

**Id. Cendoj:** 41091330032015100001

**Organo:** Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

**Sede:** Sevilla

**Sección:** 3

**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Fecha de resolución:** 02/07/2015

**Nº Recurso:** 151/2014

**Ponente:** VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ

**Procedimiento:** CONTENCIOSO

**Idioma:** Español

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA

SECCIÓN TERCERA

RECURSO Núm. 151/2014

Registro General Núm. 746/2014

**SENTENCIA**

ILTMOS. Sres.:

D. Victoriano Valpuesta Bermúdez

D. Eloy Méndez Martínez

D. Guillermo del Pino Romero

En la ciudad de Sevilla, a dos de julio del dos mil quince.

La Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el recurso seguido en esta Sección Tercera con el número de registro 151/2014, interpuesto por la entidad RIBAMAR, S.A., titular del centro docente concertado RIBAMAR, que ha actuado representada por la Procuradora doña María Dolores Martín Losada, y asistida de Letrado, contra la Administración de la Junta de Andalucía (Consejería de Educación), representada y defendida por la Letrada doña María Jesús Ruiz Martín. La cuantía del recurso es indeterminada. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don Victoriano Valpuesta Bermúdez, que expresa el parecer de la Sala.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

PRIMERO.- Por la recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda:

"1. Denegar el acceso al régimen de conciertos educativos al centro docente privado Ribamar, código 41007072, de Sevilla, que dejó de ser un centro concertado en el curso 2013/2014, para las enseñanzas y unidades que se relacionan en el anexo 1 de la presente Orden, a partir del curso académico 2014/15, por no cumplir con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Española y en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo, puesto que al no tratarse de un establecimiento que ofrezca facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado, de sexo masculino, no cumple lo establecido en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha

contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 14 de diciembre de 1960, y, además, por no dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el artículo 4, apartados 5 y 13 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, al no comprometerse a escolarizar alumnos de ambos sexos.

2. Asimismo, se deniega el acceso al régimen de conciertos educativos solicitado, para las unidades que se indican en el citado Anexo I, por no cumplir con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, teniendo en cuenta igualmente, las disponibilidades presupuestarias.

3. Sin perjuicio de lo establecido en los puntos 1 y 2 y con el fin de garantizar la continuidad del Alumnado ya escolarizado en este centro en la educación secundaria obligatoria, así como del alumnado de la educación primaria, ambas sostenidas con fondos públicos, del centro docente privado Ángela Guerrero, código 41004952, de Sevilla, adscrito a este centro, se aprueba la concertación de las unidades que se recogen en el Anexo II, por un año, para el curso 2014/15".

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la recurrente alego los hechos y fundamentos de derecho en apoyo de su pretensión, para terminar solicitando la nulidad de dicha Orden y de declare su derecho a la concertación de las enseñanzas y etapas solicitadas por un periodo de tres años (hasta 2016/2017).

TERCERO.- Por la Administración, demandada se contestó en el sentido de oponerse a tales pretensiones, en razón a los hechos y fundamentos de derecho que en tal escrito de contestación se contienen, el cual se tiene por reproducido en este lugar en aras de la brevedad. Sin ser acordado el recibimiento, a prueba del recurso, se formularon los escritos de conclusiones, quedando a continuación las actuaciones concluidas para sentencia.

CUARTO.- En la presente causa se han observado las prescripciones legales, salvo las relativas a determinados plazos procesales debido a la acumulación de asuntos ante la Sala; habiéndose señalado el día, de ayer para deliberación, votación y fallo.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso, como se ha dicho, la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda:

"1. Denegar el acceso al régimen de conciertos educativos al centro docente privado Ribamar, código 41007072, de Sevilla, que dejó de ser un centro concertado en el curso 2013/2014, para las enseñanzas y unidades que se relacionan en el anexo 1 de la presente Orden, a partir del curso académico 2014/15, por no cumplir con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Española y en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo, puesto que al no tratarse de un establecimiento que ofrezca facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado de sexo masculino, no cumple lo establecido en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 14 de diciembre de 1960, y, además, por no dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el artículo 4. apartados 5 y 13 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, al no comprometerse a escolarizar alumnos de ambos sexos.

2. Asimismo, se deniega el acceso al régimen de conciertos educativos solicitado, para las unidades que se indican en el citado Anexo I, por no cumplir con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, teniendo en cuenta igualmente, las disponibilidades presupuestarias.

3. Sin perjuicio de lo establecido en los puntos 1 y 2 y con el fin de garantizar la continuidad del alumnado ya escolarizado en este centro en la educación secundaria obligatoria, así como del alumnado de la educación primaria, ambas sostenidas con fondos públicos, del centro docente privado Ángela Guerrero, código 41004952, de Sevilla, adscrito a este centro, se aprueba la concertación de las unidades que se recogen en el Anexo II, por un año, para el curso 2014/15".

