

ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: LA FINANCIACIÓN DE LA ENSEÑANZA EN ESPAÑA Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EDUCATIVOS

Alejandro González-Varas Ibáñez

*Profesor Titular de Universidad.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

EXTRACTO

El presente trabajo de investigación supone un estudio jurídico de los medios previstos en nuestro ordenamiento jurídico para financiar la enseñanza y, de este modo, facilitar el ejercicio de derechos fundamentales. Dentro de estos, cobran protagonismo el derecho a la educación, la creación de centros docentes y la elección del modelo educativo que mejor se ajuste a las propias preferencias. Esta financiación está destinada, pues, a remover los obstáculos económicos que pueden dificultar la ejecución de esos derechos. Al mismo tiempo, esta colaboración económica de la Administración educativa con las instituciones educativas de origen social le supone a aquella un ahorro dentro del presupuesto de enseñanza. No obstante, en ocasiones se ha entendido que una de sus consecuencias es la incorporación de los centros financiados al sistema público de educación, aspecto sobre el cual se profundiza. La conclusión es que esta financiación no tiene por objeto que la Administración absorba a los centros privados sino, simplemente, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Por otra parte, se trata de una tarea en que la persona es insustituible, por lo que el servicio público no podría llegar a colmar todas las expectativas y necesidades del titular del derecho fundamental.

Para abordar estas cuestiones se comienza estudiando el régimen jurídico de la creación de centros docentes. A partir de aquí se estudian los diferentes medios de financiación de la enseñanza y se realizan propuestas de nuevos cauces que sigan facilitando el ejercicio de estos derechos y el ahorro para el Estado.

Palabras clave: libertad de enseñanza, derecho a la educación, financiación, conciertos educativos y servicio público.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

BETWEEN THE PUBLIC AND PRIVATE: THE FINANCING OF EDUCATION IN SPAIN AND THE EXERCISE OF EDUCATIONAL RIGHTS

Alejandro González-Varas Ibáñez

ABSTRACT

This article means a legal research about legal means provided in our legal system to fund education and thus, to facilitate the exercise of fundamental rights. Within these, the right to education, the right to create educational establishments, and the parents' right to choose the educational model that they prefer to their children, take a main stage. This funding is intended, therefore, to remove financial barriers that may hinder the implementation of these rights. At the same time, this economic collaboration between the educational Administration and private educational institutions culminates in savings within the education budget for public Administration. However, sometimes it is understood that one of its consequences is the incorporation of the funded centers into the public education system. We deepens in this topic and notice that the aim of public funding is not this taking over private schools, but to making easy the exercise of fundamental rights. To address these issues we start studying the legal framework for the establishment of schools. From now on we study the various means of financing education and we make proposals for new channels continue to facilitate the exercise of these rights and the savings for the state.

Keywords: teaching freedom, education right, financing, educational financing agreement and public utilities.

Sumario

1. Introducción
2. La creación de centros docentes
 - 2.1. La creación de centros: una convergencia de derechos
 - 2.2. Requisitos para su apertura
 - 2.3. Libertad de creación de centros y libertad de dirección
3. Centros educativos con carácter propio
 - 3.1. La posibilidad de otorgar carácter propio al centro de enseñanza
 - 3.2. El respeto al carácter propio
4. La financiación de las escuelas privadas
 - 4.1. El régimen del concierto
 - 4.1.1. Calificación jurídica
 - 4.1.2. Radicación en el articulado constitucional
 - 4.1.3. Requisitos para su concesión y dificultades que presentan
 - 4.1.4. Concesión o denegación del concierto
 - 4.2. La financiación de los centros con educación diferenciada
 - 4.2.1. Legitimidad de esta opción educativa en España, en el Derecho internacional y en el comparado
 - 4.2.2. La financiación pública de los centros diferenciados
 - 4.3. Otras posibilidades para la financiación de la enseñanza
5. Enseñanza privada y servicio público
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Es conocido que el artículo 27.1 de la Constitución española reconoce el derecho a la educación y la libertad de enseñanza¹. Con esto se ha querido garantizar el acceso de todas las personas al régimen de enseñanzas regladas (art. 27.5) y, al mismo tiempo, que puedan incorporarse al centro de enseñanza que mejor se corresponda con sus preferencias. Con el derecho a la educación entra en nuestro sistema educativo el principio de igualdad, mientras que con la libertad de enseñanza se garantiza, precisamente, el de libertad², relacionados en relación de complementariedad.

Una de las consecuencias de este planteamiento constitucional será que, junto a una red de escuelas públicas abiertas a todos, con cabida para todo tipo de ideologías y creencias y presididas por la neutralidad, se abra también la posibilidad de que los ciudadanos elijan otro tipo de centros que propongan diferentes modelos educativos para que libremente puedan elegirse.

Con el objeto de facilitar esta elección sin que los motivos económicos se erijan como un obstáculo insalvable, los poderes públicos han establecido unos mecanismos destinados a financiar las iniciativas educativas de origen social. Entre estos han adquirido un indiscutible protagonismo los conciertos celebrados entre la Administración pública y los titulares de establecimientos de enseñanza privados. Con ello no solo se ha pretendido que los padres puedan elegir la enseñanza

¹ Aunque la diferencia entre el significado del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza trasciende ampliamente los límites de esta investigación, puede indicarse brevemente que el derecho a la educación se configura como un derecho subjetivo de prestación que garantiza al estudiante un puesto escolar. La prestación exigible se concreta en el acceso y disfrute de las enseñanzas regladas, es decir, aquellas que componen el sistema educativo garantizado por los poderes públicos a través de una programación general de la enseñanza, tal como establece el artículo 27.5. Por cuanto se refiere a la libertad de enseñanza, el Tribunal Constitucional ha entendido en la sentencia 5/1981, FJ séptimo, que se puede entender como una proyección de la libertad ideológica y religiosa, y del derecho de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales, como sucede con los artículos 16 y 20. Esta libertad se despliega en los distintos párrafos del artículo 27 de la Constitución que no muestran tanto un carácter prestacional –que definirían el derecho a la educación– como de libertad o autonomía. Sobre estas cuestiones, cfr., entre la amplia bibliografía existente, ALZAGA, Ó.: *La Constitución española de 1978*. Ediciones El Foro, Madrid, 1978, págs. 249 y ss. EMBID IRUJO, A.: «El contenido del derecho a la educación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31 (1981), págs. 654 y ss. FERNÁNDEZ-MIRANDA, CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A.J.: «Artículo 27», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (coord.): *Comentarios a la Constitución de 1978*. EDERSA-Cortes Generales, Madrid, 1996, tomo III, pág. 160. GONZÁLEZ MORENO, B.: *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003, principalmente págs. 167-177. MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 62 y 135 y ss. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «La educación en la Constitución española», en *Persona y Derecho*, 6 (1979), págs. 234 y ss.

² MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *El derecho a la educación...*, cit., págs. 130-135. CASTILLO, L.: «La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación», en *Persona y Derecho*, 50 (2004), pág. 558 y ss. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.: «Políticas de igualdad en el ámbito educativo», en GONZÁLEZ MORENO, B. (coord.): *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 151-212.

que prefieran para sus hijos (art. 27.3 de la Constitución), sino también el derecho a crear centros docentes (art. 27.6 del mismo documento), e incluso ahorrar a las arcas públicas los gastos derivados de construir y mantener centros propios.

Esas cuestiones se analizan en los epígrafes 2 y 3. En estos lugares se realiza la debida aproximación al régimen de creación de centros docentes y las posibilidades de otorgarles un carácter propio y diferenciado de otros que también concurren en una plural oferta educativa. Una vez analizada esta cuestión puede explicarse el régimen de financiación de estas escuelas, tanto los motivos como los mecanismos por los que se lleva a cabo. Se trata de una cuestión de interés en un momento de crisis económica en que se están llevando a cabo recortes en el presupuesto de educación.

Es oportuno indicar en este momento que uno de los aspectos más discutidos recientemente ha sido la legitimidad de la concesión o, en su caso, denegación de conciertos a centros que presentan educación diferenciada, es decir, con separación de alumnas y alumnos. Tanto es así que la jurisprudencia se ha mostrado oscilante en los últimos años, tal como se indica en el apartado 4.2. Este dato muestra que nos encontramos ante unas situaciones jurídicas dinámicas que siguen siendo objeto de atención y debate.

Este estudio concluye con unas propuestas de mecanismos de financiación alternativos que permitan la pervivencia de las posibilidades de creación de centros –y la correspondiente elección– y de ahorro de dinero público en enseñanza (apartado 4.3). Se aprecia, no obstante, que el hecho de recibir estas ayudas –en especial, los conciertos– ha abierto el debate referente a si los centros privados concertados se incorporan a la Administración educativa y pasan a prestar un servicio público o, por el contrario, no quedan subsumidos en aquella. Esta cuestión intentará aclararse en el apartado 5.

2. LA CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

2.1. LA CREACIÓN DE CENTROS: UNA CONVERGENCIA DE DERECHOS

La creación de centros docentes se configura como un derecho fundamental reconocido en el artículo 27.6 de la Constitución y en su normativa de desarrollo, en concreto en la LODE³, en la LOE⁴, y en el reglamento correspondiente⁵.

Antes de entrar en el examen de los requisitos necesarios para que la Administración autorice su apertura, así como los derechos que a su vez derivan de la creación de un centro docente, conviene detenerse en identificar la naturaleza de este derecho. En efecto, es común considerar

³ Artículo 21 de la LODE, Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación, en BOE n.º 159, de 4 de julio de 1985.

⁴ Artículos 114 y 115 de la LOE, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en BOE n.º 106, de 4 de mayo.

⁵ Su desarrollo reglamentario lo encontramos en el Real Decreto 332/1992, de 3 de abril, sobre autorizaciones de centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias, en BOE n.º 86, de 9 de abril. Lo modifica el Real Decreto 131/2010, de 12 de febrero, en BOE n.º 62, de 12 de marzo.

que estamos ante una manifestación de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia, pues suele suceder que la mayor parte de los centros educativos privados son confesionales. Sin embargo, la posibilidad de otorgarles un ideario –de carácter religioso o de otro tipo– es consecuencia de la previa creación del centro, que en sí es resultado del ejercicio de otro derecho.

Así pues ¿por qué se puede crear un centro docente? Este derecho proviene de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución. En su virtud, cualquier persona física o jurídica de nacionalidad española –tal como afirma el art. 27.6 del mismo texto– puede crear un centro de enseñanza en España. Una vez creado, pueden entrar en juego otros derechos. Entre estos, cobra una importancia crucial la libertad de enseñanza, que permitirá a su titular modelar su «empresa educativa» del modo que estime más conveniente y ofrecer al «mercado educativo» un «producto» con señas propias para que los padres, si así lo desean, lo escojan para sus hijos. A su vez, la combinación entre libertad de enseñanza y libertad religiosa, ideológica y de conciencia (art. 16 de la CE), permitirá a su titular dotarlo de un carácter propio o «ideario» de este tipo, con las consecuencias que se examinarán en el lugar correspondiente. «Esta especificidad explica la garantía constitucional de la libertad de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa»⁶.

La diferencia entre libertad de empresa y libertad de enseñanza se aprecia desde diferentes puntos de vista⁷. Por una parte, tienen una distinta ubicación en el texto constitucional, con las consecuencias que pueden derivarse de este hecho. Por otra parte, estriba en que la libertad de enseñanza permite dotar de una particular orientación ideológica –o de otro tipo– a la empresa creada a través de su ideario educativo. Si no hubiera ideario, estaríamos únicamente ante una empresa cuya actividad específica sería la de impartir enseñanza. En estos supuestos, los posibles conflictos que se produjeran entre el titular del centro y los profesores no girarían en torno a la libertad de enseñanza, sino alrededor del haz de derechos y obligaciones comunes a empresarios y trabajadores. La renuncia a establecer un ideario hace que la libertad de enseñanza no adquiere manifestación alguna, salvo las que se deriven de la libertad de cátedra del profesor si fuera el caso.

Cabe concluir indicando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado desde los primeros momentos⁸ que el derecho a fundar y dirigir centros docentes privados que eviten el monopolio estatal en materia de enseñanza es un derecho. En consecuencia, en el caso de concesión de subvenciones a la enseñanza privada, el Estado no puede realizar discriminaciones.

⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ octavo.

⁷ EMBID IRUJO, A.: «La enseñanza privada en España: consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea de educación», en *Revista de Administración Pública*, 142 (1997), pág. 87. ÍDEM: «Libertad de creación de centros de enseñanza y potestades administrativas de supervisión y control», en AA.VV.: *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las universidades públicas*. CGPJ. Manuales de Formación Continuada, 16. Madrid, 2002, pág. 153 y ss. En relación con la diferencia entre estos dos derechos, cfr. también GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M.: «La enseñanza», en AA.VV.: *Derecho eclesiástico del Estado español*, 5.ª ed., EUNSA, Pamplona, 2004, pág. 277.

⁸ Así lo ha afirmado desde la Decisión de la Comisión de Derechos Humanos n.º 7782/77, caso X contra el Reino Unido, de 2 de mayo de 1978.

Tras lo expuesto, se aprecia que del derecho a crear centros docentes se derivan, a su vez, otros derechos a los que de algún modo se han aludido ya. Se trata del derecho de su titular a dirigirlo, a otorgarle un ideario o carácter propio, y a recibir financiación pública según establezca la ley. Podría añadirse el derecho a seleccionar a los alumnos, si bien esto es una cuestión más polémica que trasciende el objeto de este trabajo. Se centrará la atención en estos aspectos una vez examinados los requisitos necesarios para abrir un centro de enseñanza.

2.2. REQUISITOS PARA SU APERTURA

Todo centro educativo ha de solicitar la correspondiente autorización para poder abrirse, tal como indica el artículo 23 de la LODE. La concesión requerirá el previo cumplimiento de los requisitos previstos en la misma ley y en su normativa de desarrollo⁹. La doctrina coincide en entender que el otorgamiento de esta licencia es un acto reglado y no discrecional. Por ello, si se verifica el cumplimiento de lo indicado por la normativa, la Administración deberá conceder la licencia de apertura, sin dejar margen a cualquier valoración administrativa, más allá de los criterios objetivos de calidad previstos legalmente para el reconocimiento de un centro privado¹⁰.

Algunos autores añaden¹¹ como consecuencia que ni el legislador ni la Administración estarían legitimados para imponer a los centros concertados la reserva de plazas, o de concretas proporciones de alumnos con necesidades especiales, pues eso respondería al planteamiento de que los centros privados son un medio al servicio de la Administración para la prestación educativa pública. En efecto, la concesión de la autorización correspondiente, lo mismo que la posible recepción de ayudas o cualquier otra prestación proveniente de la Administración, no puede hacernos pensar que la actividad de interés público que desarrollan los centros privados se convierta en un servicio público. Sobre ello tendremos ocasión de incidir más adelante.

2.3. LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS Y LIBERTAD DE DIRECCIÓN

De poco serviría que nuestro ordenamiento jurídico reconociera el derecho a crear un centro docente si luego no le permitiera a su titular otorgarle un carácter propio y garantizarle su

⁹ Véase el artículo 14 de la LODE, con desarrollo en los Reales Decretos 1004/1991, 332/1992, y en el Real Decreto 1537/2003, de 5 de diciembre. Admiten este carácter reglado las SSTC 5/1981, FJ octavo, y 77/1985, FJ décimo. Sobre la concesión de la autorización administrativa, en cuanto acto reglado y no discrecional, y la potestad de supervisión en lo sucesivo derivada del artículo 27.8 de la Constitución, cfr. EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., págs. 159-169.

