

Roj: **STS 2677/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2677**Id Cendoj: **28079130042012100282**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **12/04/2012**Nº de Recurso: **1938/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ENRIQUE LECUMBERRI MARTI**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ EXT 312/2010,**  
**STS 2677/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 1938/2010, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Junta de Extremadura, a través de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de veintitrés de febrero de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída en los autos número 1290/2008 .

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-titulares de Centros Católicos (FERE-CECA), representada por el Procurador D. Luis Ortíz Herráiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en los autos número 1290/2008, dictó sentencia el día veintitrés de febrero de dos mil diez, cuyo fallo dice: "*debemos de estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FEDERACIÓN DE RELIGIOSOS DE LA ENSEÑANZA-TITULARES DE CENTROS CATÓLICOS contra el inciso último del art. 11.2 de la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura de 16.05.2008 a que se refieren los presentes autos, y en su virtud la debemos de anular y anulamos, en concreto la dicción "cuando no lo hicieren, se entenderá que no opta por estas enseñanzas", por no ser conforme a Derecho, y todo ello sin expresa condena en cuanto a costas*".

**SEGUNDO** .- La Junta de Extremadura preparó el recurso de casación el nueve de marzo de dos mil diez. En fecha diecisiete de marzo de dos mil diez la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación formulado, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la Junta de Extremadura, la Sección Primera dictó Providencia de nueve de septiembre de dos mil diez, por la que admitió el recurso y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta. Por Providencia de veintidós de octubre de dos mil diez se otorgó plazo de treinta días para la formalización del escrito de oposición.

La representación procesal de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE RELIGIOSOS DE LA ENSEÑANZA-TITULARES DE CENTROS CATÓLICOS presentó escrito de oposición el 1 de diciembre de dos mil diez, solicitando la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO** .- Se acordó que las actuaciones quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se acordó para el día veintisiete de marzo dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Señala la sentencia recurrida que se impugna la Orden de la Consejería de Educación de 16.05.2008 por la que se regulan determinados aspectos relativos a la ordenación e implantación de las Enseñanzas de Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Igualmente afirma: "A juicio de los recurrentes, el art. 11.2 de la Orden de la citada Consejería, al establecer que: "Cuando no lo hicieren, se entenderá que no optan por estas enseñanzas" atenta contra el derecho de los centros concertados a establecer su carácter propio, el respeto a sí mismo y a su proyecto educativo, que deben respetar los alumnos matriculados en dicho Centro, y el derecho a la libre elección de centro educativo de los padres y a su libertad de pensamiento religioso".

La sentencia sustenta el fallo estimatorio del recurso en la siguiente fundamentación:

*<< A juicio de la Sala, la Orden impugnada va más allá de las normas que le sirven de cabecera, ya que tanto el Real Decreto 1630/2006 como el Decreto 4/08 no recogen expresamente la tácita voluntad negativa en caso de silencio.*

*El inciso último del art. 11.2 de la Orden, ahora concretamente impugnado, señala que cuando los padres o tutores de los alumnos no manifestaran expresamente, a comienzos de cada curso escolar, la voluntad de que sus hijos reciban la enseñanza de religión, se entenderá que no optan por esta enseñanza.*

*A juicio de la Sala, el inciso impugnado contraviene el principio de jerarquía normativa y normas de rango superior de forma tácita y expresa.*

*La Orden de referencia amplía el contenido de las anteriores normas sin habilitación específica, regulando no ad intra sino ad extra, materias para las que la Orden carece de cobertura legal, salvo habilitación expresa de la que carece para la regulación que se pretende .*

*En principio, al igual que sucede con la Administración General del Estado, las CC.AA. tienen potestad reglamentaria ad extra en los Consejos de Gobierno, pero no a través de los Ministros o Consejeros, que solamente la tienen ad intra o doméstica en la organización de su propio Departamento.*

*L a disposición final primera del Decreto 4/08 faculta a la Consejera de Educación para dictar las disposiciones que sean precisas para la ejecución y desarrollo de lo establecido en el Decreto. La materia que nos ocupa va más allá de lo establecido sustantivamente en el Decreto, en una cuestión con engarce constitucional.*