Dicho acto se impugna por los siguientes motivos: Por vulnerar el art. 84,3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la nueva redacción dada por la L.O. 8/2013, de 9 diciembre de 2013, para la mejora de la calidad educativa, y vigente desde 30 de diciembre de 2013, Según dicho precepto: "En ningún caso habrá discriminación, por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni, una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad".

Dispone el artículo 1 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura, "se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o

preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por defecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza.

b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo.

c) A reserva de lo previsto en el art. 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2. A los efectos de la presente Convención, la palabra "enseñanza" se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da.

Según su artículo 2: "En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del art. 1 de la presente Convención:

a) La creación, o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos 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.

b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en estos sistemas o la asistencia a esos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado.

c) La creación, o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de estos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobarlas autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado".

Añade la recurrente que, por tanto, "la facilidad equivalente de acceso tiene que ser ofrecida por los sistemas educativos o por los establecimientos", alternativamente.

También, cita la recurrente el art. 116.1 de la Ley Orgánica 2/2.006, en la nueva redacción dada por la L.O. 8/2013: "Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan, necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109, podrán acogerse al régimen de concertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir concertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. Los centros que accedan al régimen de concertación educativa deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el correspondiente concierto".

Del mismo modo cita la recurrente la Disposición Transitoria Segunda de la citada L.O. 8/2013, según la cual "los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares

concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor"; y tal solicitud, cuya copia se acompaña al escrito de demanda, la formularon el 22 de enero de 2014.

Igualmente invoca la recurrente los arts. 9, 10.2, 14, 16, 27, 53.1 y 96 de la Constitución; y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Alega también la recurrente que la exigencia de las aulas mixtas con el objeto de evitar la discriminación por razón de sexo no se recoge ni en la Ley Orgánica, 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres ni en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; no obstante tener ambas preceptos dedicados a la educación y a las medidas a contemplar por los centros educativos.

Por último, se alega por la recurrente que nada se argumenta en la Orden impugnada sobre la falta de necesidades de escolarización, sin que conste en el expediente ni un solo dato que acredite dicha falta, que no se pone de manifiesto en ninguno de los informes que incorpora. Tilda tal aseveración, que carece de toda justificación, de injusta y arbitraria, máxime si se tiene en cuenta la lista de espera que tenía el centro, lo que demuestra la demanda social habida, que es criterio contenido en el art. 109 de la Ley Orgánica de Educación.

La Administración de la Junta de Andalucía, en su escrito de contestación a la demanda articula como cuestión previa que las presentes actuaciones han de suspenderse hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el citada art. 84.3 de la Ley Orgánica de Educación y la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la



calidad educativa, cuya diligencia de admisión por el Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2014 aportó en la pieza de medidas cautelares.

Tal petición ya fue rechazada por esta Sala precisamente en las propias piezas de medidas cautelares que se abrieron en suspensión de Órdenes semejantes a la hora recurrida. Se invoca ahora por la Administración dos autos del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2006 (rec. 2 y 3/2005) en los que, con cita del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, se indica ser de lógica; consecuencia que "si en un proceso determinado se discute la legalidad de un reglamento que es desarrollo de una norma con rango de ley, parece aconsejable suspender su decisión hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre el ajuste o desajuste a la Constitución de esta última norma, para evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, con el gran detrimento que esto comportaría para la mudanza del ordenamiento jurídico". Allí se cuestionaba "la legalidad de la Disposición Final Segunda del Real Decreto 2402/2004, de 30 de diciembre. En ella se establecen, los márgenes comerciales de los farmacéuticos, siguiendo la técnica introducida por el Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, crítica que se basa entre otras razones en que el mencionado precepto constituye un impuesto encubierto, cuya determinación no puede realizarse mediante Real Decreto- ley, llegando incluso a pedirse el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de dicho RDL. Y es en relación con este mismo tema que se pronuncia el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3169/2005 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas, según se expresa en sus fundamentos 3º, 4º y 5º". Concluye el Tribunal Supremo que "aunque en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se establece esta suspensión para los supuestos de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, sino para los supuestos de conflictos de competencias, no hay inconveniente en entenderlo también aplicable a este caso, por mor de lo establecido en el art. 42.3 de la LEC, de aplicación supletoria a esta jurisdicción. Aunque este precepto se refiere a cuestiones prejudiciales en otros órdenes diferentes no hay duda

de que es perfectamente aplicable a las cuestiones de inconstitucionalidad pues en definitiva, la finalidad que el precepto persigue, que no es otra que él evitar la contradicción de resoluciones, es la misma que la que ha motivado en este caso la suspensión que en la suplica se cuestiona".