¹⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Consolidación de los principios de la libertad escolar con insuficiente proyección sobre algunos excesos de la LODE», en *Persona y Derecho*, 55 (2006), pág. 819. En este sentido, GÓMEZ MONTORO, Á.J.: «Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional», en *Revista Española de Pedagogía*, 226 (2003), pág. 406.

¹¹ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Consolidación de los principios...», cit., pág. 820.

dirección. Con el fin de asegurar esta consecuencia lógica del derecho de creación de establecimientos educativos, la STC 77/1985 indica que esta libertad implica también la libertad de dirección¹². Esta misma sentencia sostiene que el contenido esencial de este derecho lleva consigo la facultad de garantizar el carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de las facultades decisorias referentes a la propuesta de estatutos y el nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa, pedagógica y del profesorado. Desde el punto de vista negativo, el contenido esencial exige que no se puedan establecer limitaciones absolutas o insalvables o que lo despojen de la necesaria protección.

De estos contenidos se puede inferir¹³ que el derecho del titular de un centro a otorgarle un carácter propio o ideario es un derecho autónomo que forma parte de la libertad de enseñanza, y distinto del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos –del que no tiene carácter instrumental a pesar de la estrecha relación entre ambos–, y en el que se incluyen determinadas facultades de decisión que no pueden limitarse hasta el punto de hacerlo impracticable.

Parte de la doctrina¹⁴, examinando el contenido de esa sentencia, indica que, junto a esos derechos, también se entiende que no se puede llegar a predicar un poder absoluto del titular del centro en su dirección. El motivo es que, junto a esos derechos, aparece también el artículo 27.7 de la Constitución que garantiza la intervención de padres, profesores y alumnos en la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos. Sin embargo, también añaden que las funciones atribuidas a los consejos escolares o a la Administración educativa «no pueden llegar a suprimir la posibilidad de que el titular del centro diga la última palabra en las cuestiones conflictivas que puedan suceder en el centro»¹⁵. Esta última observación es pertinente si queremos garantizar de forma efectiva la capacidad de actuación de los titulares de estos establecimientos.

3. CENTROS EDUCATIVOS CON CARÁCTER PROPIO

3.1. LA POSIBILIDAD DE OTORGAR CARÁCTER PROPIO AL CENTRO DE ENSEÑANZA

El artículo 115 de la LOE permite que los titulares de los centros educativos los doten de un ideario. Esto es un documento que muestra el carácter propio del centro desde el punto de vista de su orientación religiosa o ideológica, si bien no está limitado solo a estos aspectos. Más allá de ellos –como ha afirmado el Tribunal Constitucional– «puede extenderse a distintos aspectos de su

¹² FJ vigésimo. Reiterado por el Tribunal Supremo en sentencias de la Sala Tercera como la de 9 de febrero de 2010, recurso de casación n.º 416/2007, FJ segundo.

¹³ MORENO BOTELLA, G.: «Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 20 (2009), pág. 26 y ss.

¹⁴ EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., pág. 156 y ss. ÍDEM: «La enseñanza privada en España...», cit., pág. 90.

¹⁵ EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., pág. 157.

actividad»¹⁶, como son el organizativo o el pedagógico¹⁷. De este modo, el ideario puede referirse a características pedagógicas¹⁸. Esto es lo que sucede por ejemplo con la denominada «educación diferenciada», es decir, la opción consistente en que el centro educativo sea masculino o femenino, o como podría ser una educación basada en la educación física, o la enseñanza de lenguas extranjeras.

Es posible entender que el establecimiento del carácter propio a un centro forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la creación de centros docentes a que se refiere el artículo 27.6 de la Constitución. Cabe recordar, en este sentido, que el artículo 22.2 del proyecto de la LODE preveía inicialmente que la Administración ostentara la potestad de autorizar singularmente el carácter propio de cada centro privado de enseñanza. Este precepto fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que prosperó. En efecto, el Tribunal Constitucional¹⁹ consideró que esta disposición era ilegítima pues suponía una injerencia de los poderes públicos que lesionaba la libertad de enseñanza²⁰.

Salvada esta cuestión, se ha de precisar que el carácter propio habrá de respetar en todo caso los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos por la Constitución y las leyes²¹. El titular del centro deberá ponerlo en conocimiento de los distintos sectores de la comunidad educativa, así como a cuantos pudieran estar interesados en acceder al mismo. Se entiende que por el hecho de matricularse, el alumno se compromete a respetarlo²².

El establecimiento del ideario se trata de un derecho autónomo distinto del de la creación de centros docentes. En efecto, puede haber centros privados con ideario o sin él. Ya quedó sentado²³ que el derecho de creación de centros docentes se sitúa en el contexto de la libertad de empresa mientras que el establecimiento del ideario, que puede conferir al centro un determinado carácter ideológico o confesional, proviene de la libertad ideológica y religiosa.

La posibilidad de erigir estos centros con sus idearios supone una alternativa a los centros públicos, ideológicamente neutrales²⁴. Se abre de este modo un abanico de posibilidades para

¹⁶ STC 5/1981, FJ octavo.

¹⁷ STC 77/1985, FJ séptimo.

¹⁸ Encontramos que el artículo 14 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada en el Consejo Europeo de Niza del año 2000 especifica que el derecho de los padres se refiere a la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

¹⁹ STC 77/1985, FJ décimo.

²⁰ Muestran su conformidad con este criterio del Tribunal Constitucional EMBID IRUJO, A.: «La enseñanza privada en España...», cit., pág. 89. DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Consolidación de los principios de la libertad escolar...», cit., pág. 819 y ss.

²¹ Artículo 115.1 de la LOE.

²² Artículo 115.2 de la LOE.

²³ *Vid.* § 2.1.

²⁴ En relación con la neutralidad de las escuelas públicas es interesante observar, además de las sentencias de los tribunales españoles que se citan en este trabajo –que, en buena medida, abordan estas cuestiones–, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecida en las sentencias del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dina-

los padres de elegir la formación que deseen para sus hijos tan amplio como idearios de centros privados haya. Sin embargo, el coste económico de la enseñanza privada puede inclinar a las familias a optar por la enseñanza pública. Este factor ha intentado equilibrarse a través del régimen de conciertos o de cualquier otra fórmula que permita sobrepasar estas dificultades de carácter económico, tal como se examinará más adelante.

3.2. EL RESPETO AL CARÁCTER PROPIO

El ideario condiciona el comportamiento de los miembros de la comunidad educativa. En efecto, en las instituciones de enseñanza privada, la actividad del profesor viene determinada por la definición del puesto docente que ocupa, por las características propias del nivel educativo, y por el respeto al carácter propio²⁵. Dado que los centros privados han de hacer público, este documento se entiende que el profesor es conocedor del mismo al iniciar sus funciones y que lo ha aceptado libremente.

Asegura el Tribunal Constitucional que el deber de respeto al ideario no lesiona los derechos del profesor. Según este tribunal, su existencia no le obliga ni a convertirse «en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor»²⁶. Se trata de lograr que la libertad que sigue teniendo el profesor, sea compatible con la libertad del centro de otorgarse un ideario. Lo que este le impide al profesor es la realización de ataques abiertos o solapados contra él. Podrá desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados, pero siempre que no resulten contrarios a aquel²⁷.

La cuestión más problemática en este aspecto es la relación entre las actividades desempeñadas al margen de su función docente por un profesor contratado en un centro con ideario. El conflicto provendrá de la consideración del titular del centro de que esas conductas, aun no siendo académicas, contrarían el ideario y le impulsan a romper la relación contractual entre el pro-

marca, de 7 de diciembre de 1976, §§ 50, 53. Sentencias de los casos *Campell and Cosans*, de 25 de febrero de 1982, § 35. *Valsamis contra Grecia*, § 28 y *Efstratiou contra Grecia*, § 29, ambas de 18 de diciembre de 1996. Sentencia del caso *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, de 9 de enero de 2008, § 52. Sentencia del caso *Folgerø contra Noruega*, de 29 de junio de 2007, § 84 h). En relación con las aportaciones doctrinales sobre esta cuestión véanse, entre otros, BOTTA, R.: *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*. Giappichelli. Torino, 2002, pág. 158. CONTRERAS MAZARIO, J.M.: *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. DALLA TORRE, G.: *La questione scolastica nei rapporti fra Stato e Chiesa*. Pàtron Editore. Bologna, 2.ª ed., 1989, pág. 141. FERRER ORTIZ, J.: «Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 10 (febrero 2006). GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.: «La proyección jurídica del pluralismo religioso», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24 (2008), págs. 387-409. LARICCIA, S.: «Identità religiosa e pluralismo giuridico. Le prospettive nella scuola», en AA.VV.: *Scritti in Memoria di Pietro Gismondi*, vol. II, tomo I. Giuffrè. Milano, 1991, pág. 256. MARTÍ, J.M.: «La enseñanza de la religión islámica en los centros públicos docentes», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 2000/2, págs. 809 y ss., especialmente págs. 820-822. ROCA, M.J.: «Deberes de los Poderes Públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 17 (mayo 2008).

²⁵ STC 5/1981, FJ décimo.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

fesor y el centro. El Tribunal Constitucional ha abogado por la prudencia y la valoración de cada caso concreto. Admite que la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende, en principio, a este tipo de conductas. Pero afirma, al mismo tiempo, que «la posible notoriedad y la naturaleza de actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada»²⁸. Estos serán, pues, los intereses que habrán de ponderarse en cada caso concreto.

4. LA FINANCIACIÓN DE LAS ESCUELAS PRIVADAS

Se ha examinado a lo largo de las páginas anteriores el régimen de creación de centros docentes. Como ya se ha expuesto, es una manifestación del derecho fundamental de libertad de enseñanza. No solo permite que un agente privado establezca y dirija una institución educativa sino que, correlativamente, facilita que los padres puedan elegir un modelo educativo que consideren idóneo para sus hijos. Se entiende que, como titulares en régimen de igualdad que otros padres del derecho de libertad de enseñanza y, en concreto, del derecho a elegir la educación de sus hijos, han de poder realizar sus opciones educativas sin más obstáculos ni privilegios que otros. Si tenemos en cuenta que uno de los impedimentos para la ejecución de ese derecho puede ser el económico, pues su opción educativa puede recaer sobre una escuela privada, es lógico que los poderes públicos actúen para removerlo en atención al mandato que en este sentido establece la Constitución en el artículo 9.2.

Resulta coherente con este planteamiento que la misma norma fundamental prevea la financiación de las iniciativas educativas. Así aparece recogido en el artículo 27.4 que establece que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita», en el 27.9 que indica lo siguiente: «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca».

Por otra parte, cabe recordar que la enseñanza privada supone un ahorro para el Estado. Aun cuando este financie a través de concertados las actividades desarrolladas por los establecimientos de titularidad privada, se evita un desembolso mayor que estaría destinado al mantenimiento de los centros educativos públicos que tuviera que crear. De este modo, la enseñanza privada –concertada y no concertada– supuso al Estado durante el año 2011 un ahorro de nueve mil millones de euros. Esta cifra supone que un puesto escolar en la enseñanza concertada le resulta a la Administración un 40% más barato que mantenerlos en el sistema público²⁹. Por tanto, también por

²⁸ STC 5/1981, FJ undécimo. Sobre esta cuestión, cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J.: «Artículo 27», cit., pág. 204 y ss. MORENO ANTÓN, M.: «Vida privada de los docentes e ideario del centro educativo en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V (1989), pág. 163 y ss. OTADUY, J.: *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1985.

²⁹ Véanse las cifras que muestra la estadística en educación del Ministerio de Educación, en <http://www.educacion.gob.es/horizontales/estadisticas.html>. Asimismo, las que expone el Instituto Nacional de Estadística (INE) en relación con la financiación y gastos de la enseñanza privada que se encuentran en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t13/p122&file=inebase&L=0>

motivos económicos, les resulta rentable a los poderes públicos el mantenimiento de los conciertos o de cualquier otra medida que permita que haya agentes sociales que decidan encargarse de la ejecución de esta actividad de interés público que es la educación.

Antes de adentrarnos en los mecanismos concretos previstos para financiar la enseñanza conviene realizar algunas consideraciones generales sobre el alcance de los preceptos constitucionales mencionados. Dentro de ellas ha resultado especialmente discutido si existe o no un derecho subjetivo a recibir financiación. Ante esta cuestión se han detenido tanto la jurisprudencia como la doctrina.

Comencemos recordando que la posibilidad de financiar centros de enseñanza, sean públicos o privados, la afirma el artículo 27.9 de la Constitución. El modo de efectuar este auxilio económico habrá de regularlo la ley a la que este artículo reserva esta tarea. Sin embargo, según ha indicado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 86 y 77 de 1985, de la libertad de enseñanza no se deriva un derecho constitucional a la ayuda económica, pues ha de contarse en todo caso con la insoslayable limitación de los recursos disponibles y es preciso reducir el gasto público³⁰. El derecho al apoyo económico no surge directamente de la Constitución, sino de la ley a la que se remite el artículo 27.9. Concluye el tribunal, no obstante, que el legislador no puede establecer libremente requisitos que acaben por limitar la libertad de enseñanza o el derecho a la educación.

Aparecen, pues, en estas sentencias, dos elementos recurrentes en esta materia: que de la Constitución no se deriva un derecho subjetivo a la financiación sino que, en todo caso, procederá de la ley a la que aquella se remite. Y, por otra parte, que la concesión de estas ayudas se encuentra condicionada al cumplimiento de unos requisitos y, en cualquier caso, a la disposición de fondos por parte de la Administración pública.

Con estas consideraciones, el Tribunal Constitucional recoge algunas propuestas doctrinales que se habían realizado con anterioridad a sus pronunciamientos y que parte de la doctrina ha continuado defendiendo con posterioridad. De este modo, EMBID sostenía incluso antes de que este tribunal dictara esas sentencias, que de la Constitución no se deriva un deber genérico y directo de financiar, y que la libertad de enseñanza no justifica esta pretensión, como tampoco sucede con otras libertades fundamentales. Desde este punto de vista, «de los derechos de libertad proclamados en la Constitución no es posible deducir un mandato de subvención a no ser que la misma Constitución lo contenga expresamente»³¹. Si del artículo 27.9 no puede surgir una direc-

³⁰ STC 86/1985, FJ tercero; STC 77/1985, FJ undécimo. Sigue esta tesis el Tribunal Supremo, en sentencias como la de la Sala Tercera de 6 de noviembre de 2008, recurso de casación n.º 1548/2006, FJ segundo. También en las SSTs de la misma Sala de 12 de julio de 2006, recurso de casación 1283/2006, FJ cuarto; de 10 de noviembre de 2009, recurso de casación n.º 5715/2007, FJ primero; de 28 de enero de 2010, recurso de casación n.º 5731/2007, FJ tercero. Que no puedan deducirse directamente con generalidad de la Constitución pretensiones de subvención para los particulares lo afirmaba con anterioridad a las sentencias EMBID IRUJO, A.: «El contenido del derecho a la educación», cit., pág. 675, y con inmediata posterioridad en ÍDEM: «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (1985), pág. 187. En otros momentos, ÍDEM: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., págs. 158 y ss., y 169 y ss.