*La Orden impugnada, que se ocupa de la implantación y ordenación de las enseñanzas de Educación Infantil, reguladas en la LOE de 2006 aborda, sin embargo, una cuestión que va más allá, mucho más allá, de lo que es la ordenación de la enseñanza en tal etapa, abordando cuestiones que afectan a la conciencia de las personas.*

*La Orden de referencia, por lo tanto, carece de capacidad para abordar tal cuestión, mayormente al no encontrarse habilitada expresamente.*

*De acuerdo con lo establecido en el art. 97 de la C.E. de 1978, 37 del Estatuto de Autonomía y 19 de la Ley Autonómica 1/2002, la Orden, en el inciso señalado, se excede en las competencias que la Orden tiene atribuidas, vulnerando de esta forma el principio de jerarquía.*

*Desde el punto de vista material también se vulnera el principio de jerarquía normativa, en tanto que el apartado 2 de la Disposición Adicional única, y el apartado 2 del Real Decreto 1630/2006 de 29 de diciembre atribuyen a los padres o tutores de los alumnos la facultad de manifestar su voluntad o no de recibir, la enseñanza de religión.*

*Es decir, es facultad de los padres manifestar tanto que sí como que no, según estos Reglamentos. Decir por tanto que no, es una facultad exclusiva de los padres, e implica que no es de la Administración .*

*La Administración carece, por lo tanto, de competencia para decir que sí, que no, y también para interpretar el silencio, al menos, a través de esta norma reglamentaria doméstica.*

*La Disposición Adicional única, apartado 2) del Decreto 4/08 de 11 de Enero ratifica lo que aquí decimos y se adapta al Real Decreto antes dicho.*

*Lógicamente si la C.E. de 1978 y la Ley permiten la creación de centros docentes en que se desarrolle la enseñanza con un ideario religioso, y en la Ley se establece que los alumnos habrán de respetar ese ideario religioso, la presunción que se establece, y de que estamos tratando, se aparta de lo que la Ley Orgánica de Educación pretende.*



*Si la LOE permite la creación de Centros educativos con carácter propio religioso, que han de respetar los alumnos, la presunción de que en caso de no optar expresamente por la enseñanza de la religión católica se entiende que no se va a cursar ésta, se aparta de los principios inspiradores de tal ley orgánica y de su coherencia, ya que los padres optan voluntariamente por la enseñanza en ese Centro, que tiene ese ideario, y coherentemente, la presunción no debe ser la que defiende la Administración.*

*La religión no es indiferente al legislador Constitucional, de manera que en el art. 16 garantiza la libertad religiosa, sin más limitaciones en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, obligando a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad, manteniendo relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones.*

*El art. 27 del mismo texto legal tiene presente en el apartado 3º la enseñanza religiosa, garantizando tal formación y recogiendo el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral, que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

*La Ley Orgánica de libertad religiosa recoge la inmunidad de coacción en el ejercicio de tal derecho y su ámbito tiene como "único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de su seguridad, de la salud y moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática". (art. 3.1 ).*

*La STS de 10.12.2008, Sección 4ª, recurso 36/2007 destaca que conforme con la LOLR y STC 19/85 , 120/190 y 63/94, el derecho a la libertad religiosa no se agota con la protección frente a injerencias externas, sino que exige a los poderes públicos una actitud positiva de naturaleza asistencial o prestacional, no poniendo en tela de juicio, según la normativa que examina que es una disciplina reglada, equiparada a las demás disciplinas fundamentales.*

*Al tratar a la religión en la citada sentencia equiparada al resto de asignaturas fundamentales, tal presunción negativa no se acomoda tampoco correctamente con este tratamiento.*

*Es decir, que del conjunto de normas expuestas de rango superior, al fenómeno religioso no le es aplicable una presunción como la que se pretende con la Orden impugnada.*

*Lo expuesto nos conduce a la estimación del recurso interpuesto, y a anular la disposición impugnada >>.*

**SEGUNDO.** - Disconforme con esta decisión, la parte recurrente articula los siguientes motivos de impugnación:

1.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, referidas al art. 137 CE , en relación con el art. 1 y 12.1 del Estatuto de Autonomía para Extremadura, en relación con la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación , con relación al art. 88.l.d) de la Ley de la Jurisdicción .

