

Roj: STS 6579/2012  
Id Cendoj: 28079130042012100665  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 5182/2011  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil doce.

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil doce. Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, compuesta por los Excmos. Sres. Magistrados designados al margen, el recurso de casación número 5.182/2.011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA, representado por Letrado de sus servicios jurídicos, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía con sede en Sevilla, Sección Tercera, en el recurso contencioso-administrativo número 953/2.009 .

Habiéndose personado en este recurso como parte recurrida la FEDERACIÓN DE LAS ESCUELAS AGRARIAS DE ANDALUCÍA, representada por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Moreno Rodríguez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo número 953/2.009 seguido ante la Sección Tercera de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía, con sede en Sevilla, se dictó sentencia 14 de julio de 2.011 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que debemos estimar y estimamos el presente recurso contencioso- administrativo interpuesto por la Federación de las Escuelas Agrarias de Andalucía, titular del centro concertado Molino Azul, de Lora del Río (Sevilla), contra la Orden de 7 de agosto de 2009 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía expresada en el antecedente de hecho primero, declarando la nulidad de la condición impuesta para la renovación del **concierto** a partir del curso 2010/2011 y, consiguientemente, la vigencia del **concierto** educativo por periodo de cuatro años desde el curso académico 2009/2010; y todo ello, sin hacer pronunciamiento relativo a las costas* ".

Esa Orden de la Consejería de Educación a que se refiere la parte dispositiva de la sentencia, acto administrativo impugnado en la instancia, acordaba "aprobar el **concierto** educativo con el centro docente concertado <<Molino Azul>> para las enseñanzas que se relacionan en el anexo de dicha Orden, para el curso académico 2.009/2.010, sin perjuicio de que si el centro escolariza alumnado de ambos sexos a partir del curso 2.010/2.011, dando así cumplimiento efectivo a lo establecido en el artículo 4.5 de la Ley 12/2.007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, y en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2.006, de 3 de mayo, de Educación , el **concierto** educativo se renovará para los cursos restantes del periodo de concertación a que se refiere la Orden de la Consejería de Educación de 22 de diciembre de 2.008, por la que se establecen las normas que regirán la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de **conciertos** educativos o la renovación de los mismos a partir del curso académico 2.009/2.010".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** El 15 de diciembre de 2.011 la representación procesal de la Junta de Andalucía presentó escrito en la Secretaría de esta Sala interponiendo su recurso de casación en base a los siguientes motivos:

*Primero* : Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos

y garantías procesales, en concreto por infracción del artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional , incurriendo en incongruencia omisiva.

*Tercero* (sic, en realidad segundo): al amparo de lo establecido en el artículo 88. 1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre **Conciertos** Educativos, así como por infracción del artículo 62 de la Ley Orgánica 8/1.985, de 3 de julio , reguladora del Derecho a la Educación, en la redacción dada por Ley Orgánica 2/2.006, de 3 de mayo. También por infracción del artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2.006 y artículo 3.b) del Real Decreto 1.635/2.009, de 30 de octubre , en relación con los artículos 9 y 14 de la Constitución Española y 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículos 14 y 24.1 de la Ley Orgánica 3/2.007, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículo 1.4 del Tratado de Lisboa y Directiva 2.006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2.006 . Por último, por infracción de la jurisprudencia constituida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2.008 -recurso de casación núm. 675/2.005 - y de 11 de julio de 2.008 -recurso de casación núm. 689/2.005 -, así como la infracción por errónea aplicación del artículo 27 de la Constitución .

Dicho escrito termina suplicando a la Sala que dicte sentencia casando la sentencia recurrida y en consecuencia desestime la demanda en su integridad declarando ajustada a Derecho la actuación impugnada.

**CUARTO.-** Por providencia de la Sección Primera de esta Sala de 17 de febrero de 2.012 se admitió a trámite el recurso interpuesto y se remitió para su sustanciación a esta Sección Cuarta conforme a las reglas de reparto de asuntos, donde se tuvieron por recibidas el 12 de marzo siguiente, confiriéndose traslado a la parte recurrida para formular oposición.

**QUINTO.-** Despachando el traslado conferido, la representación procesal de la parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso de casación en el que solicitó la desestimación del recurso de casación interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEXTO.-** Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día dos de octubre de dos mil doce, en cuya fecha se deliberó, votó y falló.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa titular de un centro privado y anula la "condición impuesta" a dicho centro en la resolución administrativa por la que se acordaba aprobar el **concierto** educativo de dicho centro. Esa "condición" (así la denomina la propia sentencia recurrida) consistía en escolarizar alumnado de ambos sexos a partir del segundo curso de dicho **concierto**, inicialmente previsto para cuatro cursos, "dando así cumplimiento efectivo a lo establecido en el art. 4.5 de la Ley 12/2.007, de 26 de noviembre , para la promoción de la igualdad de sexos en Andalucía, y en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2.006, de 3 de mayo, de Educación " .

