

EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXOS Y LA POSIBILIDAD DE RECIBIR FONDOS PÚBLICOS DE DICHS CENTROS

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2014)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

Tras la Ley Orgánica de Educación no resulta conforme a Derecho que los centros privados de educación no mixta puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente, en el régimen de admisión de alumnos, se prohíbe la discriminación por razón de sexo, *ex* artículo 84.3 de la ley. Y esa imposibilidad de obtener conciertos para esos centros docentes tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres, que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares a la creación de centros con ideario o carácter propio. Sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la CE porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la ley establece. Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y, por esta razón, no debe ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 de la CE. El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados. Esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas, en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 de la CE. Voto particular.

Palabras claves: acción administrativa, educación obligatoria, conciertos educativos y colegios separados por sexos.

Fecha de entrada: 02-09-2014 / *Fecha de aceptación:* 08-09-2014

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (Selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 1 a 21 de julio de 2014).

La educación separada por sexos que imparten ciertos centros educativos privados en nuestro país sigue provocando no pocos pronunciamientos judiciales cuando aquellos acceden a la financiación pública a través de los conocidos «conciertos educativos», siendo así que nos encontramos, insistimos, ante centros de titularidad privada que a través de la financiación pública, siempre que se observen ciertos requisitos, permiten a los poderes públicos universalizar el derecho fundamental a la educación gratuita en el ámbito en el que la misma reviste el carácter de obligatorio. Ni que decir tiene que nos encontramos ante un debate estrictamente jurídico en el que no se va a entrar a glosar las desventajas o ventajas que este modelo educativo presenta respecto de la coeducación donde niños y niñas se entremezclan en las aulas, ámbito que se reserva a los especialistas en el ámbito pedagógico.

Ponemos el foco en la presente sentencia del Tribunal Supremo, por cuanto supone una novedad respecto a la jurisprudencia más reciente sobre la materia ya que esta se había inclinado por considerar que la educación diferenciada por sexos no suponía discriminación alguna por razón de sexo a la hora de acceder al derecho fundamental a la educación, por cuanto la misma parece apuntar un cierto cambio doctrinal sobre la materia. Ahora bien, en honor a la verdad la doctrina a la que vamos a hacer referencia se ha dictado al interpretar la hoy modificada Ley Orgánica de Educación del año 2006 ya que la nueva Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, ha puesto fin a la polémica que últimamente ha regido esta materia al precisar con total claridad y rotundidad 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 (...) 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», recalcando que «en ningún caso la elección de 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».

Es por ello, que debemos poner de manifiesto que lo que vamos a recoger en el presente comentario se refiere a una normativa que se ha visto totalmente superada por una profunda modificación, debiendo significar el acierto de la nueva ley al sentar de manera expresa que la educación diferenciada por sexos se ajusta plenamente a nuestra Constitución.

Nos situamos en la Comunidad Autónoma de Galicia, en el año 2009, concretamente en el 26 de agosto, cuando por parte de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de

la Xunta se aprueban los conciertos educativos con los centros docentes privados de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria, educación especial, programas de cualificación profesional inicial, ciclos formativos de grado medio y ciclos formativos de grado superior, concierto que se extiende a cinco centros que separan a alumnos por razón del sexo, escolarizando alumnos de un único sexo, dos en la provincia de La Coruña y tres en la de Pontevedra.

Un sindicato educativo discrepa del otorgamiento a dichos centros educativos del concierto y decide impugnarlo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) al considerar que con ello se está discriminando por razón de sexo con apoyo de la financiación pública, infringiéndose con ello los requisitos exigidos a los centros sometidos a concierto.

De esta manera se introduce en el debate jurídico aquí suscitado el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, que prevé, con relación a los criterios de admisión de alumnos 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 necesariamente se ha de poner en relación con el artículo 116 del mismo cuerpo legal que establece, en sus dos primeros apartados, que «1. Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos. Los centros que accedan al régimen de concertación educativa deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el correspondiente concierto. 2. Entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que, atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa».

Precisamente en el apartado tercero del citado artículo 116 es donde se establece el régimen competencial sobre la materia, reservándose el Estado la regulación de los aspectos básicos de los conciertos educativos, dejando a las comunidades autónomas el dictado de las normas de desarrollo de dicho régimen, siendo así que la Xunta de Galicia dicta anualmente las normas de aplicación en su territorio para cada curso académico, lo que efectivamente se hizo por Orden de 9 de enero de 2009, que en su artículo 4, con relación al supuesto que aquí nos ocupa prevé, como no podía ser de otra manera, que «Igualmente, el titular del centro se obliga al cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente sobre escolarización del alumnado, especialmente en lo relativo a la no discriminación por las razones que se contemplan en el artículo 84.3.º de la LOE...».

Superado el obstáculo formal, el problema se centra en determinar si la educación separada por sexos supone el establecimiento de una discriminación en el derecho fundamental de la educación. Pues bien, el TSJG pone de manifiesto que si bien la coeducación es criterio prefe-

rente para el otorgamiento del concierto, lo que se acomoda a las previsiones de la Ley Orgánica 2/2006, no puede anudarse con relación al mismo que se constituya en una exigencia para el acceso al régimen de conciertos, de conformidad con lo sentado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de julio de 2008, en la que se viene a sentar que no existe una prohibición o limitación constitucional a la financiación de la educación separada, pues de modo sintético, se nos viene a decir que esta modalidad educativa en sí misma no es discriminatoria, además de que no se puede asociar con la discriminación por razón de sexo, apuntando que sigue sin existir una norma en nuestro ordenamiento jurídico que impida la posibilidad de financiar los centros docentes que no desarrollen el principio de coeducación.