La Sentencia de la Sala de instancia que recurre la Junta parte de la premisa errónea, a su juicio, de que la Orden impugnada, en el concreto inciso del art. 11.2, que regula el silencio de los padres o tutores de alumnos en sentido de presumir que, salvo manifestación expresa de recibir clases de religión, no optan por estas enseñanzas, quiebra con el principio de jerarquía normativa, y ello porque no ha tenido en cuenta que este principio no puede ser de aplicación en el ámbito de distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, donde dicho principio de jerarquía decae en favor del principio de competencia, en tanto en cuanto, sabido es que, por ejemplo, una norma de rango reglamentario del Estado puede tener carácter de legislación básica que prevalece sobre una norma de rango legal de una comunidad autónoma.

Pero en todo caso, lo relevante es que el principio de jerarquía normativa que consagra el art. 9.3 CE , y que, en el ámbito del Derecho administrativo, se regula en el art. 51.2, con los efectos de nulidad que previene el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ; sin embargo el concepto de vulneración a que se refiere nuestro ordenamiento entiende que tampoco puede apreciarse en el caso de autos, por cuanto el párrafo anulado no es contrario al Decreto 4/2008, dictado por la Junta de Extremadura, en ejecución del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Infantil. En efecto, en la medida que la Administración educativa de Extremadura oferta estas enseñanzas de religión, cumple con la legislación básica del Estado, pues hay que tener en cuenta que estas enseñanzas son libres, la neutralidad religiosa del Estado garantiza esta libre elección, libertad que se vería seriamente afectada si, por el contrario de la presunción negativa que lleva a cabo el párrafo anulado, fuera al contrario, es decir, que habría de entenderse que se opta por estas enseñanzas en todo caso.

2.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, relativas al derecho de libre elección de centro docente del art. 84.3 y 108.4 Y 6, en relación con el alcance del carácter propio de los centros privados a que se refiere el art. 115 del mismo cuerpo legal, todo ello conforme al art. 88.l.d) de la Ley de la Jurisdicción .



La sentencia recurrida viene a sostener que si la Constitución y la Ley permiten a la creación de centros docentes en el que se desarrolle la enseñanza con un ideario religioso, la presunción del art. 11.2 de la Orden de 16 de mayo de 2008, se aparta de lo que la Ley Orgánica de Educación pretende, no procediendo otra actitud que positiva de los poderes públicos hacia el tratamiento de la religión como las demás asignaturas fundamentales. La interpretación que lleva a cabo la sentencia de los preceptos legales de la LOE que cita, parece que respalda la idea de que la confesionalidad del centro docente concertado, en virtud de carácter propio, obliga a recibir enseñanzas de religión, olvidando que estas son de oferta obligatoria, pero de voluntaria recepción, independientemente de la titularidad de aquel.

Ello no puede ser de recibo, según la parte, al menos en la interpretación sesgada, que a su juicio, lleva a cabo la Sala de instancia, pues la sentencia confunde totalmente los términos del debate. Olvida la neutralidad religiosa del Estado, y olvida los términos en que pueden ser admitidos los alumnos en cualquier centro de enseñanza de titularidad pública o concertado.

Para ella, la sentencia viene a efectuar una interpretación de la Ley Orgánica de Educación, en relación con los centros privados concertados que entiende quiebra con el espíritu de la misma Ley en cuanto a la admisión de alumnos, pues entiende que los hijos de padres de todos los credos o de ninguno, pueden acceder en condiciones de igualdad que los centros públicos, en tanto que el art. 84.3 de la LOE expresamente proscribiera cualquier discriminación por razón de religión, entre otras circunstancias, en cuanto a la admisión de alumnos en centros privados concertados. Igualmente dispone el art. 108.4 de la LOE que la prestación del servicio público de educación se prestara a través de los centros públicos y privados concertados, lo que implica como ya ha señalado la parte, establecer legalmente unas condiciones esenciales de igualdad entre centros a efectos de prestar el servicio público educativo, independientemente de la titularidad de los mismos, derechos que no pueden limitarse por el carácter propio de los centros que reconoce el art. 115, que viene referido al carácter propio de los centros privados concertados o no, siendo que el concierto educativo impone determinadas obligaciones, que la sentencia parece ignorar.