³¹ EMBID IRUJO, A.: «El contenido del derecho a la educación», cit., pág. 676.

ta pretensión a la ayuda de centros docentes, tampoco puede surgir respecto de cualquier tipo de prestación que quisiera deducirse directamente de la Constitución española³².

Si esto es así, entonces ¿qué alcance tiene el artículo 27.9 de la Constitución? Como resultado del planteamiento presentado, únicamente contendría³³ una directriz para que una futura ley ordinaria diseñara el modo de ayudar a algunos centros escolares, que serán aquellos que reúnan los requisitos que la propia ley indique. Será de esta ley de donde nazca, «con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las Administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa»³⁴. A partir de aquí será, entonces, el legislador ordinario quien establezca el marco normativo de estas ayudas en el respeto al principio de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos³⁵.

El artículo 27.9 de la Constitución no se presentaría, por tanto, como un precepto que fundara una pretensión constitucional de los centros privados a la financiación. A lo que se refiere la ayuda mencionada en ese artículo es a aquella dirigida a que puedan realizarse con préstamos de bajo interés la construcción de centros, a exenciones o reducciones de impuestos o cualquier otro real aporte que pueda imaginarse, como también podría esa ley disponer la entrega de sumas públicas tanto a los centros privados como a los padres. Por ello el derecho a la obtención de ayudas procederá³⁶, en su caso, del respeto a unas exigencias legales procedimentales, la incardinación dentro de unos determinados supuestos, y la posición particular del centro como prioritaria dentro de los criterios que establezcan las normas. «Hay establecido, así, un principio rogatorio, de solicitud (cfr. arts. 19 y ss. del RD 2377/1985), una justificación del cumplimiento de condiciones legales (art. 21), un juicio de órganos administrativos en donde están representados la Administración local y los distintos sectores afectados (art. 23), una decisión final administrativa y las consiguientes posibilidades de recurso (art. 24)»³⁷.

El Tribunal Supremo reitera que la sola titularidad del derecho a la libertad de enseñanza no fundamenta la pretensión de percibir una prestación económica cuando afirma que «en todo caso, invocando los padres el derecho a la educación de sus hijos y su libertad de elección, hay que concluir que no han sido infringidos porque de estos derechos no deriva el de obtener una plaza en un centro concertado determinado y que este deba ver aceptadas sus solicitudes de concierto

³² EMBID IRUJO, A.: «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (1985), pág. 187. ÍDEM: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., págs. 158, 159 y 169 y ss.

³³ EMBID IRUJO, A.: «El contenido del derecho a la educación», cit., pág. 677 y ss. ÍDEM: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., págs. 158 y ss. ÍDEM: «La enseñanza privada en España...», cit., pág. 91 y ss. En este sentido, AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», en AA.VV.: *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las universidades públicas*. CGPJ, Manuales de Formación continuada, 16. Madrid, 2002, pág. 89.

³⁴ STC 86/1985, FJ tercero.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., pág. 172.

³⁷ *Ibidem*.

prescindiendo de los criterios, no arbitrarios ni discriminatorios, sentados por la Administración al respecto»³⁸. La referencia a los centros entronca con una afirmación precedente del Tribunal Constitucional³⁹ en virtud de la cual del artículo 27.9 de la Constitución no se deriva un deber de ayudar a todos los centros docentes solo por el hecho de serlo, pues la ley puede condicionar la concesión de la ayuda como consecuencia de la satisfacción de otros derechos o valores constitucionales, o por las limitaciones presupuestarias que pudieran concurrir.

En relación con esto último –las limitaciones presupuestarias– se afirma, en continuidad de este argumento, que no existe un derecho subjetivo en abstracto a la celebración de conciertos habida cuenta de esta situación⁴⁰. El Tribunal Supremo recoge este criterio –refiriéndose en concreto a los conciertos– afirmando que su régimen «requiere, además de la disposición efectiva de fondos públicos, una organización y una gestión debidamente programadas»⁴¹. A partir de aquí, las preferencias establecidas para acceder a los conciertos entran en actuación según el límite presupuestario, de manera que solo cuando la consignación presupuestaria resulte insuficiente para atender todas las solicitudes de concierto que hayan sido presentadas deberán ser observados los criterios de preferencia establecidos⁴².

Lo que se muestra más discutible es que el tribunal llegue a aplicar el principio de subsidiariedad para la financiación de la enseñanza privada, hasta el punto de encontrar «lógico que se conceda preponderancia a la enseñanza pública antes de acudir al régimen de conciertos, de modo que la subvención a los centros privados se justifica únicamente cuando la oferta pública de puestos escolares no tuviera capacidad para satisfacer la demanda escolar» de una zona⁴³. Esto supone situar en una posición preponderante al sistema público de enseñanza, no respetando el principio de igualdad en la oferta educativa y, en consecuencia, el ejercicio de la libertad de enseñanza. Como puede apreciarse, el tribunal permite que se ofrezcan más medios a la enseñanza pública que a la que es resultado de la iniciativa social, cuando ambas son igualmente legítimas y pueden satisfacer del mismo modo las necesidades educativas presentes en la sociedad.

Desde un horizonte más amplio⁴⁴ podríamos entender, no obstante, que la financiación con fondos públicos de los centros de enseñanza privada aparece como una consecuencia lógica de la pluralidad de opciones educativas que derivan de la libertad de enseñanza, y de la igualdad de

³⁸ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de octubre de 2010, recurso de casación n.º 4226/2009, FJ sexto. *Vid.* también en este sentido la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 2010, recurso de casación n.º 5731/2007, FJ tercero.

³⁹ STC 77/1985, FJ undécimo; STC 86/1985, FJ cuarto.

⁴⁰ EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., pág. 172. En este sentido, AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 103.

⁴¹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de octubre de 2010, recurso de casación n.º 4226/2009, FJ sexto.

⁴² STS, Sala Tercera, de 22 de julio de 2008, recurso de casación n.º 6573/2005, FJ tercero. Esta sentencia, a su vez, parte de los contenidos reflejados en las SSTs 4 de octubre de 2000, recurso de casación n.º 3233/1993, y 14 julio 2003, recurso de casación n.º 6648/2001.

⁴³ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de enero de 2008, recurso de casación n.º 4520/2004, FJ tercero.

⁴⁴ GÓMEZ MONTORO, Á.J.: «El derecho a la educación en la democracia española», cit., pág. 33.

oportunidades (también a la hora de elegir modelo educativo y, por tanto, centro de enseñanza) que también se deriva de la Constitución. Para que ambos derechos puedan coexistir es ciertamente imprescindible la financiación pública y que esta, además, cubra los gastos reales de la enseñanza.

El mismo Tribunal Supremo lo ha entendido de esta manera en el momento de afirmar que⁴⁵ «el régimen jurídico sobre conciertos educativos no pretende solo, ni tan siquiera prioritariamente, satisfacer intereses de la Administración educativa y de los titulares de los centros concertados; busca ante todo satisfacer intereses de toda la comunidad educativa, o lo que es igual, de la sociedad misma, contribuyendo a la efectividad del derecho a la educación. [...] La libertad de enseñanza y el pluralismo educativo, demandan ese régimen de ayudas que se derivan del artículo 27.9 de la Constitución».

Continúa el mismo tribunal afirmando, en este sentido, que las denegaciones de los conciertos que realicen las Administraciones han de estar suficientemente motivadas porque se trata de medidas «tan trascendentes» que afectan «no solo a los centros sino a muchísimos alumnos»⁴⁶. Efectivamente, afirma nuevamente⁴⁷ que los beneficiarios más directos de una concertación estable son los propios alumnos y sus familias. Por ello puede entenderse que las decisiones que la Administración adopte en relación con los conciertos educativos afectan directamente al contenido esencial del artículo 27 de la Constitución. De este modo, una restricción injustificada de un concierto impediría⁴⁸ a los padres elegir la enseñanza que desean para sus hijos ignorando, además, que el artículo 27.9 de la Constitución impone a los poderes públicos el deber de financiar la educación obligatoria respetando la igualdad.

Estas premisas nos permitirán analizar a continuación los sistemas previstos para facilitar la financiación de los centros de enseñanza. Se comenzará por el más habitual: el concierto educativo. Examinada esta cuestión se podrá centrar la atención en uno de los casos que hasta ahora han sido objeto de mayor litigiosidad, como ha sido la concesión o denegación –según los casos– de este mecanismo financiero a los centros con escolarización separada de alumnas y alumnos, es decir, la denominada educación diferenciada.

4.1. EL RÉGIMEN DEL CONCIERTO

El concierto es el mecanismo por excelencia previsto en nuestro ordenamiento jurídico para que los centros privados de enseñanza puedan recibir financiación pública. La legislación no se ha dete-

⁴⁵ STS, Sala Tercera, de 21 de julio de 2000, recurso de casación n.º 5326/1994, FJ sexto.

⁴⁶ STS de la Sala Tercera de 16 de julio de 2008, recurso de casación n.º 5432/2005, FJ tercero. A ello se refiere también la STS, Sala Tercera, de 21 de julio de 2000, recurso de casación n.º 5326/1994, FJ sexto; STS, Sala Tercera, de 21 de julio de 2008, recurso de casación n.º 5456/2005. STS, Sala Tercera, de 26 de septiembre de 2008, recurso de casación n.º 6939/2005, FJ tercero. STS, Sala Tercera, de 19 de enero de 2006, recurso de casación n.º 2091/2000, FJ segundo.

⁴⁷ STS, Sala Tercera, de 19 de enero de 2006, recurso de casación n.º 2091/2000, FJ segundo.

⁴⁸ STS, Sala Tercera, de 19 de enero de 2006, recurso de casación n.º 2091/2000, FJ segundo. La relación entre el artículo 27.9 de la Constitución y el derecho a la elección de centro en condiciones de igualdad la reitera la sentencia de la misma Sala de 9 de febrero de 2010, recurso de casación n.º 416/2007, FJ segundo, partiendo del contenido de la STS recurso de casación n.º 2284/1996.

nido en ofrecer una definición exacta de lo que es un concierto⁴⁹. Tampoco parece necesario que lo haga pues, aparte de que las normas jurídicas no tienen la función de ofrecer definiciones, resulta más práctico saber en qué consiste, cuál es su naturaleza jurídica, el encuadre constitucional, y los derechos y obligaciones que asumen la Administración educativa y el centro de enseñanza. No obstante, de las diferentes concepciones que ha mostrado la doctrina⁵⁰ podemos entender que se trata de un contrato entre la Administración educativa y el titular del centro docente, donde se establecen las obligaciones recíprocas de las dos partes en orden a proporcionar el servicio en que consiste la educación.

El concierto se configura como un cauce de financiación pública destinado a garantizar la igualdad de oportunidades ante la libre opción de una educación en calidad, en los niveles de enseñanza obligatoria⁵¹ –así lo indica el art. 27.4 de la Constitución–, lo que no excluye que también se pueda extender a niveles no obligatorios. Aparece, por tanto, como un mecanismo que asegura el igual ejercicio de la libertad de enseñanza de los padres –en concreto, a elegir el centro que mejor se adapte a sus necesidades– sin que los motivos económicos se erijan en un obstáculo. Por tanto, el beneficiario del concierto no es solo el centro, sino también lo son los estudiantes y sus padres, como quedó señalado en el epígrafe anterior.

Por cuanto se refiere al aspecto propiamente económico, el mismo tribunal, siguiendo la doctrina sentada anteriormente por el Tribunal Constitucional⁵², ha aclarado que el concierto está destinado a asegurar que las enseñanzas que abarca aquel se impartan en condiciones de gratuidad, lo que no es sinónimo de que estén destinadas a cubrir todos los gastos del centro. A garantizar esa gratuidad es a lo que se compromete la Administración «y a ello tiene derecho el centro privado concertado. Ni la primera puede dar menos, ni el segundo puede pedir más»⁵³. La financiación del concierto ha de realizarse en los términos en él previstos conforme a los módulos, sin que la Administración esté llamada a asumir todos los costes de los centros concertados⁵⁴.

⁴⁹ El derogado artículo 47 de la LODE no lo define. Tampoco lo hacen los artículos 116 y 117 de la LOE.

⁵⁰ Véanse las definiciones de conciertos educativos ofrecidas, entre otros autores, por DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., pág. 128. ÍDEM: *Educación en libertad y concierto escolar*. Montecorvo. Madrid, 1995, págs. 310-314. AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 87. DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 79 y ss. MUÑOZ ARNAU, J.A.: *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, EUNSA. Pamplona, 2010, pág. 361.

⁵¹ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., pág. 123.

⁵² Me refiero al FJ décimo tercero de la STC 77/1985. El Tribunal Constitucional se detiene en ese lugar en dilucidar cuáles son los costes que ha de abarcar el concierto. Concluye que se trata de los costos totales de las actividades de enseñanza de los niveles cubiertos por el concierto. No hay, desde su punto de vista, justificación para solicitar la cobertura de un supuesto beneficio empresarial. Esto no excluye que «un centro que haya aceptado el régimen de conciertos sí podrá desempeñar otras actividades docentes con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto».

⁵³ STS, Sala Tercera, de 26 de junio de 2006, recurso de casación n.º 5629/2000, FJ quinto.

⁵⁴ *Ibidem*.

En cuanto a otros aspectos generales sobre su régimen, cabe añadir que las normas básicas para la concesión de conciertos educativos las regulan la LOE⁵⁵ y el decreto de desarrollo 2375/1985, de 18 de diciembre⁵⁶. Queda reservada a las Comunidades Autónomas la aprobación de las medidas necesarias para su ejecución⁵⁷, incluyendo los aspectos relativos a la suscripción, modificación, rescisión, además de realizar la entrega de las cantidades económicas, y el seguimiento y control de la observación de la normativa en este ámbito⁵⁸. Sin embargo, la proliferación de distintos modelos diseñados por los territorios autonómicos ha dado lugar a que en cada uno de ellos encontremos diferentes criterios en materia de selección de alumnos, lo que hace quebrar el principio de igualdad de todos los españoles⁵⁹.

Examinamos, finalmente, una última cuestión de interés como es la posibilidad de que centros privados no concertados puedan recibir ayuda pública. El Tribunal Constitucional ha admitido expresamente esta posibilidad⁶⁰, si bien parece circunscribirla al ámbito de los centros que no imparten enseñanzas en el nivel básico. Sin embargo, tampoco excluye que los conciertos se excluyan de otros niveles educativos. Incluso añade que no existe una «prohibición de ayuda a los centros que queden excluidos del régimen de conciertos»⁶¹. Por tanto, podrían recibir también este tipo de ayudas, y ello sin menoscabar el mayor grado de autonomía de que disfrutaban en comparación con los centros concertados.

4.1.1. Calificación jurídica

Una primera cuestión de interés en torno al régimen jurídico de los conciertos es el correspondiente a su naturaleza. Se trata de una cuestión a la que ofreceremos una cierta atención porque su examen será útil a la hora de esclarecer cuál es el tipo de vínculo que une a los centros concertados con la Administración educativa y, en último término, si la red de centros concertados son o no una suerte de prolongación del sistema público de enseñanza llamado a gestionar lo que puede ser un servicio público o una actividad de interés público, sobre lo que incidiremos en el último epígrafe de este texto. El interrogante principal se traduce en identificar a los conciertos como subvenciones, o como contratos.

⁵⁵ Artículos 116 y 117. Los artículos 47 y 48 de la LODE, que regulaban esta cuestión inicialmente, fueron derogados por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

⁵⁶ Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, en BOE n.º 310, de 27 de diciembre.

⁵⁷ Artículo 7 del Real Decreto 2375/1985.