En este sentido, nos recuerda el TSJG, haciendo suyo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (STC 86/1985), que si bien la admisión de alumnos sin discriminación de sexo ya se recoge de manera reiterada en todas las normas reguladoras del derecho a la educación como una obligación que deben cumplir los centros docentes, también resultado ajustado a la verdad, que ni en la Ley de Educación, ni en otra norma jurídica, se exige la enseñanza mixta como requisito para que un centro docente pueda ser beneficiario de financiación pública a través de los conciertos educativos, habida cuenta de que la exigencia de la enseñanza mixta como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos solo puede imponerse por disposición legal.

Con estos razonamientos la sala desestima el recurso interpuesto por el sindicato recurrente, pues, a modo de síntesis, el hecho de que en la Orden de la Xunta de 9 de enero de 2009 se exija la aportación, como documentación complementaria al impreso de solicitud del concierto, de una memoria explicativa en la que se haga constar, cuando menos, la proporción en cada unidad de alumnado de cada sexo, no significa que la educación mixta constituya un requisito para acceder al régimen de estos conciertos, sino que dicha circunstancia (enseñanza mixta), como otras que se señalan en el artículo 6 de la citada orden (condiciones socioeconómicas de la población escolar atendida por el centro –para centros que soliciten el concierto por primera vez–, experiencias pedagógicas que se realicen en el centro, etc.), constituyen circunstancias a tener en cuenta a efectos de aplicar las prioridades prevista en el artículo 116 de la LOE de 2006.

Disconforme con este fallo el sindicato educativo insiste en su pretensión de anular el concierto de los colegios con educación separada por sexos, y por ello interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo insistiendo en sostener que la atribución de financiación pública a esta tipología de centros educativos vulnera el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, que recordemos declara como criterio de admisión de alumnos que «En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Un primer síntoma que nos revela que el criterio que va a adoptar el Alto Tribunal va a discrepar del TSJG es que sienta como principio general que en el debate jurídico suscitado no está en cuestión la existencia de la educación diferenciada tan legítima como el modelo de coeducación que establece la ley, precisando que el objeto de la controversia se proyecta sobre si este tipo de enseñanza puede acceder a la financiación pública propia de un concierto educativo.

Ahora bien, partiendo de dicho reconocimiento, discrepa del resultado al que se llega en la sentencia impugnada, pues en contra de lo en ella recogido sí existe un precepto que excluye de la financiación pública a los colegios separados por sexo, y este no es otro que el reiterado artículo 84.3 de la LOE de 2006, apuntando que si existen sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo que no llegaban a la misma conclusión, la razón de ello solo cabe encontrarla en una cuestión puramente cronológica ya que no fue hasta la citada ley orgánica de 2006 cuando se previó de manera expresa que no puede haber discriminación alguna por razón de sexo como criterio excluyente de la obtención de financiación pública.

De esta manera, afirma el Tribunal Supremo que con esta previsión contenida en el artículo 84.3 de la LOE 2006, lo que está haciendo el legislador es optar por una opción legítima dentro del marco constitucional delimitado por el artículo 27 de la CE que en su apartado noveno declara que «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», debiendo proclamar que tras la LOE no puede admitirse que los centros docentes de titularidad privada de educación separada por sexo puedan tener la condición de concertados con financiación pública, toda vez que en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo.

A continuación, quizás por mala conciencia, el propio Tribunal Supremo puntualiza que si bien estos centros no pueden ser concertados, ello no supone merma alguna del derecho constitucional de los padres para elegir libremente el centro educativo de sus hijos, aunque ello implique que han de sostener en su integridad el coste de dicho tipo de enseñanza.

Así se proclama jurisprudencialmente que el sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación más de la competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros docentes, pues dicha facultad se integra en la intervención estatal que limita el derecho de dirección de los centros privados que reciben ayudas públicas, por mor del artículo 27.9 de la CE. A ello no obsta que los convenios internacionales citados por la sentencia del TSJG no incluyan de manera expresa al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar, pues, insiste, la configuración legal del derecho constitucional a la educación permite al legislador establecer los requisitos a satisfacer por los colegios privados que pretendan sostenerse con financiación pública. Por ello concluye que ha de anularse la orden de la Xunta impugnada en lo relativo a los cinco centros que separan a alumnos por razón del sexo, escolarizando alumnos de un único sexo.

Solo nos restaría efectuar dos puntualizaciones. Una recogida en el voto particular existente en la sentencia que por otro lado compartimos, al señalarse que si se considera que los centros privados que optan por la educación separada no pueden concertarse al introducir en su régimen de admisión una discriminación por razón de sexo, ello debe implicar no solo su exclusión de la financiación pública sino también extenderse a su propia existencia pues nuestra Constitución establece como principio general de nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de discriminación alguna por razón de sexo.

Y dos, la ya apuntada, y es que si se considera que nos encontramos ante un derecho de configuración legal, este carácter a partir de la modificación operada en la LOE de 2006 por la LOMCE 2103, prevé de manera expresa que en ningún caso la elección de 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.