La sentencia considera contraria a Derecho esa condición por dos razones. Por un lado dice que encubre un acuerdo de rescisión tramitado sin las garantías que para ese procedimiento prevé el Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre **Conciertos** Educativos, con la consiguiente indefensión del recurrente. Y, por otro, considera que esa cláusula vulnera la normativa básica que exige que la renovación lo sea por cuatro años ( art. 43.2 RD 2.377/1.985 ). Por esta razón, además de anular la condición impuesta, declara la vigencia del **concierto** por los cuatro años previstos en la norma, que la Administración no podía acortar.

Y la Junta de Andalucía recurre en casación esa sentencia denunciando incongruencia omisiva por no haber resuelto la cuestión principal planteada -si la condición impuesta es o no conforme con el art. 84.3 (sic debe referirse al artículo 86.3 de esa norma) de la Ley Orgánica de Educación - y la infracción de ese mismo artículo (entre otros), que proscribía en la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

**SEGUNDO.-** Así planteado, el presente recurso de casación es idéntico al número 5.423/2.011, interpuesto por la misma Administración contra una sentencia idéntica a la que es aquí objeto de impugnación, y resuelto en sentencia de 24 de julio de 2.012 . Por lo que deben recibir aquí la misma respuesta en atención a los principios de igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica y unidad de doctrina.

En el primero de ellos se denuncia la "incongruencia omisiva" de la sentencia porque, según la recurrente, la Sala declara la nulidad de la condición impuesta en el acuerdo de renovación del **concierto** educativo apartándose de los argumentos del recurrente en la instancia. Transforma así la inicial denuncia de "incongruencia omisiva" en una "incongruencia por error", ya que entiende que la Sala no resuelve la pretensión deducida en la demanda o el verdadero motivo del recurso, sino que erróneamente razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado. Para el letrado de la Junta de Andalucía esa "cuestión esencial planteada" era si esa condición impuesta por la Administración estaba o no cubierta por el art. 84.3 LOE . Y sin embargo la Sala declaró su nulidad por infringir las normas del RD 2.377/1.985.

Con independencia de esa mutación de la clase de incongruencia denunciada, a propósito de esta denuncia recordábamos en la precitada sentencia de 24 de julio de 2012 que no se vulnera el principio de congruencia por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes ( sentencia de 17 de julio de 2.003, recurso casación 7.943/2.000 ), y que el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altere la pretensión ni el objeto de discusión. También recordamos que es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas ( sentencia de 3 de noviembre de 2.003, recurso de casación 5.581/2.000 ) y que, por ello, cabe una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

Por todo ello resolvimos en aquel caso que no había incongruencia omisiva -ni tampoco incongruencia por exceso, que allí también se denunciaba- porque la sentencia había resuelto sobre la conformidad a Derecho de la condición impuesta. Lo explicábamos en los siguientes términos (fundamento jurídico quinto):

"Y en cuanto a la argumentación de la demandante en instancia queda claro que expuso que contrariaba el ordenamiento el no mantenimiento de la renovación por el período establecido de cuatro años al entender introduce la Orden un requisito carente de cobertura legal.

Por ello no cabe considerar que incurra en el vicio denunciado de incongruencia por exceso el fallo estimatorio del recurso y la declaración de nulidad de la condición impuesta en la renovación del **concierto** y subsiguiente declaración de vigencia del **concierto** educativo por período de cuatro años desde el curso 2009/2010.

Otro tanto acontece respecto al pretendido vicio de incongruencia omisiva al sostener que la Sala no se ha pronunciado sobre si la administración puede o no condicionar el **concierto** a que el centro admita tanto a alumnos como a alumnas".

Es un razonamiento plenamente aplicable al caso aquí examinado y hace que este primer motivo del recurso deba ser desestimado.

**TERCERO.-** Y en cuanto al verdadero motivo de fondo, que plantea a través de la letra d) la conformidad o no a Derecho de aquella cláusula, en la precitada sentencia de 24 de julio de 2.012 nos remitíamos a su vez a la de 23 de julio de 2.012 (recurso de casación 4.591/2.011) para sostener su plena legalidad.

Así, decíamos en esa primera sentencia de 23 de julio de 2012 lo siguiente (fundamento jurídico tercero):

"Esa decisión de la Administración confirmada por la sentencia de instancia, no cuestiona la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley, pero sí se ajusta al mandato legal que descarta que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución que dispone que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2.006, de 3 de mayo, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos.

Y si ello puede predicarse de la no concertación de las seis nuevas unidades de Educación Infantil pretendidas, lo mismo puede decirse de la renovación del **concierto** para las unidades de Educación Primaria y Secundaria Obligatoria, que en número de seis y cuatro, respectivamente, se pretendían mantener y que fueron denegadas por idéntica razón, y para cuya denegación sirven las razones ya expuestas, para rechazar la concesión de las nuevas.