3.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, relativas al derecho de los padres o tutores de alumnos de centros docentes de no declarar sobre las propias creencias, en relación con el principio y derecho fundamental de libertad religiosa y de neutralidad religiosa del Estado, todo ello conforme al art. 88.l.d) de la Ley de la Jurisdicción .

La sentencia que se recurre, al interpretar que el párrafo reglamentario anulado implica una "coacción" en el libre ejercicio del derecho de libertad religiosa, excede de una razonable interpretación del derecho a la libertad de creencias, lleva a cabo una interpretación restrictiva que considera la parte que atenta al derecho de los ciudadanos a no manifestar sus creencias, pues si se pretende obligar a optar negativamente por no recibir las enseñanzas de religión, obliga necesariamente a expresar públicamente una actitud ante las creencias religiosas, con las consecuencias negativas que pueden eventualmente acarrear.

**TERCERO.-** A efectos de dar respuesta al tema planteado debemos señalar que la Disposición Final Unica del Decreto 4/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el currículo de Educación Infantil para la Comunidad Autónoma de Extremadura, establece:

*<<1. Las enseñanzas de Religión se incluirán en la Educación Infantil de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y en la disposición final única del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación Infantil.*

*2. La Consejería de Educación establecerá el procedimiento que garantice que, antes del inicio de cada curso, las familias de los alumnos y alumnas puedan manifestar su voluntad de que estos reciban o no reciban enseñanzas de religión.*

*3. Los centros docentes dispondrán las medidas organizativas para que los alumnos y las alumnas cuyos padres, madres o tutores no hayan optado por que cursen enseñanzas de religión reciban la debida atención educativa, a fin de que la elección de una u otra opción no suponga discriminación alguna. Dicha atención, en ningún caso, comportara el aprendizaje de contenidos curriculares asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier área de la etapa. Las medidas organizativas que dispongan los centros deberán ser incluidas en su proyecto educativo para que los padres, madres, o tutores las conozcan con anterioridad.*

*4. La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado Español ha suscrito acuerdos de cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas.*



5. *El currículo de la enseñanza de religión católica viene determinado por la Orden ECI/1957/2007, de 6 de junio, por la que se establecen los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a la Educación Infantil, a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria>>.*

Como vemos el número 2 de dicha Disposición Final, faculta a la Consejería de Educación para desarrollar el procedimiento de elección de los padres, y lo hace en el sentido de que éstos puedan manifestar su elección. El Decreto, por tanto, no contiene una previsión expresa del sentido de la elección en caso de no manifestarse ésta. Al menos no lo hace así en el número 2. Pero éste número debe ponerse en relación con el siguiente, en que se establece, con claridad, la necesaria atención educativa de aquellos alumnos cuyos padres no hayan optado por la enseñanza de la religión católica. Y este número 3 deja a disposición de los Centros Docentes las medidas organizativas que deben incluir en sus proyectos educativos, para conocimiento de los padres.

De esta Disposición Final extraemos, por tanto, una interpretación que no establece, ni expresa ni tácitamente, la interpretación del silencio de los padres en sentido negativo para la religión católica. Antes bien, la dicción del número 3, podría llevarnos a la interpretación contraria, como derivada de la propia dicción literal del precepto o, en todo caso, a la interpretación de que serán los centros docentes los que establezcan, en función de su proyecto educativo, las medidas organizativas adecuadas al mismo. No podemos extraer, en definitiva, habilitación del Decreto que permita a la Consejería de Educación desarrollar el mismo en los términos del inciso último del artículo 11.2 que ha sido objeto de impugnación. Pues no podemos pasar por alto que la Consejería establece la presunción negativa en contra de la religión católica cuando, como vemos, no se deduce así del propio Decreto que le sirve de habilitación legal para dictar la Orden recurrida.