⁵⁸ EMBID IRUJO, A.: «Derecho a la educación y Comunidades Autónomas», en ÍDEM (dir.): *Derechos económicos y sociales*. Iustel. Madrid, 2009, pág. 186.

⁵⁹ MORENO BOTELLA, G.: «Educación diferenciada...», cit., pág. 16 y ss.

⁶⁰ STC 77/1985, FJ undécimo.

⁶¹ *Ibidem*.

El Tribunal Supremo⁶² ha ofrecido una respuesta concreta al interrogante que nos planteamos. Ha explicado que «los conciertos educativos tienen, en efecto, la naturaleza de un convenio mediante el cual la Administración asume determinados compromisos (en esencia, asignar fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados) y estos últimos, por su parte, se comprometen a impartir gratuitamente las enseñanzas correspondientes, de acuerdo con las normas académicas, planes y programas educativos que sean de aplicación».

A su vez, la opinión mayoritaria en la doctrina⁶³, es también la de entender que estamos ante contratos. Efectivamente, los conciertos se han erigido como el vehículo por excelencia de financiación de las escuelas privadas. Este régimen aparece con la LODE de 1985. Hasta ese momento, la enseñanza privada recibía subvenciones. En opinión de EMBID⁶⁴, los conciertos educativos conceden una mayor seguridad y estabilidad a estos centros porque, al ser un contrato entre estos y la Administración pública en vigor durante un determinado periodo de tiempo y con causas muy tasadas de rescisión, se asegura la recepción de unos recursos económicos durante ese tiempo, escapando de las decisiones discrecionales de la Administración a la hora de conceder las anteriores subvenciones.

Desde este punto de vista, este planteamiento resulta ventajoso, pero también se debe tener en cuenta que los conciertos no cubren todos los gastos de la enseñanza, exigen pérdida de autonomía de los centros⁶⁵ y, por otra parte, su concesión no siempre es segura, pues depende del cumplimiento de unos requisitos que pueden cambiar y resultar en ocasiones injustificados, como tendremos ocasión de examinar en relación con los centros que ofrecen educación diferenciada. Por tanto, aun siendo un sistema más estable y seguro que el de las subvenciones, no siempre resultará tan seguro como podría parecer en principio.

⁶² STS de la Sala Tercera de 15 de noviembre de 2000, recurso de casación n.º 6756/1993, FJ cuarto.

⁶³ AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., págs. 89-95. DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: *Educación en libertad y concierto escolar*, cit., pág. 311, aclarando expresamente en la pág. 312 que su naturaleza no es la de una ayuda pública, partiendo de las tesis anteriormente sentadas por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «La actividad dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública», en AA.VV.: *Libro en homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*. Civitas, Madrid, 1989, págs. 757-759. EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., pág. 173, quien matiza que, aun siendo una naturaleza contractual, no determina en modo alguno la aplicación sin más de todas las características del contrato administrativo, sino que cuenta con un régimen jurídico singular. Del mismo autor asimismo «La enseñanza privada en España...», cit., pág. 93. Una opinión que se aleja de la mayoritaria es la de DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos en el contexto...*, cit., págs. 43 y 79, donde defiende que los conciertos son instrumentos utilizados en realidad para conceder subvenciones. La Administración las aprovecha, además, para trasladar al centro unas vinculaciones jurídico-públicas.

⁶⁴ EMBID IRUJO, A.: «El derecho a la educación en la democracia española (1978-2004)», en SANCHO GARGALLO, M.Á. y DE ESTEBAN VILLAR, M. (dirs.): *Fundación Europea Sociedad y Educación-comunidad de Madrid*. Madrid, 2004, pág. 40 y ss.

⁶⁵ Véase el régimen que establece la LOE para los centros concertados en los artículos 84-88, 116-117, y 119. Asimismo, artículos 51-63 de la LODE. Compárese con la mayor autonomía que reserva a los centros privados no concertados en el artículo 25.

Si fijamos nuevamente la atención en el carácter contractual de los conciertos resulta, en efecto, fácil de apreciar su naturaleza convencional y sinalagmática⁶⁶. A través de ellos, tanto la Administración como el centro asumen obligaciones recíprocas⁶⁷ que, incluso, el reglamento sobre conciertos educativos⁶⁸ denomina «contraprestaciones». Esta naturaleza contractual permite que se pueda aplicar a los conciertos los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, tal como ha afirmado el Tribunal Supremo⁶⁹, sin que ello oscurezca su naturaleza pública y que la resolución de los litigios que existan acerca de ellos los haya de resolver la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁰.

Esclarecida esta cuestión conviene preguntarse ante qué modalidad contractual nos encontramos. Se trataría de un contrato público administrativo especial de financiación a favor de terceros. No es, por tanto, un contrato de gestión de servicios públicos, pues no consiste en encargar a terceros un servicio de la Administración, ni una acción concertada⁷¹. Tampoco ha de entenderse que la financiación que reciben los centros se configure como una indemnización desde el momento en que aquellos no celebran el concierto para cumplir ningún deber público especial que deba ser compensado económicamente, sino que su objetivo es la financiación pública de una actividad libre en beneficio de los alumnos, que son los que realmente resultan compensados por el cumplimiento de su deber a educarse⁷². Se trata de un contrato administrativo especial de financiación de determinadas prestaciones a favor de tercero⁷³. Esta naturaleza explica que, aun mediando un con-

⁶⁶ STS de la Sala Tercera de 15 de noviembre de 2000, recurso de casación n.º 6756/1993, FJ cuarto. En este sentido se pronuncian también las SSTS de 14 de mayo de 2001 y de 16 de enero de 1993, ambas de la Sala Tercera.

⁶⁷ En efecto, explica la STS de 15 de noviembre de 2000 que «el concierto genera, pues, obligaciones recíprocas, de modo que la asunción por parte de los poderes públicos de los costes que para el titular del centro supone la enseñanza no es sino la contraprestación que realiza la Administración a cambio de la prestación del servicio educativo por parte de dicho titular». La reciprocidad de las obligaciones asumidas confirma que nos encontramos ante una relación contractual y no ante una ayuda pública. En efecto, estas consisten en la dispensación decidida por el Poder público de un bien o un derecho económico a un beneficiario, por cualquier medio directo o indirecto no constrictivo para que lo destine a una determinada actividad que tiene interés o relevancia para la obtención de un fin o interés público, sin contraprestación equivalente. No puede, por tanto, hablarse de una relación recíproca sinalagmática. Explica con más profundidad estas cuestiones MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «La actividad dispensadora de ayudas y recompensas...», cit., págs. 751-768.

⁶⁸ Artículo 34 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre.

⁶⁹ STS de la Sala Tercera de 26 de abril de 1999, recurso de apelación n.º 9726/1991, FJ segundo. La STS de la Sala Tercera de 15 de noviembre de 2000, recurso de casación n.º 6756/1993, FJ cuarto, se refiere al artículo 1.124 del Código civil.

⁷⁰ Artículo 8 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre.

⁷¹ AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 90. Según FERNÁNDEZ FARRERES, G., son contratos administrativos especiales que refuerzan los controles públicos sobre los titulares de los centros, en *La subvención: concepto y régimen jurídico*. IEF. Madrid, 1983, págs. 236, 237, y 441 y ss. ÍDEM: «El sistema educativo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 57 (2000), pág. 71.

⁷² AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 94. DE LOS MOZOS TOUYA, I. M.: *Educación en libertad y concierto escolar*, cit., pág. 312.

⁷³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón de sexo», en *La Ley*. Sección Doctrina (Ref. D-81), 28 de marzo de 2000, pág. 1.816. Indica expresamente que «los conciertos escolares, en fin, no son, como bien ha sido demostrado en la doctrina, una forma del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, porque no consiste su objeto en el encargo a terceros de un servicio propio de la Administra-

trato entre Administración y centro educativo, este no se convierte en una prolongación de aquella ni su actividad se puede confundir con el desarrollo de un servicio público.

4.1.2. Radicación en el articulado constitucional

La legitimación última de los conciertos educativos se encuentra, como cualquier otro mecanismo de financiación de la enseñanza, en la Constitución. Nos referiremos principalmente a su artículo 27 y otros conexos. Dentro de este artículo, aparecen dos apartados que, dependiendo del sector doctrinal que sigamos, ofrecen un mayor alcance a los conciertos. Unos autores preferirán centrar la atención en el artículo 27.9⁷⁴ y otros, en cambio, en el 27.4⁷⁵. El segundo de ellos ofrece más garantías porque establece claramente que la enseñanza obligatoria ha de ser gratuita. Si esto lo combinamos con la libertad de creación de centros y, consiguientemente, de libre opción, el resultado es que toda enseñanza de nivel obligatorio ha de ser gratuita. Lo que sucede es que este argumento, tal como se ha expuesto partiendo del artículo 27.4 de la Constitución, tan solo garantiza la gratuidad de las enseñanzas obligatorias, pero no de las que no lo son. El artículo 27.9, en cambio, no establece diferencias entre la enseñanza obligatoria y la que no lo es. Sin embargo, la obligación que establece es más genérica. Indica una obligación, eso sí, de los poderes públicos de ayudar a los centros privados, pero no exige que sea hasta garantizar la gratuidad.

A los efectos de lograr financiación para los centros privados en los niveles de educación obligatoria resulta más oportuno invocar el artículo 27.4 que el 27.9 pues en el segundo aparece un mandato dirigido al legislador, mientras que del primero se deriva un derecho público constitucional⁷⁶ a elegir «una educación obligatoria distinta de la pública, dentro de la oferta real existente, y en condiciones de gratuidad»⁷⁷. De aquí se deriva que los límites y condicionamientos que se establecen a los centros privados a la hora de concederles el concierto no están justificados porque no proceden del artículo 27.9 sino del 27.4. El concierto no es tanto una ayuda para los centros, sino para el ejercicio de la libertad de elección de centro –y de educación– de los padres.

En cambio, otros autores sostienen que del tenor constitucional no se deriva una relación directa entre obligatoriedad y gratuidad. Puede interpretarse así, pero no es el único modo de dar

ción. Son, por el contrario, un contrato administrativo especial (de atribución, y no de colaboración) de financiación de determinadas prestaciones a favor de tercero similar a lo que el Derecho comunitario de transportes ha llegado a denominar contratos *de servicio público*, mediante los que se trata de asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones *especiales de servicio al público*.

⁷⁴ DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional...*, cit., págs. 53-78. ÍDEM: «Conciertos escolares: análisis constitucional y Derecho comparado», en SANCHO GARGALLO, M.Á. y DE ESTEBAN VILLAR, M. (dirs.): *Educación y Democracia*, cit., pág. 113-115.

⁷⁵ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: *Educación en libertad...*, cit., especialmente págs. 188-203. EADEM: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., pág. 125 y ss. EADEM: «Consolidación de los principios...», cit., pág. 821 y ss. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados especializados...», cit., pág. 1.817.

⁷⁶ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., pág. 126 y ss.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 127.

luz al contenido del artículo 27.4 de la Constitución⁷⁸. La obligatoriedad no significa más que la necesidad de que un alumno acuda, dentro de unos límites de edad, a un centro de enseñanza, sea este cual sea, esté o no financiado con fondos públicos. Por ello, el régimen de los conciertos gravita en torno al artículo 27.9 de la Constitución. La consecuencia⁷⁹ es que el Estado no está obligado a sostener en su totalidad a los centros concertados, o puede llegar hasta un determinado porcentaje y, a partir de ahí, los centros pueden exigir a los padres cuotas complementarias.

4.1.3. Requisitos para su concesión y dificultades que presentan

Según el artículo 116 de la LOE, tienen preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos centros que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. Estos requisitos han recibido algunas críticas por parte de la doctrina en cuanto que limitan el acceso al concierto⁸⁰. Por lo que se refiere a las necesidades socioeconómicas, podría conducir a configurar el sistema de financiación pública de la educación de una manera residual, en la práctica, para quienes de algún modo carezcan de medios, en lugar de intentar que los conciertos puedan convertirse en un medio de integración social. En cuanto a las experiencias de interés pedagógico, abren un amplio margen de discrecionalidad a la actuación administrativa, por lo que puede ponerse en duda su compatibilidad con el principio de igualdad.

Por último, se añade la dificultad de conseguir un concierto en zonas de nueva población. Así se desprende del artículo 109 de la LOE en el momento de indicar⁸¹ que el Estado ha de proveer y garantizar la existencia de plazas exclusivamente públicas en estos lugares, omitiendo cualquier referencia a la oferta privada.

La política que inspira estos criterios para la concesión de conciertos parece⁸² tener más en cuenta la colaboración con el sistema público de educación allí donde las necesidades son más apremiantes, que en la promoción de idearios con una determinada demanda en la sociedad. No se favorece, pues, tanto el pluralismo social, como compensar unas iniciativas sociales que satisfacen necesidades de la Administración educativa. Esta situación no tiene suficientemente en cuenta que la financiación de la enseñanza privada no solo favorece la prestación de una actividad de interés social –que ahorra su desarrollo al sector público–, sino que es un mecanismo idóneo para satisfacer el ejercicio del derecho fundamental de creación de centros docentes, y de elección de modelo educativo de los padres.

⁷⁸ DÍAZ LEMA, J.M.: «Conciertos escolares: análisis constitucional y Derecho comparado», cit., pág. 113 y ss.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 114.

⁸⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., pág. 138.

⁸¹ Sobre esta cuestión, cfr. MORENO BOTELLA, G.: «Educación diferenciada...», cit., pág. 12 y ss.

⁸² MUÑOZ ARNAU, J.A.: *Derechos y libertades...*, cit., pág. 363.

4.1.4. Concesión o denegación del concierto

Se entiende que, una vez cumplidos los requisitos establecidos por las normas, un centro privado debería ser beneficiario de un concierto, siempre que la Administración cuente con fondos suficientes para ello. Esto nos permite considerar que la concesión de un concierto no es una actividad discrecional de la Administración, sino reglada. Es decir, cumplidos ciertos requisitos establecidos normativamente, existe un derecho al concierto, precisamente con la finalidad de permitir, dentro de los límites que establece el ordenamiento, el derecho a elegir centro por parte de los padres. Como ha sostenido el Tribunal Supremo, «no nos encontramos pues con un concierto en sentido estricto, como acuerdo de las partes en los que rige el principio de autonomía de la voluntad, de tal suerte que la Administración sería o no libre para efectuarlo, sino ante un concierto reglado que hace que, dándose los presupuestos legales, desde el punto de vista del colegio que pretende acogerse al mismo podemos afirmar que se configura como un derecho subjetivo. No estamos, en consecuencia, ante una actividad discrecional de la Administración, sino reglada»⁸³.

Estos motivos justifican que estemos en condiciones de afirmar que la denegación de los conciertos ha de estar adecuadamente motivada por la Administración, sin que baste aducir causas genéricas. En efecto, esta negativa tiene un amplio alcance pues de ella depende, en la medida que corresponda, el ágil ejercicio de los derechos fundamentales. Tal como nuevamente indica el Tribunal Supremo, «tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza, la Administración debe motivar decisiones que inciden en ellos, no solo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce este motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades [concertadas hasta el momento]»⁸⁴. Así lo ha recordado también una reciente sentencia de abril de 2012⁸⁵. En estos casos, habrá de demostrarse que esa carencia de fondos es realmente existente, teniendo que probarse que es así⁸⁶. Por tanto, se admite la discrecionalidad técnica para conceder o no un concierto, pero sea cual sea su resolución ha de estar suficientemente motivada⁸⁷.