Sin embargo, como esta Sala sólo puede entrar a conocer de la legalidad de la actuación administrativa y de la potestad reglamentaria (artículo 106 de la Constitución), nunca de la legislativa, cuya adecuación a la suprema norma queda en manos exclusivamente del Tribunal Constitucional (artículo 161 de la Constitución y concordantes), tan sólo para el supuesto de que la Sala considerase que los citados art. 84.3 de la Ley Orgánica de Educación y Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 8/2013 pudieran vulnerar algún precepto de la Constitución y esta contradicción no pudiera salvarse por vía interpretativa, cabría plantear, a lo sumo, la cuestión de constitucionalidad ante el máximo intérprete de la Norma Fundamental, que conllevaría, en efecto, la suspensión de las actuaciones hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (ver artículo 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79, de 3 de octubre). La invocación que se hace a la existencia de un recurso de inconstitucionalidad pendiente, admitido a trámite efectivamente, no suspende la vigencia ni la aplicación de dichas normas legales (ver artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

SEGUNDO.- A continuación, el Letrado de la Junta de Andalucía, en su escrito de contestación a la demanda, alega una causa de inadmisibilidad del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 69.c) en relación con el art. 28, ambos de la misma Ley Jurisdiccional, al entender que como la recurrente no impugnó el art. 19 de la Orden de 26 de diciembre de 2013 que establece las normas que rigen la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de conciertos educativos o la renovación de los mismos, a partir del curso académico 2014/15, según el cual "la persona física o jurídica titular del centro se obliga al cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente sobre escolarización del alumnado, especialmente en lo relativo a la no discriminación por las razones que en dicha normativa se contemplan en desarrollo del artículo 84.3 de la LOE", que no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo dirigido

a una pluralidad indeterminada, de centros escolares, estamos ante un auto firme y consentido.

Esta alegación es inestimable pues, al margen de otras consideraciones, la recurrente precisamente apela en su demanda, como hemos señalado, a lo dispuesto en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la nueva redacción dada por la L.O. 8/2013, de 9 diciembre de 2013, para la mejora de la calidad educativa, así como en la Disposición Transitoria Segunda de esta última, Por tanto, difícilmente puede aceptarse que la recurrente mostrara con su aquietamiento a la Orden de 26 de diciembre de 2013 lo contrario de lo que pretende con este recurso, de modo que se ha de entrar en el fondo del asunto.

TERCERO.- Pues bien, en cuanto a este fondo del asunto, se ha repasar cuál ha sido la doctrina del Tribunal Supremo al conocer del recurso de casación interpuesto contra sentencias de esta Sala.

Así, impugnándose las Órdenes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se acordaba aprobar con determinados centros de educación diferenciada el concierto educativo para el curso académico 2009/2010, con la indicación de "que si el centro escolariza alumnado de ambos sexos a partir del curso 2010/2011, dando así cumplimiento efectivo a lo establecido en el art. 4.5 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, y en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el concierto educativo se renovará para los cursos restantes del período de concertación al 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 2009/2010", impugnándose, como decimos, tales Órdenes, esta Sala resolvió que con la fórmula empleada se introducía una especie de causa, de rescisión del concierto en un procedimiento de renovación, que operaba como condición para que produzca efectos por cuatro años, la cual no sólo carecía de las garantías que para aquel procedimiento están previstas en el Real Decreto 2377/1985, sino que también

se consideró que vulneraba la normativa básica que exige que la renovación lo sea por cuatro años, por lo que declaró la nulidad de la expresada condición.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, anulando las sentencias de esta Sala que contenían este parecer, confirmó la actuación administrativa porque era ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011.

Así, en la de 22 de enero de 2013 (rec. 5414/2011) se dice por el Alto Tribunal: "(...) resulta oportuno reproducir lo vertido por esta Sala y Sección en su Sentencia de 26 de junio de 2012, recurso de casación 4591/2011 en que la denegación administrativa, en el citado supuesto del Gobierno de Cantabria, se amparaba también en el art. 84.3 de la LO 2/2006 de 3 de mayo, de Educación respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, engarzado con el art. 20.2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la Educación y los arts. 43 y 44 del RD 2377/1985.

Se dijo en el FJ TERCERO que la decisión de la administración, anulada 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 desearía 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. También el motivo se remite a la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica, 2/2.006 que se rubrica como "fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres" y dispone que: "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"..../.....