**CUARTO.-** Examinemos si el Real Decreto 1630/2006 permite, a su vez, una interpretación como la que se realiza en la Orden recurrida. El citado Real Decreto establece en la Disposición Adicional Única lo siguiente:

*<< 1. Las enseñanzas de religión se incluirán en el segundo ciclo de la Educación infantil de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación .*

*2. Las administraciones educativas garantizarán que los padres o tutores de los alumnos y las alumnas puedan manifestar su voluntad de que éstos reciban o no reciban enseñanzas de religión.*

*3. Las administraciones educativas velarán para que las enseñanzas de religión respeten los derechos de todos los alumnos y de sus familias y para que no suponga discriminación alguna el recibir o no dichas enseñanzas.*

*4. La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado español ha suscrito Acuerdos de Cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas>>.*

En lo que interesa, comprobamos que la dicción del Real Decreto es idéntica a la del Decreto autonómico, en lo que se refiere a garantizar que los padres puedan elegir lo que consideren oportuno para sus hijos. Y también apreciamos que el Real Decreto no establece ningún tipo de presunción, positiva o negativa, respecto a aquellos casos en que los padres no manifiesten expresamente su opción.

Aparte lo hasta aquí dicho, la sentencia impugnada, con cita de la Ley Orgánica de Educación y de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, llega a la conclusión de que la presunción establecida en la Orden vulnera normas de superior rango. Y esta tesis, en este supuesto, es correcta.

Lo que se está examinando es la habilitación legal que pudiera tener la Orden impugnada, en el concreto inciso a que estamos aludiendo, pues desde luego no puede considerarse inocuo o sin trascendencia la presunción que establece. Las normas de superior rango, tal y como señala la sentencia recurrida, aluden al régimen de los centros privados y concertados de carácter propio, y los alumnos deben respetar dicho carácter propio del centro. Desde este punto de vista tampoco tiene encaje normativo la presunción negativa de la Orden impugnada.

Es más, lo que se deduce, precisamente, de las normas de superior rango es que debe salvarse el defecto consistente en la falta de elección de los padres o tutores, lo que podría efectuarse mediante el correspondiente requerimiento para que efectúen dicha opción, en caso de no haberlo hecho con anterioridad. No interpretamos que pueda la administración o cada centro suplir la falta de opción de los padres. Entendemos que la omisión de éstos debe subsanarse, mediante los procedimientos adecuados para ello.

En definitiva, la Orden que fue objeto de impugnación, cuyo inciso último del artículo 11.2 ha sido anulado por la sentencia objeto de recurso, excedió la habilitación conferida para su dictado.

**QUINTO.-** En función de lo expuesto en los fundamentos tercero y cuarto anteriores, procede desestimar los tres motivos de impugnación.



Dichos motivos parten de una premisa que no podemos compartir. La parte parece defender que la Comunidad Autónoma puede regular la materia en los términos que considere más convenientes, dentro del principio de competencia. Pero olvida que la discusión que nos ocupa no se refiere a las competencias de la Comunidad Autónoma, sino al concreto desarrollo que efectúa una Orden al amparo de una habilitación efectuada por un Decreto. Y hemos concluido que esa Orden no se ajusta a la habilitación conferida.

No se infringe la libre elección de centro, ni se otorga una excesiva prevalencia al carácter propio de los mismos, se incluye un razonamiento en ese sentido que abunda en la tesis central de la anulación de la Orden, que acabamos de reflejar. Y tampoco puede entenderse que se afecte al derecho a no declarar sobre las propias creencias, pues en la tesis que sustenta la parte, cualquiera que fuera la presunción por la que se optara, se afectaría en uno u otro sentido.

**SEXTO** .- De conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Letrado de Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-titulares de Centros Católicos (FERE-CECA) a la cantidad de tres mil euros (3.000 €).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

### FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura, a través de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de veintitrés de febrero de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída en los autos número 1290/2008 . Con expresa imposición de costas a la parte recurrente dentro de los límites expuestos en el fundamento sexto.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.