⁸³ STS, Sala Tercera, de 19 de enero de 2006, recurso de casación n.º 2091/2000, FJ segundo.

⁸⁴ STS, Sala Tercera, de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación n.º 2132/2001, FJ tercero. Reiterado en las SSTs de la misma Sala de 16 de julio de 2008, recurso de casación n.º 5432/2005, FJ tercero; de 18 de julio de 2008, recurso de casación n.º 6547/2005, FFJJ tercero y cuarto, y de la misma fecha recurso de casación n.º 4751/2003, FJ segundo. En los mismos términos, STS, Sala Tercera, de 22 de julio de 2008, recurso de casación n.º 6573/2005, FJ tercero, basándose en la STS de 14 de julio de 2003, recurso de casación n.º 6648/2001, FJ quinto. Asimismo, STS de 20 de enero de 2010, recurso de casación n.º 6942/2005, FJ tercero.

⁸⁵ STS de la Sala Tercera de 17 de abril de 2012, recurso de casación n.º 182/2010, FJ primero.

⁸⁶ STS, Sala Tercera, de 14 de abril de 1994, recurso de apelación 695/1993, FJ tercero. Reiterado en las SSTs de la misma Sala de 16 de julio de 2008, recurso de casación n.º 5432/2005, FJ tercero; de 18 de julio de 2008, recurso de casación n.º 6547/2005, FFJJ tercero y cuarto, y de la misma fecha recurso de casación n.º 4751/2003, FJ segundo. SSTs de 18 de enero de 2010, recurso de casación n.º 392/2006, FJ tercero. *Vid.* asimismo la STS de la Sala Tercera de 14 de julio de 2009, recurso de casación n.º 1728/2007.

⁸⁷ STS de la Sala Tercera de 18 de julio de 2010, recurso de casación n.º 6547/2005, FJ cuarto. A ello se refiere también la STS, Sala Tercera, de 21 de julio de 2008, recurso de casación n.º 5456/2005, FJ tercero. STS, Sala Tercera, de 26 de

La misma necesidad de concreción se aprecia en relación con otras causas. Es lo que sucede con la denegación debida, simplemente, a que el centro «no cubre necesidades urgentes de escolarización»⁸⁸.

El Tribunal Supremo, partiendo de que la enseñanza privada es subsidiaria de la pública y de que la subvención de centros privados se justifica solo cuando la red pública no llega a cubrir la demanda escolar de una zona, entiende que está justificado que la Administración reduzca un concierto de oficio siempre que concurran circunstancias respecto al número de unidades que así lo aconsejen o por otras que se manifiesten en el centro de que se trate. La reducción del número de unidades, debidamente justificada, resulta congruente con la función de la Administración de programar la enseñanza y con la reducción del gasto público. Por ello, cuando se demuestre que la oferta educativa de los centros públicos de la zona se halla por debajo de la ratio alumnos/unidad y es capaz de captar todo el alumnado con necesidades educativas, bastaría con mantener esa oferta sin necesidad de aumentarla a través de la concesión de conciertos⁸⁹.

Podríamos calificar este planteamiento como erróneo desde el momento en que no solo financiamos oferta educativa, sino también modelos educativos y la posibilidad de optar por ellos, que es un derecho fundamental. El tribunal afirma incluso que se debería intentar que hubiera un reparto igualitario de alumnos entre todos los centros sostenidos con fondos públicos. Por ello, en caso de haber vacantes en los centros públicos, considera justificada la reducción de unidades concertadas con el fin de lograr tal reparto igualitario⁹⁰. Sin embargo, este argumento no parece sólido. Si hay plazas vacantes dentro del sistema público de enseñanza es, precisamente, porque los alumnos o sus padres no las solicitan y, en cambio, sí parece haber demanda para los centros de titularidad privada. La solución para resolver este problema no debería estribar en distribuir forzosamente a los alumnos en contra de sus prioridades, sino de mejorar la calidad de la enseñanza menos solicitada para que sea más apreciada y competitiva. La solución no es, por tanto, perjudicar a lo que es demandado por la sociedad, sino favorecer la posibilidad de elegirlo y mejorar lo que quizá no funcione del modo que esperan los ciudadanos.

El mismo Tribunal Supremo ha considerado⁹¹ que no es lícito considerar que tan solo puede acudirse al régimen de conciertos cuando la necesidad educativa no resulta satisfecha por los centros públicos. El resultado sería que, cuando la red pública cubre esas necesidades, podría denegarse el concierto para evitar la duplicidad de gasto público. Ante esta situación, entiende que el artículo 27 de la Constitución contiene la garantía del sostenimiento económico público para

septiembre de 2008, recurso de casación n.º 6939/2005, FJ cuarto. SSTS de 18 de enero de 2010, recursos de casación números 392/2006 y 3638/2007, FFJJ cuarto; de 20 de enero de 2010, recurso de casación n.º 6942/2005, FJ cuarto.

⁸⁸ SSTS de la Sala Tercera de 16 de julio de 2008, recurso de casación n.º 5432/2005, FJ tercero; de 18 de julio de 2008, recurso de casación n.º 4751/2003, FJ segundo.

⁸⁹ SSTS, Sala Tercera, de 14 de julio de 2003, recurso de casación n.º 6648/2001, FJ quinto; de 13 de julio de 2004, recurso de casación n.º 6645/2001, FJ séptimo; y de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación n.º 2132/2001, FJ tercero.

⁹⁰ STS, Sala Tercera, 13 de marzo de 2006, recurso de casación n.º 328/2001, FFJJ quinto y sexto.

⁹¹ STS, Sala Tercera, de 6 de noviembre de 2008, recurso de casación n.º 1548/2006, FJ séptimo.

garantizar la gratuidad de la enseñanza obligatoria⁹². A partir de este argumento se confirma la idea de que la enseñanza privada no es subsidiaria de la pública, ni que es una prolongación de la Administración educativa, sino que es un modo de ampliar la oferta de modelos educativos legítimos que existen y las posibilidades de elección de padres y alumnos.

4.2. LA FINANCIACIÓN DE LOS CENTROS CON EDUCACIÓN DIFERENCIADA

Uno de los motivos que ha dado lugar a una mayor variación de la jurisprudencia en materia de concesión de conciertos ha sido la educación diferenciada. Es evidente, después de todo lo expuesto en estas páginas, que la concesión, renovación o supresión de conciertos puede obedecer a múltiples causas, como las presupuestarias, las necesidades de escolarización en la zona y varias más entre las que también se encuentra esta a la que se hace ahora referencia. El estudio de esta cuestión ha permitido abrir un debate sobre la legitimidad de esta opción educativa, y acerca de que su establecimiento forme parte del núcleo del derecho fundamental a la creación de centros docentes, a dirigirlos, y otorgarles carácter propio. Esta es la temática que se abordará a continuación.

La educación diferenciada consiste, como ya se ha adelantado, en la escolarización separada de niños y de niñas. Discurre de un modo paralelo al régimen de coeducación en que alumnos de ambos sexos comparten aula. Con independencia de los resultados que puede ofrecer la educación diferenciada desde el punto de vista pedagógico o de los resultados académicos⁹³, se centrará la atención en analizar la legitimidad jurídica de esta opción y de su cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La discusión jurídica gira en torno a si la educación diferenciada supone una discriminación por sexos a la hora de acceder a un centro de enseñanza. Para ello deberemos examinar qué derechos podrían ampararlo, especialmente la libertad de enseñanza en cuanto que permite al titular de un centro dotarle de carácter propio, y que puede resultar un modelo educativo que padres y alumnos desean. Esta es la primera cuestión que deberemos resolver. A continuación, se planteará otro interrogante como es si es legítimo que centros de este tipo puedan acceder al régimen de conciertos. No olvidemos que la enseñanza pública sigue, en la España actual, el régimen de la coeducación. Esto significa que los únicos centros que ofrecen educación diferenciada son privados y, a partir de aquí, podrían abrigar la aspiración de obtener financiación pública como cualquier otro centro de titularidad privada.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Sobre estas cuestiones, *vid.* BARRIO MAESTRE, J.M. (ed.): *Educación diferenciada, una opción razonable*. EUNSA, Pamplona, 2005. CALVO, M.: *Los niños con los niños, las niñas con las niñas: el derecho a una educación diferenciada*, Almuzara, Córdoba, 2005. EADEM: *Iguales pero diferentes*. Almuzara, Córdoba, 2007. DE LOS MOZOS, I.M.: «Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias», en *Persona y Derecho*, 50 (2004), págs. 298-315. VIDAL, E.: *Diferentes, iguales, ¿juntos?*, Ariel, Barcelona, 2006.

4.2.1. Legitimidad de esta opción educativa en España, en el Derecho internacional y en el comparado

Se comenzará analizando la primera cuestión mencionada, es decir, si la educación diferenciada constituye una opción educativa legítima o, al contrario, es discriminatoria por razón de sexos. Encontramos posicionamientos que defienden tanto un criterio como otro.

En primer lugar, las principales afirmaciones referentes a su ilegitimidad provienen de considerar que es contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución⁹⁴, o que es difícil de compatibilizar con el «ideario educativo de la Constitución» identificado con su artículo 27.2⁹⁵. A ello se suele añadir un criterio quizá más sociológico que jurídico como es considerar⁹⁶ que se trata de una opción educativa que tenía justificación en otros tiempos, pero no en la sociedad moderna actual.

Desde otro punto de vista, quizá más acorde con las normas españolas, internacionales y el Derecho comparado, se sostiene que la educación diferenciada no supone ninguna discriminación por razón de sexo –siempre que las características de la enseñanza que reciben niños y niñas sean semejantes–, sino, simplemente, una opción educativa como otra cualquiera. Por una parte, podemos considerar que su establecimiento es una manifestación de la libertad de dirección y organización de los centros educativos a que se refiere el artículo 27.6 de la Constitución. Más específicamente, se muestra como una característica que define el carácter propio de un centro. Ya se ha examinado que este carácter no tiene por qué ceñirse a elementos religiosos o ideológicos, sino que también pueden ser de tipo pedagógico. En este lugar –el de la perspectiva pedagógica– se inserta la educación diferenciada, como legítimo modelo a proponer por el titular del centro y, en correspondencia, a escoger por alumnos y padres.

En efecto, a ello se une que existe dentro de la sociedad la correspondiente demanda de padres y alumnos por este tipo de enseñanza. Por ello ha de entenderse que este modelo educativo puede colmar sus expectativas y, de este modo, pasa a formar parte del contenido esencial del derecho fundamental de los padres a elegir la educación de sus hijos.

⁹⁴ AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 130 y ss., donde afirman «que dicha limitación [por razón de sexo] viene determinada, entre otros criterios, por la proximidad del domicilio, lo que indudablemente mediatiza la libertad de elección» de centro. No alcanzamos a entender, no obstante, qué relación presenta la elección de centro por motivos de domicilio con la educación diferenciada.

⁹⁵ ALÁEZ CORRAL, B.: «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86 (2009), págs. 38-41, 47 y 50, quien entiende que la educación diferenciada no contribuye a ese desarrollo de la personalidad y convivencia democráticas del mismo modo que la educación mixta. De ahí que el legislador pueda excluir a los centros single-sex de la financiación pública, pues no satisfacen el ideario educativo constitucional y, en cambio, opte por destinar esos recursos a los centros mixtos.

⁹⁶ AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 130 y ss.

Hasta la aprobación en 2006 de la LOE ninguna norma interna española había considerado discriminatorio a este tipo de educación. Ni la LODE, como tampoco lo hacía la LOGSE⁹⁷ oponían dificultad alguna. Tampoco lo hace el Real Decreto 1635/2009⁹⁸ por el que se regula el régimen de elección de centro educativo. La dificultad ha surgido a partir del artículo 84.3 de la LOE que dispone que «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», así como alguna directiva comunitaria que se expresa en términos semejantes⁹⁹. Una lectura parcial del texto podría dejarnos entender que la referencia a la razón de sexo se erigiría como un impedimento a la educación diferenciada.

Sin embargo, no está del todo claro¹⁰⁰ que esa indicación afecte en concreto a este tipo de educación –podría entenderse que se refiere a discriminaciones por este motivo que pudieran surgir en

⁹⁷ Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en BOE n.º 238, de 4 de octubre.

⁹⁸ Real Decreto 1635/2009, por el que se regula la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados, en BOE n.º 265, de 3 de noviembre.

⁹⁹ También el Derecho comunitario se refiere a la imposibilidad de discriminaciones por razón de sexo en el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, y formación profesional superior. Así lo indica el artículo 3 b) de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en DOCE L269/15, de 5 de octubre, que modifica el artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, del Consejo relativa a la aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

¹⁰⁰ CALVO CHARRO, M. entiende que del tenor del artículo 84.3 de la LOE no puede inferirse que esta norma prohíba la educación diferenciada ni su financiación. Aunque ese artículo «haya incluido la prohibición de discriminar por razón de sexo en la admisión de alumnos en los centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos, no se puede entender que los modelos diferenciados incumplan esta prohibición pues, en palabras de la Audiencia Nacional, *el mero hecho de que se enseñe solo a niños o a niñas no es en sí mismo discriminatorio por razón de sexo, siempre que los padres o tutores puedan elegir, en un entorno gratuito de la enseñanza, entre los centros existentes en un determinado territorio*», cursiva en el original, en CALVO CHARRO, M.: «Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres», en *La Ley*, Sección Doctrina (Ref. D-113), de 11 de mayo de 2007, pág. 1.642. Por su parte, también MORENO BOTELLA, G.: «Educación diferenciada...», cit., pág. 13 y ss. considera que tanto ese artículo mencionado de la LOE como su disposición adicional vigésimo quinta no excluyen a los centros de educación diferenciada del régimen de los concertados, pues es un modelo educativo legítimo y semejante contenido sería inconstitucional por violar la libertad de enseñanza. Advierte, no obstante, que esto les dificulta el acceso a estas ayudas. Pero, si fuera una opción ilegítima, habría que prohibirla; y si es legítima, lo será a todos los efectos, incluido el acceso al régimen de concertados. Tampoco advierte discriminación alguna MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.: «Escalarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 154 (2012), págs. 71-108. En un sentido distinto, SETUÁIN, B., comienza afirmando que no hay ninguna norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico (incluida la LOE) que prohíba expresamente la educación diferenciada ni que la Administración pueda celebrar concertados con estos centros. Tampoco debería entenderse que, en sí misma, supusiera una discriminación por razón de sexo. «Sin embargo, [añade la autora] resulta más difícil mantener esta consideración si se sitúa en el contexto real de la enseñanza obligatoria y gratuita que, rodeada en la admisión de alumnos de otros cuestionamientos normativos y prácticos [...]—situación de los colegios, domicilio de los alumnos, etc.— obligaría a matizar la afirmación, so pena de incurrir verdaderamente en una discriminación por razón de sexo», en SETUÁIN MENDÍA, B.: «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre concertados educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 152 (2012), págs. 241, 252, 255 y 258, texto entrecomillado en la pág. 252. Sobre todas estas cuestiones véase GONZÁLEZ-VARAS

cualquier momento incluso dentro del régimen de coeducación—. Además, la disposición adicional vigésimo quinta¹⁰¹ de la misma ley establece que, en el momento de recibir financiación pública, los centros mixtos tendrán preferencia sobre los separados. Esta prescripción, con independencia de las dificultades económicas a que puede abocar a esta última clase de centros —a lo que nos referiremos en el apartado siguiente—, lo cierto es que también presupone la admisión de su existencia, aunque sea para causar una lesión a sus expectativas económicas. Si la educación diferenciada estuviera del todo prohibida por ser discriminatoria, podemos suponer que la LOE no la hubiera mencionado en este lugar ni hubiera admitido una posible financiación pública, aun dificultándola.

