

SEPARAR A NIÑOS Y NIÑAS EN LOS COLEGIOS, EN AULAS DISTINTAS, NO ES DISCRIMINATORIO

Comentario a la STS de 4 de mayo de 2017¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo ha venido a zanjar una cuestión que desde ayer había generado cierta polémica en el nuestro ámbito educativo. Así afirma que la educación diferenciada por sexos no supone una discriminación por razón de sexo porque la enseñanza mixta, si bien es un medio, no es el único para promover la eliminación de la desigualdad por razón de sexo. A partir de tan rotundo razonamiento el Alto Tribunal reconoce el derecho al concierto económico a un colegio de Sevilla al que la Junta de Andalucía había denegado el régimen de concierto al basarse en que el centro imparte enseñanzas en los niveles obligatorios conforme al sistema de educación diferenciada. Pone el acento el Tribunal Supremo en que la reforma operada en la LOE 2006 por la LOMCE 2013 ha permitido revertir la situación generada en el año 2006, no pudiendo excluirse a partir del año 2013 la enseñanza diferenciada del régimen de conciertos educativos, siempre y cuando los centros garanticen en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de este sistema, y las medidas académicas que desarrollarán para favorecer la igualdad, lo que en el caso del colegio sevillano consta debidamente acreditado y no ha sido cuestionado en el recurso.

Palabras clave: educación pública concertada, educación diferenciada por sexos y no discriminación por razón de sexo.

Fecha de entrada: 09-06-2017 / *Fecha de aceptación:* 26-06-2017

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Administrativo del 16 al 31 de mayo de 2017).

Vamos a abordar a través de la sentencia elegida la problemática que de manera recurrente viene saltando de cuando en cuando en relación con la existencia de los colegios concertados y que en el presente caso se proyecta sobre la posibilidad de sostener con fondos públicos aquellos centros docentes que optan por un modelo diferenciado de educación, entendiendo por tal aquel que separa a niños y niñas en las aulas.

Dicho lo anterior, nos hemos de situar en el año 2014, cuando por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía se dicta una orden, por la niega el acceso al concierto educativo a un colegio privada sevillano para el curso académico 2014/2015, al entender la Administración autonómica que la solicitud efectuada vulnera el artículo 14 de la CE en lo relativo a la no discriminación por razón de sexo, al no ofrecer el centro educativo facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado de sexo masculino.

Disconforme con tal denegación, el centro docente interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, el cual, en su sentencia, ya desde el inicio de sus razonamientos, comienza a dibujar un panorama poco alentador para la Administración autonómica.

Y es que tal y como pone de manifiesto el TSJ de Andalucía, lo que le ha ocurrido a la Junta de Andalucía es que ha ignorado de plano el relevante y profundo cambio normativo que regula la materia concreta de los centros docentes que han optado por el modelo de educación diferenciada por sexos. Así, debemos partir de la redacción original del artículo 84.3 de la LOE de 2006, que se limitaba a reseñar que:

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

Precepto que era interpretado por la doctrina jurisprudencial (entre otras la STS de 22 de enero de 2013, recurso de casación núm. 5414/2011), en el sentido de no negar la legitimidad del modelo de coeducación, lo que no obsta para que los poderes públicos, en ejercicio de las potestades que la normativa de educación les otorga, descarten que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos.

Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución, que dispone que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2006, de 3 de mayo, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos.

A la imposibilidad de poder acceder a conciertos educativos, se refería también otra sentencia del Tribunal Supremo (TS), la de 11 de junio de 2008, en la que se recogía con total rotundidad que las leyes orgánicas vigentes reguladoras del derecho a la educación no reconocían a los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados, pues, en definitiva, el sistema de enseñanza mixta impuesto a los colegios concertados es una manifestación más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 de la CE.

Sin embargo, esta situación cambió radicalmente con la llegada del Partido Popular al Gobierno a raíz de las elecciones generales del año 2011, siendo así que ya en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, en su artículo 17, relativo al módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados, estableció en su apartado ocho que:

«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».

Y ya de una manera definitiva, se integra a la educación diferenciada por sexos en el régimen de conciertos educativos con nueva redacción que al artículo 84.3 de la LOE del 2006 dio la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en el que de una manera taxativa, que no permite interpretación alguna, estableció que:

«No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan

se desarrolle conforme a lo dispuesto en 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»; y, en otro párrafo, «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».

Además la propia LOMCE se preocupa muy mucho de asegurar la plena efectividad de la decisión adoptada de extender los conciertos educativos al prever en su disposición transitoria segunda que:

«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 art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor».

Es por ello que a la sala del TSJ de Sevilla no le quede más remedio, en aplicación de las normas vigentes a la solicitud del concierto, que estimar el recurso del colegio y anular la orden de la Junta de Andalucía impugnada, que recordemos data del año 2014, declarando el derecho del centro a la concertación de las enseñanzas y etapas solicitadas, con efectos desde el curso académico 2014/2015 y por un periodo de tres años.

