al principio de igualdad del art. 14 y la ausencia de toda discriminación por razón de sexo. Como ya hicimos notar en nuestra sentencia de 8 de febrero de 2018 (rec. cas. núm. 1109/2016) reiterando lo afirmado en la de 4 de mayo de 2017 (rec. cas. 2994/2015) «[...] con la reforma efectuada por la LOMCE en el art. 84.3 de la LOE, el legislador ha seguido y reafirmado un criterio de compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad, cuya constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora [...]» (FJ 7).

En el mismo sentido cabe destacar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de julio de 2018, estimatoria del recurso de amparo 210/2013, interpuesto por una asociación de padres de alumnos contra la denegación de renovación de un concierto educativo a un colegio que impartía enseñanzas en régimen de educación diferencia por sexos, en la que se declara la vulneración del derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27, apartados 1 y 3 CE) en conexión con la garantía constitucional de libertad ideológica (art. 16.1 CE), con anulación de las resoluciones administrativas de denegación de la renovación del concierto educativo, así como de las judiciales que confirmaron tal decisión, entre ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2012 (rec. cas. núm. 4591/2011), cuya doctrina es reiterada precisamente en la sentencia de nuestra Sala que invoca la recurrente, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014 (rec. cas. núm. 2251/2012). En la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2018, cit., se dice:

«El art. 84.3 LOE no dispone que quedan fuera del régimen de concierto los colegios que desarrollen la educación diferenciada; [...]. El precepto no añade nada a lo que ya resultaba de la propia Constitución (art. 14 CE), por lo que la mera reiteración de la prohibición de discriminación sexual por parte del legislador



orgánico no puede interpretarse como un cambio del régimen jurídico que pueda dar lugar a que el concierto previamente otorgado no pueda renovarse después en razón exclusivamente del carácter monoeducacional del centro solicitante» (FJ 5).

Por consiguiente, la interpretación del art. 84.3 de la LOE efectuada por la sentencia recurrida es plenamente conforme al art. 14 en relación al art. 27 de CE, y no es de aplicación la jurisprudencia que invoca la recurrente, que, por otra parte, se formó en el entorno de un marco legislativo no coincidente con el vigente cuando se dictó la resolución anulada por la sentencia recurrida. El motivo de casación ha de ser rechazado.

OCTAVO.- Examinamos a continuación el motivo cuarto, en el que la Administración recurrente invoca, por la vía del artículo 88.1.d) de la LJCA, la vulneración del art. 35 de la LOTC, por no plantear la sala de instancia la cuestión de inconstitucionalidad del art. 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, con una adecuada formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos para el planteamiento de la misma por el citado art. 35. En primer lugar, conviene reseñar que la Sala de instancia sí planteó la cuestión de inconstitucionalidad, si bien la misma fue inadmitida por sentencia del Tribunal Constitucional, que en diversos pronunciamientos que reiteran lo afirmado en la sentencia núm. 234/2015, de 5 noviembre, rechazan la idoneidad de la cuestión suscitada en el auto de planteamiento de la cuestión dado que la «[...] explicación de la dependencia del fallo respecto de la validez constitucional de las normas cuestionadas [...], no ha tenido en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en relación con la aplicación temporal de la redacción dada al art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE), por el artículo único, 61 LOMCE».

La falta de fundamento de motivo que examinamos es, por otra parte, obvia. Según hemos declarado reiteradamente, la decisión del Tribunal *a quo* de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada en el proceso, que en este caso no fue sino la de no reiterar el planteamiento una vez que fue inadmitida la planteada, no es un asunto que pueda ser traído a casación al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA. Así, hemos declarado en nuestra sentencia de 31 de enero de 2012 (rec. cas. núm. 3791/2001) que «[l]a jurisprudencia de esta Sala, fijada, entre otras muchas, en las sentencias de 24 enero 1996, de 6 de marzo de 1998, de 2 de junio de 2009 y de 17 de diciembre de 2010, dictadas, estas tres últimas, en los recursos de casación núms. 109/1992, 3298/2007 y 5918/2008, respectivamente, conduce a entender que la decisión del Tribunal "a quo" de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad solicitada en el proceso, no es una que pueda ser traída a casación al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, pues los artículos 163 CE y 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que son los que directamente se refieren a la posibilidad del planteamiento de aquella, dejan sin más, a la "consideración" del juzgador tal decisión, la cual, por ello, no los infringe, no puede infringirlos por el solo hecho de ser, explícita o implícitamente, de sentido negativo. Amén de esto, si la norma o normas con rango de ley que la parte reputa inconstitucionales son posteriores a la Constitución y, por ende, no han sido, no han podido ser, derogadas por ésta, son aplicables en el proceso en tanto no reciban tal calificación por sentencia del Tribunal Constitucional, con la consecuencia obligada de que aquel Tribunal, al aplicarlas, no incurre, no ha podido incurrir, en el supuesto que prevé aquel art. 88.1.d), esto es, en "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"» (FD 3º).

NOVENO.- Finaliza el escrito de interposición del recurso de la Administración recurrente, Junta de Andalucía, con la petición de que se plantee por la Sala cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), cuestión que habría de tener por objeto la eventual vulneración de los art. 81.1, 66, 2 y 134.2 de la CE, respecto al art. 17.8 de la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012. Esta cuestión de inconstitucionalidad es reproducción de la que fue planteada por la sala de instancia, con la misma argumentación que suscita ahora la recurrente, y que, como hemos dicho, fue inadmitida por la sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre de 2015, número 248/2015.