Se puede añadir, finalmente, que en caso de duda sobre el significado de la norma, deberemos optar por la interpretación que restrinja en menor medida las libertades públicas¹⁰². Además, entender que el Estado limita la libre implantación de la educación diferenciada por considerarla discriminatoria se mostraría en desacuerdo con el tenor del Convenio relativo a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, al que nos referiremos más adelante.

En cualquier caso, tratándose de una materia que, como han afirmado los tribunales —tal como se examinará más adelante— afecta directamente al contenido esencial de la libertad de enseñanza, las limitaciones al ejercicio de este derecho —entre ellas, limitar las opciones por motivos de sexo— es algo que, en su caso, le correspondería exclusivamente a las Cortes Generales por medio de Ley Orgánica¹⁰³. Por ello, no es legítimo, como han afirmado distintos órganos jurisdiccionales¹⁰⁴, que las Comunidades Autónomas, aun teniendo transferidas las competen-

IBÁÑEZ, A.: «Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 32 (enero 2013).

¹⁰¹ Disposición adicional vigésimo quinta de la LOE, titulada «fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres», que se expresa del siguiente modo: «con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España».

¹⁰² El criterio general del Tribunal Constitucional desde la sentencia 159/1986 en relación con los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales es que se apliquen de un modo restrictivo. En el caso de los derechos contenidos en el artículo 16 de la Constitución, es decir, la libertad religiosa, ideológica y de culto, ha indicado que la interpretación de esos límites ha de ser aún más restrictiva, dejando el mayor grado de libertad posible, como ha ido indicando desde la sentencia 20/1990. En relación con los límites del derecho de libertad religiosa y las restricciones en su interpretación, *vid.* COMBALÍA SOLÍS, Z.: «Libertad religiosa e igualdad: los límites a su ejercicio», en AA.VV.: *Derecho eclesiástico del Estado*. Iustel, Madrid, 2002, <http://www.iustel.com>

¹⁰³ Artículos 53.2 y 81.1 de la Constitución.

¹⁰⁴ Afirma el FJ quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [en adelante, STSJ] de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 11 de mayo de 2006, recurso contencioso-administrativo n.º 473/1999, que «la regulación de las normas básicas de la materia relativa a los criterios de admisión de alumnos en los centros públicos [...] y en los concertados [...] es de exclusiva competencia del Estado, en cuanto que es cuestión concerniente, estrictamente, al desarrollo normativo del artículo 27.9 de la CE [...]. Mal pueden considerarse materias conexas con el desarrollo normativo de este precepto constitucional, a regular por la Comunidad Autónoma que tenga reconocida competencia para ello, la implantación de nuevos requisitos para adquirir o mantener la condición de centro concertado que no se

cias en materia de educación, establezcan más limitaciones que las indicadas por la legislación básica nacional y dicten normas que imposibiliten la educación diferenciada dentro de su territorio¹⁰⁵. Ello con independencia de condicionar la concesión o renovación de conciertos educativos a que escolaricen juntos a alumnos y alumnas, cuestión en la que ahora no se profundizará.

Por cuanto se refiere a otras normas internas, es posible encontrar algunas que pretenden evitar estereotipos sexistas en el ámbito educativo, o que se transmitan contenidos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres, u otras cuestiones semejantes, pero esto no significa que se impida la educación diferenciada. Encontramos un ejemplo de esto en la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Expone¹⁰⁶ que «las Administraciones educativas garantizarán un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre hombres y mujeres».

Se incorpora este objetivo de la acción educativa en esta ley porque entiende que fomentar una educación en este sentido previene cualquier tipo de violencia, y más específicamente la ejercida contra las mujeres. Muestra clara de ello es que el preámbulo de la LOE aclara expresamente que en todas estas políticas educativas orientadas a la consecución de la igualdad de sexos, a su respeto y al de las diferentes orientaciones sexuales, asume en su integridad el contenido de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Si dirigimos la mirada al ámbito del Derecho comparado¹⁰⁷, es posible observar que los países de nuestro entorno no solo admiten la educación diferenciada sino que, incluso, están erigiendo escuelas públicas con este carácter habida cuenta de los buenos resultados académicos que ofrecen.

recogen en el Título IV de la LODE, aunque sea bajo la fórmula de sancionar como discriminación vedada constitucionalmente lo que para la Ley estatal y para las disposiciones internacionales no es tal discriminación». Por su parte, el TSJ de Castilla-La Mancha también ha considerado que los decretos y órdenes autonómicos que añadían el sexo entre los criterios de discriminación de alumnos han incurrido en un exceso competencial y vulnerado las leyes nacionales al establecer un nuevo factor no establecido en estas. Así lo exponen la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 533 de 10 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo n.º 151/2004, FJ undécimo. Comparte estos criterios CALVO CHARRO, M.: «Apoyo de la jurisprudencia española...», cit., págs. 1.639-1.643.

¹⁰⁵ La mencionada STSJ de Andalucía de 11 de mayo de 2006 anula el artículo 4 del Decreto autonómico 77/2004, de 24 de febrero, y el artículo 4 del Decreto 72/1996, de 20 de febrero, en lo que se refiere a la expresión «por razón de sexo» en cuanto que lo entendía causa discriminatoria en la admisión del alumnado en los centros educativos, y los apartados correspondientes de la Orden de 16 de febrero de 1999 cuando se referían a esto mismo y añadía que «en particular, cada uno de los centros deberá informar a la comunidad educativa de que en el mismo se escolarizarán tanto alumnos como alumnas».

¹⁰⁶ Es el artículo 24.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en BOE n.º 71, de 23 de marzo. Cfr. artículo 15.1 de la Ley andaluza 12/2007, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, en BOE n.º 38, de 13 de febrero.

¹⁰⁷ Sobre esta cuestión, cfr. el recorrido que realiza MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 154 (2012), págs. 71-108, centrándose particularmente en las naciones europeas en las págs. 85-89, y en Estados Unidos en las págs. 89-92. Asimismo, ÍDEM: «El derecho a la educación en los Estados Unidos de América», en *Revista Es-*

En cuanto al Derecho internacional, al que España abre sus puertas a través del artículo 10.2 de la Constitución cuando se trata de convenios internacionales en materia de derechos humanos suscritos por ella, además de que cuando son tratados ratificados pasan a ser norma interna en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución, ninguna norma impide la existencia de este tipo de educación. En este sentido, la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Enseñanza¹⁰⁸, considera que la educación diferenciada no es discriminatoria. En ocasiones se ha alegado a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹⁰⁹ como motivo para denunciar la educación diferenciada. En concreto, se invoca su artículo 10 c) que insta a los Estados a que aseguren la igualdad entre mujeres y hombres en la esfera de la educación, eliminen todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en la enseñanza «mediante el estímulo de la educación mixta» y otras medidas.

Sin embargo, como ha sostenido el Tribunal Supremo¹¹⁰, esta Convención no está afirmando que la educación diferenciada sea discriminatoria, sino solamente que la enseñanza mixta es un medio más, entre otros posibles, para superar los estereotipos sobre las diferencias entre hombres y mujeres.

pañola de Derecho Constitucional, 93 (2011), págs. 65-106. SALOMONE, R.: «La educación diferenciada por sexos: Derecho, política e investigación», en BARRIO MAESTRE, J.M.: (Ed.): *Educación diferenciada...*, cit., págs. 118-204, centrándose principalmente en Estados Unidos. En relación con Alemania, *vid.* VON MARTIAL, I. y GORDILLO, M.V.: *Coeducación...*, cit., págs. 15-104. Sobre estas cuestiones véase también FIZE, M.: *Les piéges de la mixité scolaire*. Presses de la Renaissance, París, 2003, *pássim*.

¹⁰⁸ Artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960, relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Enseñanza, considera que la educación diferenciada no es discriminatoria, en BOE de 1 de noviembre de 1960. Indica expresamente en su primer párrafo que «en el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes [...]». La vigencia de este artículo y la referencia a la educación diferenciada ha sido recordada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, en concreto, en el § 33 de la Observación General n.º 13 a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Políticos, de 8 de diciembre de 1999. Es cierto que, como indica MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, España podría imponer la coeducación mediante Ley Orgánica sin vulnerar este Convenio. Sin embargo, esta medida sería cuestionable desde otros puntos de vista, «por cuanto sería difícil limpiar de tacha de imposición arbitraria y desproporcionada semejante restricción de la libertad escolar y, reflejamente, del derecho a la educación en libertad de los ciudadanos españoles», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados especializados...», cit., pág. 1.815.

¹⁰⁹ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1972, en BOE de 21 de marzo de 1984.

¹¹⁰ La STS, Sala Tercera, de 26 de junio de 2006, recurso de casación n.º 3356/2000, exponía exactamente en su FJ octavo que «no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo». La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer «no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. [Esta enseñanza] es un medio, no el único, para promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo». Apoya esta tesis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados...», cit., pág. 1.816.

Esta última referencia nos permite indicar que los órganos jurisdiccionales también han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Normalmente lo han hecho en relación con la denegación de conciertos por parte de la Administración educativa. Se trata, pues, de una materia específica pues entra en relación con la financiación de este modelo educativo, y por ello se estudiará en el epígrafe siguiente.

4.2.2. La financiación pública de los centros diferenciados

El carácter no discriminatorio de la educación diferenciada ha sido avalado por los órganos jurisdiccionales, si bien el itinerario no ha sido siempre lineal, y aun aceptando su legitimidad, ello no ha evitado que no la reconozcan con la amplitud debida. En este sentido, hasta el año 2008, puede decirse que, en términos generales, este modelo educativo no solo encontró respaldo jurisdiccional, sino que los tribunales no apreciaron que fuera un obstáculo para recibir fondos públicos ni tuvieran que padecer otras cargas impuestas por la Administración para desarrollar su proyecto. De este modo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1999¹¹¹ declaró su legitimidad y el acceso al concierto educativo del mismo modo que podía hacerlo un centro mixto. El contenido de esta sentencia fue confirmado en casación por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de junio de 2006¹¹² que sostuvo que, lejos de ser discriminatoria, esta educación formaba parte del derecho de los titulares de un centro educativo a definir el carácter propio y del derecho de los padres a elegir el centro en que desean escolarizar a sus hijos.

Aún en el año 2007 el criterio se mantenía invariable. En efecto, la STS de 28 de mayo de 2007 no ponía en cuestión la legitimidad de la educación diferenciada en el momento de resolver el recurso de casación presentado frente a la STSJ de Castilla La Mancha 528/2004. Es cierto que ambos pronunciamientos se referían, entre otras cuestiones, a la posibilidad de que los titulares de los centros privados tuvieran derecho a seleccionar a los alumnos. Resuelven esta cuestión, pero sin adentrarse en la diferencia de sexos de los alumnos. Sí se detendrán en este aspecto el mismo TSJ y el propio Tribunal Supremo en otras sentencias cercanas en el tiempo. Centrémonos en ellas.

La STSJ de Castilla-La Mancha 533/2004¹¹³ no encontró tampoco discriminación alguna en este modelo educativo. Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló parcialmente esta sentencia en 2008¹¹⁴. Por cuanto se refiere a la concreta cuestión que ahora nos ocupa, es preciso aclarar que no afirmó en momento alguno que la educación diferenciada fuera discriminatoria. Antes bien, confirmó

¹¹¹ Sobre esta sentencia, *vid.* el comentario realizado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados especializados...», *cit.*, págs. 1-4.

¹¹² STS, Sala Tercera, de 26 de junio de 2006, recurso de casación n.º 3356/2000, FJ octavo.

¹¹³ STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 533 de 10 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo n.º 151/2004, FJ undécimo.

¹¹⁴ STS, Sala Tercera, de 16 de abril de 2008, recurso de casación n.º 675/2005, FJ noveno *in initio*, reproducido en la STS, Sala Tercera, 11 de julio de 2008, recurso de casación n.º 689/2005, FJ primero.

expresamente su licitud¹¹⁵. Sin embargo, estableció que este sistema, «en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27». No cabe duda de que, aun legítima, pasa a ser una opción carente de una protección firme.

Esta apreciación se confirma desde el momento en que la misma sentencia añade que «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 CE»¹¹⁶. Es decir, esta concreta manifestación de la dirección de un centro educativo y de dotarle de un carácter propio no solo no forma parte del contenido esencial de estos derechos –sin que, por otra parte, el Tribunal Supremo explique en qué basa su razonamiento–, sino que se convierte en una facultad reservada a la Administración y, a la vez, se configura como un condicionante que determina la posibilidad de recibir financiación pública. En otros términos, podría concluirse que la supresión del modelo diferenciado es prácticamente la contraprestación o el precio que ha de pagarse para recibir financiación pública.

No resulta fácil seguir la argumentación del Tribunal Supremo. En particular, no hay un criterio que rellene el vacío que existe entre estos dos escalones. Por una parte la afirmación constante de la licitud de la educación diferenciada, que en ocasiones la ha incorporado al contenido esencial del derecho a crear y dirigir centros docentes. Y, por otro lado, el control de los poderes públicos sobre los centros concertados en relación con esta cuestión y, a la vez, que se configure como un elemento que condiciona la ayuda económica pública. Si es una propuesta legítima y está estrechamente relacionada con el derecho fundamental a dirigir centros –por no afirmar categóricamente que forma parte de su contenido–, no se entiende por qué limita la posibilidad de recibir dinero público, como no lo impiden otros elementos que contribuyen a configurar con igual intensidad el carácter propio del centro.

Esta incoherencia se hace más patente cuando la STS de 11 de julio de 2008 transcribe a la vez el contenido de otros dos pronunciamientos que juzgan de un modo distinto el mismo objeto de recurso que es la educación separada. Por una parte, cita textualmente la sentencia de 16 de abril que declara que no forma parte del derecho fundamental al que nos hemos referido hasta ahora y aprueba la intervención administrativa en este ámbito, incluyendo la posibilidad de condicionar la existencia del concierto. Pero, al mismo tiempo, con el fin de reiterar que no se trata de una opción ilegítima, transcribe el FJ octavo de la STS de 26 de junio de 2006¹¹⁷ que, precisamente, legitima la concesión de un concierto a varios centros diferenciados.

¹¹⁵ STS, Sala Tercera, de 11 de julio de 2008, recurso de casación n.º 689/2005, FJ segundo, retomando literalmente el tenor de la STS, Sala Tercera, de 26 de junio de 2006, recurso de casación n.º 3356/2000, FJ octavo, aunque por error afirme que extrae esos párrafos de la STS de 16 de abril de 2008 que había ido citando anteriormente en todo momento.

¹¹⁶ STS, Sala Tercera, de 16 de abril de 2008, recurso de casación n.º 675/2005, FJ noveno *in fine*, reproducido en la STS, Sala Tercera, 11 de julio de 2008, recurso de casación n.º 689/2005, FJ primero.

¹¹⁷ Aunque por error la identifique como la STS de 16 de abril de 2008, pero el contenido que aparece transcrito no ofrece lugar a dudas sobre el origen del texto.