Disconforme la Junta de Andalucía con el fallo del TSJ decide interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, invocando cuatro motivos casacionales. El primero, referido a una pretendida falta de motivación de la sentencia, es rechazado de plano por el TS, no resultando preciso que aquí nos alarguemos sobre esta cuestión. El segundo, referido a la necesidad de que por parte del TSJ de Andalucía se hubiera planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC exponiendo la inconstitucionalidad de las previsiones de la LOMCE sobre la no discriminación por razón de sexo que supone la educación diferenciada por sexos, también es rechazado por el Alto Tribunal, pues de la sentencia recurrida no se deduce que la sala de instancia albergara duda alguna de la constitucionalidad del cambio operado por la LOMCE. El tercero de los motivos invocado vuelve a incidir en la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, debiendo suspenderse el curso de las actuaciones casacionales, obteniendo la respuesta negativa de la sala a tal pretensión.

Donde la Junta de Andalucía pone toda la «carne en el asador» es en el cuarto y último motivo en el que invoca la infracción de los artículos 14 de la CE y 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, añadiendo a ello la infracción por parte de la

sala de Sevilla de la jurisprudencia dictada sobre la materia. El TS no se «anda por las ramas» y adelanta que este motivo también ha de ser rechazado.

Y es que la configuración legal del derecho a acogerse al sistema legal de concierto lleva a la sala a negar que nos encontremos ante la existencia de una discriminación por razón de sexo al admitirse por el legislador no solo su existencia, sino también su financiación. Así afirma el Alto Tribunal, en el párrafo que se erige en la *ratio decidendi* de la sentencia, que los centros privados que deseen acogerse al sistema de concierto deberán cumplir los requisitos legales establecidos al efecto, lo que no es sino consecuencia del artículo 27.9 de la CE que hace una expresa remisión a los requisitos que la ley establezca. Esto explica que el derecho fundamental a percibir ayudas por parte de los centros sea un derecho supeditado al cumplimiento de esos requisitos, por lo que es un derecho de configuración legal, lo que remite a la aplicación del artículo 84.3 de la LOE, en su redacción por la LOMCE, precepto que es plenamente conforme con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, y con las normas internacionales que, por mandato del artículo 10.2 de la CE, han de informar la interpretación de las normas de la Constitución sobre los derechos y libertades en ella reconocidas.

Se reafirma en sus tesis el TS, razonando, tras exponer la jurisprudencia dictada sobre la materia, proclamando que con la reforma de la LOMCE, el legislador ha sentado y reconocido un sistema de plena compatibilidad de los sistemas de educación diferente por sexos con el principio de igualdad, y que recuerda era plenamente legal hasta la entrada en vigor de la LOE de 2006, y cuya vigencia, en lo relativo a su financiación con fondos públicos, se recobró en la reforma de dicha ley orgánica por la LOMCE del año 2013.

Ahora bien, no seríamos rigurosos si no hiciéramos mención a la existencia de dos votos particulares en la sentencia, uno discrepante, suscrito por dos magistrados de la sala, y otro concurrente, suscrito por un solo magistrado, a los que someramente vamos a hacer referencia.

En el primero se viene a poner de manifiesto que lo procedente hubiera sido que la sala debía haber suspendido la votación y fallo del recurso, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional (TC) no resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, precisamente por la Junta de Andalucía, contra diversos preceptivos de la LOMCE, entre los que se encuentra e 84.3, resultando así la interpretación y aplicación de este artículo decisivo y esencial para la resolución del recurso de casación, cuando se impugna una sentencia dictada sobre la denegación del concierto educativo, por razón de la educación diferenciada en función del sexo de los alumnos.

Así, advierten los magistrados discrepantes, que el adelantarse a lo que próximamente decidirá el TC supone no solo apartarse de criterio procesal constante y uniforme de esta Sala Tercera, sino crear una situación irreversible que, de este modo, quede inmune al posterior pronunciamiento del TC.

Por último, el voto concurrente, tras adherirse a los razonamientos y fallo de la sentencia, explica con detalle los motivos por los que, precisamente, se ha decidido a no suspender la vota-

ción y fallo del recurso, en atención a la pendencia ante el TC de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 84.3 de la LOMCE. Y es que para la mayoría de la sala este precepto es plenamente acorde a la Constitución, siendo así relevante que, por la Sala de Sevilla, habiendo podido suspenderlo, no lo ha hecho, de manera que no existe obstáculo para entrar a resolver el fondo del asunto velando por la tutela judicial efectiva del colegio recurrente en instancia, a fin de que, finalmente, pueda acceder al concierto denegado por la Junta de Andalucía.