Las razones por las que el Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad anteriormente planteada, así como los recientes pronunciamientos recaídos respecto a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LOMCE, nos llevan a rechazar la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en los términos pretendidos en el escrito de interposición del recurso de casación. El Tribunal Constitucional en la sentencia 234/2015, que inadmite idéntica cuestión de inconstitucionalidad a la planteada en estos autos, examinó la eventual aplicabilidad al litigio de la disposición transitoria segunda de la LOMCE, y, además, sobre la tacha de inconstitucionalidad planteada respecto a la misma han recaído sendos pronunciamientos desestimatorios, concretamente en las sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 31/2018, de 10 de abril, y 49/2018, de 10 de mayo. En esta última se establece el alcance la disposición transitoria segunda de la LOMCE, respecto a los centros educativos que en 2013 vieron denegada su solicitud de concierto por el único



motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos, que es cabalmente el caso que nos ocupa. Al respecto señala el Tribunal Constitucional que la DT 2ª de la LOMCE incide «[...] proyectando la nueva redacción del artículo 84.3 LOE sobre aquellos centros educativos a los que se les denegó la renovación del concierto por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos [...]» (FD 7). No es ocioso añadir que en el presente litigio examinamos una resolución administrativa que ni tan siquiera ha alcanzado firmeza, sin perjuicio de que el centro educativo afectado pudiera acogerse a lo previsto en la DT 2ª de la LOMCE, y replantear nuevamente y para el resto del periodo de concertación educativa la solicitud que les fue denegada por la citada causa.

Finalmente, las razones por las que hemos rechazado el motivo de casación tercero, también sobre el art. 17.8 de la Ley 17/2012, explican la improcedencia de reiterar la cuestión de inconstitucionalidad que ya fue inadmitida.

DÉCIMO.- Finalmente, como motivo quinto del recurso de casación, al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, se alega la infracción del art. 206 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), porque el magistrado ponente formuló un voto particular al que se hace mención en la sentencia, y pese a no conformarse con el voto de la mayoría de la sala de instancia, redacta la sentencia. Entiende que la norma de la LOPJ invocada veda la posibilidad de que el Magistrado ponente redacte la sentencia cuando no se conforme con la posición de la mayoría, y le impone la obligación de formular voto particular, sin que la sustitución del Magistrado ponente en su función de redactar la sentencia sea una opción de este, sino una auténtica obligación legal.

El art. 206 de la LOPJ establece lo siguiente:

«1. Cuando el ponente no se conforme con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular.

2. En este caso, el Presidente encomendará la redacción a otro Magistrado y dispondrá la rectificación necesaria en el turno de ponencias para restablecer la igualdad en el mismo».

El motivo de casación así expuesto ha de ser rechazado pues no existe infracción del art. 206, que ha de ser puesto en relación con el art. 260 de la LOPJ, que dispone:

«1. Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme.

2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella».

Lo que denuncia la parte recurrente en el motivo en estudio, pese a que afirmar que el motivo se articula por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, invoca, ya lo hemos dicho, es la infracción del art. 206 de la LOPJ, que no es en puridad una norma que regule este aspecto, sino una fase previa, la asignación de la función de redactar a sentencia. Así lo hemos precisado en nuestra sentencia de 7 de abril de 2014 (rec. cas. 3652/2011) en la que se expone:

«[...] Como ha dicho esta Sala, entre otras ocasiones, en auto de 21 de febrero de 2013 (recurso 2754/2012), por el cauce del artículo 88.1, letra c), y dentro del apartado de infracción de las normas reguladoras de la sentencia, cabe denunciar las infracciones de la regularidad de la misma sentencia, al margen de su contenido decisorio, considerada como acto procesal, cuando en su formación se desatienden normas esenciales establecidas al efecto en los preceptos que hemos citado.

Por el contrario, las normas de distribución o de asignación entre los Magistrados de la Sala de las ponencias y redactado de las sentencias, forman parte del grupo de normas que regulan el curso del proceso, desde su inicio a su terminación, distintas a las citadas sobre la formación de la sentencia [...]».

Por otra parte, no existe en la sentencia un voto particular suscrito por determinado magistrado, que es el caso que recoge el art. 206.1 de la LOPJ, y es que, tal y como exige el art. 260.2 de la LOPJ, la formulación de un voto particular requiere la firma del magistrado autor del mismo, que además habrá de firmar la sentencia. Lo que se incorpora en esta sentencia es la mención al criterio discrepante del magistrado ponente, expresado en otra sentencia sobre un caso análogo en el que sí se afirma haber formulado voto particular, sin que se acompañe, en los términos exigidos en el art. 260.2 de la LOPJ, el voto particular firmado de ningún magistrado, tampoco del ponente. Por consiguiente, no hay infracción del art. 206 de la LOPJ.

El motivo de casación así expuesto, ha de ser rechazado, y, con ello, el recurso de casación.



UNDÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA, tras la reforma por Ley 37/2011, atendida la fecha de interposición del recurso, al no haber lugar al recurso de casación, se hace imposición de costas a la parte recurrente, Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo importe, por todos los conceptos, no puede superar la cantidad de cuatro mil euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- No haber lugar al recurso de casación núm. 660/2016, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 28 de enero de 2016, que estimó el recurso núm. 145/2013.

2.- Imponer las costas, en los términos previstos en el último fundamento, a la parte recurrente, Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.