Parecía, no obstante, que el Tribunal Supremo retomaba el rumbo que había guiado sus pronunciamientos hasta 2008. A lo largo del año 2011 había reconocido la trascendencia de la educación diferenciada, como seguían haciendo en 2012 algunos Tribunales Superiores de Justicia¹¹⁸. El órgano jurisdiccional supremo había indicado, en el momento de confirmar unos autos dictados por el TSJ de Andalucía, que esta opción pedagógica afectaba a la identidad del centro. Por ello, condicionar la existencia de un concierto al cambio de educación diferenciada a mixta supondría un cambio esencial en su identidad, con los consiguientes efectos en la matriculación de los alumnos de ambos sexos, la inhibición de algunos padres a matricularlos allí, e incluso finalizaría por hacer salir del centro a los alumnos de distinto sexo a los tradicionalmente admitidos, con el consiguiente perjuicio para unos y para otros¹¹⁹.

Además, no apreciaba ningún interés general en que los centros con educación diferenciada pasaran al régimen de coeducación. Para llegar a esta conclusión el Tribunal se detenía en ponderar el interés público y el privado que entraban en conflicto, resolviendo según el grado en que el interés público estuviera en juego¹²⁰. El resultado era que el interés público no entraba en riesgo por la admisión del interés privado que se entendía que era preponderante en este caso. En efecto, el condicionante anteriormente mencionado que expuso la Junta de Andalucía «podría llevar perjuicios irreparables sin que el interés público [...] desaconseje la suspensión [del concierto]

¹¹⁸ SSTSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, números 177/2012, de 8 de febrero de 2012, y 270/2012, de 22 de febrero de 2012.

¹¹⁹ Vid. los FFJJ segundos de las siguientes SSTS de Sala de lo Contencioso-Administrativo: de 19 de enero de 2011, recurso de casación n.º 1026/2010; de 5 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3832/2010; de 12 de abril de 2011, recurso de casación n.º 1124/2010; de 14 de abril de 2011, recursos de casación números 3737/2010 y 3967/2010; 20 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3113/2010; 25 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3866/2010; 11 de julio de 2011, recurso de casación n.º 5219/2010.

¹²⁰ Vid. los FFJJ sextos de las siguientes SSTS de Sala de lo Contencioso-Administrativo: de 19 de enero de 2011, recurso de casación n.º 1026/2010; de 5 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3832/2010; de 12 de abril de 2011, recurso de casación n.º 1124/2010; de 14 de abril de 2011, recursos de casación números 3737/2010 y 3967/2010; 20 de abril de 2011 (recurso de casación n.º 3113/2010); 25 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3866/2010; 11 de julio de 2011, recurso de casación n.º 5219/2010. En otra sentencia diferente, relacionada con la reducción de unidades concertadas aprobada por la Comunidad Autónoma de Madrid por motivos que no guardan relación con la separación de sexos de los alumnos, el Tribunal Supremo también admite la medida cautelar aprobada por auto del TSJ de Madrid en que suspendía la mencionada orden de la Administración educativa. El motivo que aduce el Tribunal Supremo, asumiendo el razonamiento previo del TSJ, es que cautelarmente deben prevalecer los intereses del colegio demandante frente a los intereses públicos, pues la suspensión de las unidades concertadas y el no mantenimiento con ello del statu quo anterior crearía una situación irreversible, y privaría a un grupo de estudiantes de la enseñanza en el centro. Esta situación daría lugar a que esos estudiantes tuvieran que cambiar de centro, así como que se tuviera que prescindir del trabajo de determinados profesores. Frente a ello, el trastorno para la Administración resulta de escasa consideración, tanto en la programación de la enseñanza, como desde el punto de vista económico. Así lo entiende la STS, Sala Tercera, de 22 de diciembre de 2010, recurso de casación n.º 532/2010, FJ segundo. Por otra parte, una resolución como la que se acaba de mencionar muestra que los beneficiarios de los conciertos educativos no son solo los centros de enseñanza, sino los estudiantes y, en la parte que les corresponde, los profesores. Esto corrobora que el concierto es una medida establecida a favor del ejercicio del derecho fundamental de libertad de enseñanza y, en concreto, del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos.

mediante la ponderación de aquel y los intereses del centro [mantenimiento del concierto] en beneficio de los alumnos que asisten al centro escolar»¹²¹.

En efecto, esta parece la opción más razonable. Admitida la legitimidad de la educación diferenciada, aclarado que en modo alguno guarda carácter discriminatorio por razón de sexo, y entendido que el establecimiento de esta opción define el carácter propio del centro y afecta al derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, no es legítimo que su existencia quede condicionada por otras exigencias impuestas por la Administración. En concreto, si es una opción legítima y afecta al ejercicio de derechos fundamentales, nada debería impedir que los centros con enseñanza diferenciada pudieran solicitar un concierto en igualdad de condiciones que los mixtos. No es, pues, legítimo, imponer como contrapartida a la financiación pública la imposición del régimen de la coeducación¹²². Con ello se está limitando de un modo injustificado el ejercicio de la libertad de enseñanza tanto a los titulares de los centros, como a los alumnos, y sus padres. Tampoco puede aducirse a favor de este condicionamiento económico que el centro concertado tiene que asimilarse a las características propias de la red pública de enseñanza pues es dudoso que la enseñanza sea un servicio público y, en modo alguno, la concesión de financiación pública incorpora al centro privado a la Administración educativa, tal como se examinará en el apartado 5.

Retomamos, pues, en 2011 la orientación jurisprudencial que hasta aquí hemos comentado y que se traduce en la contemplación de la educación diferenciada como una opción pedagógica más —entre las varias posibles— y merecedora, por tanto, de un régimen jurídico como el de cualquier otra modalidad legítima. Tras todo lo expuesto resulta difícil entender que poco después de las sentencias que se acaban de comentar, en los meses de julio y octubre de 2012, el Tribunal Supremo haya dictado tres sentencias¹²³ que suponen un brusco cambio en la jurisprudencia sentada en esta materia. Se trata de unos pronunciamientos que no solo deniegan el acceso al régimen de los conciertos de los centros con educación diferenciada sino que, por primera vez, afirman que se trata de un tipo de enseñanza discriminatoria. Sin embargo, lo más paradójico es que las mismas sentencias afirman en distintas ocasiones que la educación diferenciada supone una opción legítima pero, al mismo tiempo, discriminatoria¹²⁴. Es evidente que se presentan serias dificultades para entender cómo pueden ser las dos cosas a la vez, pues es una proposición claramente ilógica.

¹²¹ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de enero de 2011 (recurso de casación n.º 1026/2010), FJ séptimo; de 5 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3832/2010, FJ séptimo; de 12 de abril de 2011, recurso de casación n.º 1124/2010, FJ séptimo; de 14 de abril de 2011, recursos de casación números 3737/2010 y 3967/2010, FFJJ séptimo; 20 de abril de 2011 (recurso de casación n.º 3113/2010), FJ séptimo; 25 de abril de 2011, recurso de casación n.º 3866/2010, FJ séptimo; 11 de julio de 2011, recurso de casación n.º 5219/2010, FJ séptimo.

¹²² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados especializados...», cit., pág. 1.816. En este sentido, CALVO CHARRO, M.: «Apoyo de la jurisprudencia española...», cit., pág. 1.642. MORENO BOTELLA, G.: «Educación diferenciada...», cit., pág. 9.

¹²³ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de julio de 2012, recurso de casación n.º 4591/2011, y de 24 de julio de 2012, recurso de casación n.º 5423/2011. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 de octubre de 2012, recurso de casación n.º 5182/2011. En relación con estas sentencias y el cambio jurisprudencial que producen, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.: «Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», cit.

¹²⁴ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de julio de 2012, recurso de casación n.º 4591/2011, FJ cuarto; de 24 de julio de 2012, recurso de casación n.º 5423/2011, FJ sexto.

El Tribunal Supremo argumenta asimismo que el establecimiento de un sistema mixto o diferenciado no afecta al derecho a la dirección de centros educativos y de dotarles de un carácter propio pues, tal como indica, no forma parte del núcleo esencial de ese derecho fundamental. Por ello, exigir un tipo de educación u otro se convierte en una facultad reservada a la Administración. Se configura, en definitiva, como un condicionante que determina la posibilidad de recibir financiación pública. En otros términos, podría concluirse que la supresión del modelo diferenciado es prácticamente la contraprestación o el precio que ha de pagarse para recibir esta aportación económica.

Sin que sea este el momento de adentrarse en estas cuestiones, baste únicamente decir que la referencia al núcleo esencial de los derechos fundamentales que realiza el artículo 53.1 de la Constitución se dirige al legislador con el objeto de que cuando por ley regule el ejercicio de tales derechos y libertades, habrá de respetar ese núcleo. Esto no significa, empero, que solo sean objeto de protección jurisdiccional las manifestaciones de estos derechos que deriven de tal núcleo, quedando desprotegidas las demás formas de ejercitar estos derechos que no tengan relación directa con ese núcleo. Antes bien, el mismo artículo 53.1 afirma que esos derechos y libertades (no solo sus núcleos), vinculan a todos los poderes públicos¹²⁵. Por tanto, no es fácil de comprender este giro jurisprudencial del Tribunal Supremo que ofrece, como resultado, el cercenamiento de derechos fundamentales como el de dirección de centros docentes, y el de los padres a elegir la educación de sus hijos.

4.3. OTRAS POSIBILIDADES PARA LA FINANCIACIÓN DE LA ENSEÑANZA

El concierto educativo no es el único mecanismo para financiar la enseñanza privada. Se han propuesto otras medidas que pueden ser idóneas para sufragar sus gastos, si bien en España no se han ensayado aún en la mayoría de los casos. Cabe advertir que estas indicaciones no obstan la importancia que pueden seguir teniendo las aportaciones de los padres, según sean los casos. De hecho, junto a las ayudas públicas suelen aparecer otras fuentes de financiación privadas con que completan sus ingresos. Una de las más habituales consiste¹²⁶ en los cobros por actividades extraescolares y servicios complementarios. Junto a ello, en ocasiones cobran a las familias el material didáctico, así como las aportaciones voluntarias a fundaciones.

Retomando la financiación pública, algunas voces autorizadas han defendido la aplicación de medidas fiscales dirigidas a la deducción de los gastos escolares¹²⁷. También se ha pensado¹²⁸ en destinar subvenciones a los alumnos. En este sentido es sugestivo incentivar el desarrollo del sistema de becas y de créditos con menor interés.

¹²⁵ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Escolarización homogénea por razón del sexo...», cit., págs. 93-99.

¹²⁶ VILLARROYA, A.: «La financiación pública de la enseñanza privada no universitaria en España», en *Revista de Educación*, 330 (2003), pág. 193.

¹²⁷ EMBID IRUJO, A.: «La enseñanza privada en España...», cit., pág. 99 y ss.

¹²⁸ SANCHO GARGALLO, M.Á.: «Perspectivas ante la financiación del derecho a la educación en libertad», en SANCHO GARGALLO, M.Á. y DE ESTEBAN VILLAR, M. (dirs.): *Educación y Democracia*, cit., pág. 270.

Una de las alternativas más conocidas ha sido el denominado «cheque escolar»¹²⁹. Ha sido una práctica poco seguida en España –tan solo se ha llevado a cabo por iniciativa de algunos Ayuntamientos como los de Valencia y Albacete–, frente a otros países como Estados Unidos donde está ampliamente difundido. Consiste en la entrega de dinero por parte de los poderes públicos no a los centros educativos privados, sino directamente a las familias. El destinatario de estos fondos constituye, de este modo, una de las principales diferencias entre el concierto y el cheque escolar. Con ese dinero los padres deberán costear los gastos de la escolarización de sus hijos en el centro que deseen.

Este medio de financiación de la enseñanza ha sido objeto de algunas consideraciones que limitan un tanto su aplicabilidad. Según una sólida doctrina¹³⁰, nos encontramos ante un cambio de perspectiva en relación con el actual sistema de conciertos, pues pasamos de tener como sujeto receptor de la ayuda al centro (propio del concierto) a trasladarlo a los padres (como sucede con el cheque). Este vuelco tiene trascendencia desde el momento en que el artículo 27.9 de la Constitución se refiere a la ayuda propia de los «centros docentes», con lo que se muestra que el constituyente pensaba en una ayuda económica con estos destinatarios.

Este aparente problema de constitucionalidad podría solventarse¹³¹ pensando que el cheque sería un mecanismo de relación indirecta entre los poderes públicos y los centros escolares, puesto que el dinero público llegaría finalmente al centro a través de los padres. Sin embargo, son otros los problemas que presenta. En primer lugar, no asegura la gratuidad de la enseñanza, especialmente en aquellos centros con pocos alumnos. En estos casos, o bien los alumnos pagan el déficit del centro (lo que sería contrario a la gratuidad de la enseñanza obligatoria), o bien se escolarizan en uno público o privado con suficiente número de cheques (lo que sería contrario a la libertad de elección de centro). Por otra parte, los poderes públicos deberían regular los requisitos que habrían de reunir los centros para recibir el cheque de las familias, lo que incidiría claramente en su organización y funcionamiento.

Por último, la experiencia de otros países de nuestro entorno como Bélgica, Holanda, Dinamarca, Irlanda, y algunos Länder alemanes ha sido más audaz¹³². En estos lugares se ha decidido financiar todos los gastos correspondientes a la enseñanza privada. El motivo ha sido la comprobación de que se trata de ofertas de carácter social que gozan de demanda dentro de la propia sociedad. Con el fin de erradicar los condicionantes económicos a la hora de elegir centro, las autoridades de estos países han decidido obrar de este modo.

¹²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* AROZAMENA LASO, Á. y ALCANTARILLA HIDALGO, J.: «Los conciertos educativos», cit., pág. 144 y ss. También FERNÁNDEZ, M.: *Financiación de la educación en España. Políticas españolas de elección de centro: el cheque escolar valenciano*, Instituto Juan March. Madrid, 1995.

¹³⁰ EMBID IRUJO, A.: «La enseñanza privada en España...», cit., pág. 96-99. Véase asimismo FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El sistema educativo...», cit., pág. 76.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² En relación con estos datos, *vid.* FERRER ORTIZ, J.: «Los derechos educativos de los padres...», cit., págs. 8, 19 y 22-25. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M.: «La enseñanza», en AA.VV.: *Derecho eclesiástico del Estado español*. 6ª ed. EUNSA. Pamplona, 2007, págs. 282-284.

5. ENSEÑANZA PRIVADA Y SERVICIO PÚBLICO

Desde que la Ley General de Educación de 1970 proclamara en su artículo tercero¹³³ que la enseñanza era un servicio público fundamental, parte de la doctrina ha entendido que, efectivamente, era así¹³⁴. En el momento presente, uno de los principales debates que pueden plantearse en torno a la recepción de fondos públicos por parte de los centros de enseñanza privados es su asimilación con el servicio público de enseñanza. Podría parecer que la conclusión de un concierto, con la consiguiente percepción de fondos y de pérdida de autonomía del centro, supusiera que estos prolongaran la actividad de la Administración educativa y sirvieran a esta para realizar indirectamente sus funciones. Así lo ha afirmado expresamente parte de la doctrina¹³⁵. En otros casos, se percibe esta idea de un modo más velado aceptando el respeto a las diferencias entre enseñanza pública y privada, como en el momento de afirmar «una mayor incardinación de la enseñanza privada [...] dentro de los principios generales y de los objetivos globales del sistema público de enseñanza. Desde muchos puntos de vista la posición de los centros concertados es equiparable a la de los centros públicos aun cuando los mismos principios constitucionales configuradores de la libertad de enseñanza permiten al titular de un centro docente concertado diferencias tan claras como la posibilidad de establecimiento de un carácter propio del centro»¹³⁶. Habida cuenta de los efectos del concierto sobre la organización y funcionamiento del centro, «casi podría decirse [...] que en cierto sentido la red pública educativa se amplía con la existencia de estos centros sostenidos con fondos públicos, los centros concertados»¹³⁷.