Sin que esta conclusión pueda enervarse con la mención que efectúa el motivo de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre , puesto que si bien el primero de ellos declara que:

"Los **conciertos** se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles. En este último supuesto se aplicarán los criterios de preferencia del art. 48.3 de la citada ley orgánica", no es menos cierto que esos criterios que permitían la renovación del **concierto** se aplicaban una vez que el artículo 20.2 de la misma Ley Orgánica 8/1985 , había excluido con carácter previo la existencia de discriminación en la admisión por los centros de los alumnos por "razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento", prohibiciones que mantuvo inalterables la Ley Orgánica 10/2.002, de Calidad de la Educación, de 23 de diciembre, y a los que añadió la Ley Orgánica 2/2.006, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del **Concierto** su renovación no era posible al introducirse esa causa prohibitiva de discriminación por sexo en relación con la admisión de alumnos en los centros privados sostenidos con fondos públicos".

Y más adelante, en el fundamento jurídico cuarto añadíamos:

"Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2.006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Y esa imposibilidad de obtener **conciertos** esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al **concierto** si no reúnen los requisitos que la Ley establece.

Ya esta Sala en sentencia de 11 de junio de 2.008, recurso de casación núm. 689/2.005 , citando sentencias anteriores, manifestó que "Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE .

Consiguientemente, carece de fundamento esa vulneración a la configuración legal del derecho fundamental reconocido en dicho artículo 27 CE que la sentencia recurrida viene a atribuir a las normas reglamentarias impugnadas por esa mención del "sexo" contenida en ellas que anula.

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 ".

También en sentencia de 26 de junio de 2.006, recurso 3.356/2.000 , tras mencionar y transcribir la misma, tanto el artículo 10.c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer al que se refería la Central Sindical recurrente, así como el artículo 2 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 14 de diciembre de 1.960 de la UNESCO que citaba la Sociedad recurrida, mantuvimos que sobre la educación separada por sexos "las normas internacionales dejan abierta la cuestión" si bien también expresamos que: "Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos -y en los concertados- no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos ( artículos 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto y, posteriormente, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación ). Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Y que su disposición adicional vigésimo quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas. No obstante, esta novedad, cuyo alcance no es el caso determinar ahora, no puede proyectarse sobre la Sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes.

Y, por último, en sentencia 24 de febrero de 2.010, recurso de casación núm. 2.223/2.008 mantuvimos "que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la UNESCO aprobada el 14 de diciembre de 1.960) puesto que el Estado la admitía, y desde

luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 (...). Para seguidamente añadir que: "hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 que regula el proceso de admisión de alumnos, el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación".

**CUARTO.-** Lo acabado de exponer es aplicable al supuesto de autos. Y significa que la Sala de instancia ha contravenido la interpretación de los preceptos invocados y en particular del art. 84.3 de la Ley Orgánica de Educación .

Ello obliga a estimar el recurso de casación y a resolver el debate en los términos planteados en la instancia. Y en este plano, por los mismos motivos expuestos, hemos de desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de las Escuelas Agrarias de Andalucía por considerar ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del **concierto** a partir del curso 2.010/2.011.

**QUINTO.-** Al estimarse el recurso de casación de conformidad con lo prevenido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción no procede hacer expresa condena en costas a la recurrente.

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**

**Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN**

**FALLAMOS**

**HA LUGAR** al recurso de casación **número 5.182/2.011** , interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Andalucía con sede en Sevilla, Sección Tercera, de 14 de julio de 2011, estimatoria del recurso contencioso administrativo número 953/2.009 ; sentencia que anulamos y dejamos sin valor ni efecto alguno.

En su lugar, **SE DESESTIMA** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación de las Escuelas Agrarias de Andalucía contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 7 de agosto de 2009, por la que se acuerda "aprobar el **concierto** educativo con el centro docente concertado <<Molino Azul>> para las enseñanzas que se relacionan en el anexo de dicha Orden, para el curso académico 2.009/2.010, sin perjuicio de que si el centro escolariza alumnado de ambos sexos a partir del curso 2.010/2.011, dando así cumplimiento efectivo a lo establecido en el artículo 4.5 de la Ley 12/2.007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, y en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2.006, de 3 de mayo, de Educación , el **concierto** educativo se renovará para los cursos restantes del periodo de concertación a que se refiere la Orden de la Consejería de Educación de 22 de diciembre de 2008, por la que se establecen las normas que regirán la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de **conciertos** educativos o la renovación de los mismos a partir del curso académico 2.009/2.010"; resolución administrativa que declaramos conforme a Derecho.

Y todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Santiago Martínez-Vares García, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.