Estas posiciones, aun sostenidas en fundamentos sólidos, continúan invitando a la reflexión y a entender que sería erróneo considerar que el concierto transforma a los centros privados en agen-

¹³³ Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa, en BOE n.º 187, de 6 de agosto.

¹³⁴ En esos mismos años hubo autores que defendieron que la enseñanza era un servicio público. Unos aplicaron la teoría del servicio público objetivo importada de Italia, según la cual esta calificación no dependía tanto del titular de la actividad, como del interés de la materia regulada para la colectividad y del grado de intervención de los poderes públicos en la misma, principalmente a través de una regulación intensa. Esta era la tesis de GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Régimen general de los centros privados de enseñanza», en *Revista de Administración Pública*, 70 (1973), págs. 7-27. También VILLAR EZCURRA la calificó como servicio público basándose en elementos tales como la garantía que establecía la legislación de acceder en un régimen de igualdad a la enseñanza, la continuidad en la prestación del servicio, o la potestad tarifaria de la Administración. Vid. VILLAR EZCURRA, J.L.: «El derecho a la educación como servicio público», en *Revista de Administración Pública*, 88 (1979), pág. 155 y ss.

¹³⁵ Desde este punto de vista se afirma que «solo los centros públicos y los centros privados concertados prestan el servicio público educativo, excluyendo así totalmente de la prestación del servicio público a los centros exclusivamente privados» [...] «El cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en la materia, es decir, la prestación del servicio directamente por las Administraciones públicas o indirectamente a través de privados, en distintas fórmulas posibles, de las que se prima desde 1970 la fórmula del concierto», en GÁMEZ MEJÍAS, M.M.: *La Administración educativa: control y autonomía*. Iustel. Madrid, 2010, textos entrecomillados en las págs. 263, y 178, respectivamente. Vid. También AGOUÉS MENDIZÁBAL, C.: *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*. Comares. Granada, 2000, págs. 105-125. DÍAZ LEMA, J.M.: *Los conciertos educativos...*, cit., pág. 87 y ss., particularmente págs. 87 y ss., y 96-102.

¹³⁶ EMBID IRUJO, A.: «Libertad de creación de centros de enseñanza...», cit., pág. 171.

¹³⁷ *Ibidem*.

tes que desarrollan un servicio público. En primer lugar, porque la educación no aparece configurada en el sistema jurídico español como un servicio público. En efecto, la Constitución no realiza una reserva de esta actividad a favor única y exclusivamente de los poderes públicos¹³⁸, de modo que no son ellos los únicos agentes que puedan llevar a cabo su gestión, ya sea de forma directa o a través de concesionarios¹³⁹. Además, la propia LOE¹⁴⁰, como también hace la LODE¹⁴¹, reconoce el derecho a abrir centros docentes y se refiere a la enseñanza privada en múltiples lugares, lo que evidencia que no hay una reserva de esta actividad a favor del sector público.

Tampoco hemos de olvidar que estamos en una materia donde se ven afectados derechos fundamentales, principalmente el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (art. 27 de la Constitución). A este respecto, hemos de constatar que no es fácil conciliar su ejercicio con el concepto de servicio público¹⁴². Los derechos y libertades públicas son inherentes a la dignidad de la persona –art. 10.1 de la Constitución– y, en consecuencia, anteriores al propio Estado. Por ello, este no podrá agotar esos derechos, libertades, y dignidad, ni privarle de ellas a la persona, ni sustituirle en su ejercicio o atribuírselas en exclusiva dejando al individuo una función de mero concesionario en su gestión.

¹³⁸ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., págs. 129-132, mostrando las diferencias con el caso francés que sí es posible localizar una reserva de la actividad educativa a favor del Estado y entenderla como un servicio público. En relación con la enseñanza como servicio público en Francia cfr. EMBID IRUJO, A.: «La enseñanza privada en España...», cit., págs. 81-85.

¹³⁹ Sin embargo, en el ámbito de la enseñanza, encontramos que los centros privados no inician su actividad mediante concesiones, sino por medio del otorgamiento de autorizaciones. La diferencia es significativa, pues el régimen de la concesión es el empleado en el contexto de la actividad prestacional de la Administración, que es donde se ubica el servicio público. En cambio, la autorización es propia de la actividad de policía y supone, además, que el solicitante tiene un derecho subjetivo a realizar esas tareas; la Administración se limita en estos casos a verificar que reúne las condiciones necesarias para ello. El artículo 23 de la LODE especifica el régimen de las autorizaciones destinadas a abrir centros de enseñanza. Su desarrollo reglamentario lo encontramos en el Real Decreto 332/1992, de 3 de abril, sobre autorizaciones de centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias, en BOE n.º 86, de 9 de abril. Lo modifica el Real Decreto 131/2010, de 12 de febrero, en BOE n.º 62, de 12 de marzo. Sobre estas cuestiones, ARIÑO ORTIZ, G.: «Servicio público y libertades públicas. (Una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)», en AA.VV.: *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Editorial Complutense. Madrid, 1992, vol. II, pág. 1.320. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 74. GARRIDO FALLA, F.: «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29 (1981), pág. 234. MIGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 93-96.

¹⁴⁰ Realiza múltiples referencias en la exposición de motivos y en varias partes del articulado, especialmente en los artículos 108.4 y 114-117.

¹⁴¹ Artículos 21 a 26 de la LODE.

¹⁴² MARTÍN REBOLLO, L.: «De nuevo sobre el servicio público. Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, 100-102 (1983), pág. 2.533. DE LOS MOZOS, I.: *Educación en libertad y concierto escolar*, cit., pág. 134 y ss., y bibliografía que cita. ROCA FERNÁNDEZ, M.: «Reflexión crítica acerca de la televisión como servicio público en su referencia al derecho de libertad religiosa», en *Humana Iura*, 2 (1992), págs. 267-278. ARIÑO ORTIZ, G.: «Servicio público y libertades públicas...», cit., pág. 1.321. Concluye este autor afirmando que «resulta absolutamente imposible configurar como servicios públicos aquellas actividades que están calificadas en nuestro orden constitucional como derechos fundamentales y libertades públicas», en *ibidem*, y cfr. las págs. 1.324 a 1.333 de la misma obra.

Antes bien, las ayudas económicas que reciben los centros privados –y, en concreto, a través del concierto– se realizan dentro de un contexto constitucional que afirma el derecho fundamental a la libertad de enseñanza, a la creación de centros docentes, y al derecho de los padres de realizar en libertad y en un régimen de igualdad las opciones educativas que estimen procedentes. La financiación lo que pretende es facilitar que la persona ejercite libremente esos derechos de los que es titular, y no sustituirle en esta función.

Estos contratos entre Administración pública y centros privados no tienen por objeto la participación de estos en las funciones reservadas a aquella y desarrollar bajo su control un servicio público, sino facilitar los derechos de unos centros que siguen siendo de titularidad privada, y de los padres a la hora de elegir el modelo educativo que consideran mejor para sus hijos¹⁴³. A través de esta financiación pública se convierte el derecho a la educación en libertad de manera que, como exige el Estado social, puedan hacerse efectivos los derechos fundamentales en su mayor amplitud y no justamente lo contrario, es decir, asimilar los centros privados a los públicos, con lo que solo se conseguiría imponer a todos el mismo modelo educativo público con la consiguiente restricción de las libertades, que es justo lo contrario de lo que se pretende conseguir¹⁴⁴.

Por tanto, el concierto no es un contrato administrativo que tenga por objeto la gestión indirecta de lo que erróneamente se pudiera considerar el servicio público de enseñanza. Por ello, tal como se ha afirmado ya, no estaría en ningún caso justificado que la normativa sectorial educativa acabara sometiendo a los centros concertados a las obligaciones propias de un concesionario, pues la naturaleza de este contrato es diferente, tal como ya se ha tenido ocasión de examinar¹⁴⁵. Se trata, en cambio, de «una actividad libre que no puede asumir la Administración como propia, en el mismo sentido exclusivo y excluyente del servicio público subjetivo y estricto»¹⁴⁶.

¹⁴³ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., págs. 129-132. Cfr. ROCA FERNÁNDEZ, M.: «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 17, (2008), pág. 1 y ss., en www.iustel.com

¹⁴⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «Legitimidad de los colegios concertados especializados...», cit., pág. 1.816. Añade que «conviene insistir en que los conciertos no son una forma de incorporar las iniciativas sociales de los sujetos privados de carácter escolar a una suerte de sistema de enseñanza pública que, por ser financiada con fondos públicos y principalmente por eso, tendría que tener –en esta concepción– una especial y diferente naturaleza, constituir un servicio público sujeto a peculiares exigencias, etc.».

¹⁴⁵ *Id.* § 4.1.1.

¹⁴⁶ DE LOS MOZOS TOUYA, I.M.: «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», cit., pág. 131. Añade la autora que estas consideraciones deben realizarse teniendo en cuenta «con independencia de que pueda y deba haber, en su caso, la iniciativa pública en el sector de la enseñanza, en garantía del derecho a la educación; dicha actividad pública sí podrá ser denominada como servicio público educativo en un cierto sentido, subjetivo y amplio, en la medida en que se trate de una actividad pública de prestación en concurrencia con la privada», en pág. 131. Según DÍAZ LEMA, el resultado final que ofrece la financiación pública de la enseñanza privada es el de «una enseñanza concertada que colabora estrechamente con el Estado en la gestión de un servicio público», en DÍAZ LEMA, J.M.: «Conciertos escolares: análisis constitucional y Derecho comparado», cit., pág. 108.

Por otra parte, aunque el concierto suponga un beneficio económico a favor de un centro, este sigue siendo de titularidad privada, nunca pública. Tampoco la pérdida de autonomía que deriva del concierto provoca un cambio en su titularidad. De aquí que sea cierto que los centros de enseñanza privados desarrollan una actividad de interés general o público –como es la enseñanza–, pero no son Administración pública, ni prestan un servicio público.

Por tanto, de la percepción de dinero público no puede derivarse¹⁴⁷ el cercenamiento de una verdadera libertad de elección por parte de los padres o para obstaculizar que el centro pueda seleccionar a los alumnos que compartan su ideario. No hemos de olvidar que la financiación «no busca la igualdad de oferta, sino la igualdad de oportunidades en un sistema plural, y que el derecho a la educación tiene que ver con otras libertades: de expresión, ideológica, religiosa, derecho de los padres a elegir la formación moral de sus hijos, etc. Si el dinero público se emplea para justificar la uniformización más allá de lo razonable, se está rompiendo el equilibrio y no se está respetando el *telos* del artículo 27 CE»¹⁴⁸. A ello se une que es también necesario garantizar el derecho del titular del centro educativo a ofrecerle la orientación o carácter propio que considere adecuado.

Sin embargo, en la práctica se está notando en la legislación nacional y en la autonómica una asimilación de hecho de los centros concertados con los públicos. Resulta fácil comprobar que la LODE¹⁴⁹ calificaba a la educación como un servicio público. Así lo sigue proclamando la LOE¹⁵⁰. Esta tendencia deja notar sus efectos en distintos ámbitos¹⁵¹. Por una parte, en la creciente importancia del Consejo escolar que prácticamente sustituye a los titulares de los centros en la función de dirección y organización de la escuela. El espíritu de participación de los miembros de la comunidad educativa en la actividad del centro que inspira la LODE en modo alguno puede llegar a ensombrecer la función del titular del centro. Esto supone un límite a la libertad fundamental de creación de centros docentes –con su correspondiente dirección– que no encuentra fácil justificación en el artículo 27.7 de la Constitución¹⁵². A su vez, la admisión de alumnos en los centros concertados queda asimilada a la de los públicos.

No parecen existir, tras todo lo expuesto, argumentos que justifiquen que el traslado de fondos públicos a través de un concierto educativo convierta a la institución receptora en una prolongación

¹⁴⁷ GÓMEZ MONTORO, Á.J.: «El derecho a la educación en la democracia española», cit., págs. 33 y ss.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 34.

¹⁴⁹ Artículo 47, derogado por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

¹⁵⁰ Indica expresamente en su preámbulo que «la Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, y la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación, declaraban la educación como servicio público. La Ley Orgánica de Educación sigue y se inscribe en esta tradición [...]. El servicio público de la educación puede ser prestado por los poderes públicos y por la iniciativa social, como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza». Por su parte, el artículo 108.4 se explica en estos términos: «la prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados».

¹⁵¹ DÍAZ LEMA, J.M.: *Conciertos escolares: análisis constitucional y Derecho comparado*, cit., pág. 109 y ss.

¹⁵² *Ibidem*. pág. 115 y ss.

de la Administración educativa. Ni hay reserva a favor de esta, ni tampoco la titularidad de la escuela deja de ser privada. Si obráramos de modo contrario, encontraríamos, por otra parte, que prácticamente todo el sistema educativo español estaría conformado por instituciones públicas o incorporadas al sistema público, por lo que la pluralidad de tipos de escuela y de modelos educativos sería infinitamente menor, como también lo serían las posibilidades de elegir modelos de enseñanza distintos.

6. CONCLUSIONES

- I. La Constitución garantiza el derecho fundamental a crear centros docentes. Con ello no solo se preserva la posibilidad de llevar a cabo iniciativas sociales que pretenden ofertar un determinado modelo educativo, sino que también se facilita la posibilidad de que los padres elijan para sus hijos una formación conforme a sus preferencias. Así lo asegura el artículo 27.3 de la Constitución. Para que estos derechos sean efectivos, es necesario que la creación de centros tenga también garantizada la posibilidad de dirigirlos y ofrecerles el carácter que desee el titular.

También será preciso que las posibilidades de elegir centro sean reales y efectivas, pues se trata del ejercicio de un derecho fundamental. Por este motivo, ante las posibles dificultades económicas que puedan plantearse, los poderes públicos establecerán los mecanismos de colaboración financiera idóneos para remover esos obstáculos.

- II. El régimen de los conciertos hasta ahora ha sido el medio más utilizado. Los positivos resultados quedan avalados por la tradición y resultados que han adquirido. No obstante, suponen ciertas contrapartidas para el centro, como es la pérdida de autonomía y que arriesgue el mantenimiento de ciertas características propias, como ha sucedido con la educación diferenciada.

Lo que resulta más discutible ha sido que, como consecuencia, se haya pretendido entender que los centros concertados se incorporan a la red de enseñanza pública y, desde ese momento, queden destinados a prestar un servicio público. Si fuera así, se vería menoscabado el derecho de libre dirección del centro por parte de su titular, y se reduciría la variedad de la oferta educativa. Por tanto, esa tesis trascendería el plano económico, llegando a afectar a varios derechos fundamentales conexos.

- III. La garantía de la oferta de modelos educativos distintos y la consiguiente ampliación de la capacidad de elección permite pensar en otros mecanismos alternativos al régimen del concierto. Se asegura, al mismo tiempo, que la continuidad de las enseñanzas privadas continúe ahorrando los correspondientes gastos a la Administración pública, lo que resulta de particular interés en los tiempos de crisis económica.