Sin embargo lo que la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 pretende, y así resulta de su rubrica "fomento de la igualdad efectiva entre

hombres y mujeres", es "favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres" y conseguir que "los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas" sean "objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley". En el bien entendido que para ello deben mantener ese modelo en todas las etapas educativas y que se refiere a las previsiones recogidas en la Ley y que, por tanto, no se refiere solo a la preferencia en la posibilidad de obtener conciertos con la Administración Educativa. Y desde luego de ese trato preferente y prioritario a esos centros no se deduce que España desconozca lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos en materia de educación, y en concreto aquél al que se refieren las recurrentes.

Sin embargo, y por las razones ya señaladas, y sin que ello sea consecuencia de la Disposición Adicional citada, si bien se reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos, se excluye a esos centros de la posibilidad de concertar con la Administración competente su sostenimiento con fondos públicos. Así resulta del artículo 116.1 de la Ley Orgánica 2/2006 que dispone que "Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos". Artículo que en su número 2 añade que: "Entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa". En modo alguno se menciona entre esos criterios que permiten la concertación el que los centros se acojan al sistema de coeducación. Pero, es obvio, que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2006 que expresamente se refiere a "la admisión de alumnos" ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de

alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto.

...../... 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 843 de la Ley. Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribire. Y esa imposibilidad de obtener ciertos 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. 689/2005, 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 1960 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".

...../..... Lo acabado de exponer es aplicable al supuesto de autos tal como se dijo en STS 24 de julio 2012, rec. casación 5423/2011, luego reiterada en STS 9 de octubre 2012. La particularidad de todas éstas últimas SSTS radica en la invocación añadida del Decreto autonómico 53/2007, de 20 de febrero, que se atiene a la normativa estatal más arriba expuesta. Significa, pues, que la Sala de instancia ha contravenido la interpretación de los preceptos invocados dado que, para la renovación del concierto educativo, han de tenerse en cuenta, no solo las normas educativas esgrimidas sino también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y la correlativa andaluza, Ley 12/2007, de 26 de noviembre que, por su carácter de normas legales posteriores pueden incidir en la regulación previa del RD 2377/1985. La estimación del motivo anterior, conlleva de acuerdo con el art. 95.2. d) LJCA resolver en los términos planteados en la instancia. Ya hemos expuesto en el fundamento anterior que no contraría a la legislación vigente la enseñanza separada por sexos mas cuestión distinta es que tal actividad pueda ser objeto de concertación con fondos públicos. Significa, pues, que debe confirmarse la actuación administrativa al entenderse ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011..."

CUARTO.- El estado de la cuestión cambió, primeramente, con la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, cuyo artículo 17, relativo al "módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados", estableció en su apartado ocho que: "Lo establecido en este artículo será plenamente aplicable a la financiación de todos los centros concertados incluidos los de educación diferenciada que escolarizan alumnos de un solo sexo, y ello, con independencia del modelo de agrupamiento de alumnos que realicen los centros docentes en el ejercicio de sus competencias". En efecto, si, conforme al criterio jurisprudencial antes expuesto, tras la expresada Ley Orgánica de Educación los centros privados de educación diferenciada por razón de sexo no podían acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos,

el precepto recién transcrito de la Ley 17/2012 preveía justamente lo contrario, la financiación pública propia de un concierto a centros de educación diferenciada.

Al impugnarse pues, las Órdenes de 27 de febrero de 2013 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por las que se acuerda denegar el concierto educativo a los centros docentes de educación diferenciada, esta Sala planteó la cuestión de constitucionalidad del referido artículo 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, al ser incuestionable que de su validen dependía la decisión judicial a tomar, y suscitarse algunas dudas sobre su constitucionalidad. En concreto, con el art. 81.1 de la Constitución, así como que dicho precepto de aplicación pueda ser encuadrado en lo que se ha definido como núcleo mínimo, necesario e indisponible de las Leyes de Presupuestos Generales, dado que la singularidad de la Ley de Presupuestos radica, en él hecho de que es una ley con una función específica y constitucionalmente definida (art. 134.2 C.E.), expresión de una de las potestades o competencias que, singular y expresamente, la Constitución encomienda a las Cortes Generales (art. 66.1. C.E.)

QUINTO.- En la actualidad la normativa legal también es distinta, de modo que no puede compartirse el alegato de la demandada según el cual la cuestión está ya resuelta por el Tribunal Supremo. Así viene a confirmarlo la nueva redacción dada al artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 diciembre, cuando después de reproducir que "en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", agrega en los dos párrafos siguientes: "No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre, que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera, de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960"; y, en otro párrafo, "en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos

efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad".

Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la citada L.O. 8/2013 establece que "los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor".

Estos preceptos estaban ya en vigor al dictarse la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejera de Educación de la Junta de Andalucía aquí impugnada, y su constitucionalidad no ofrece dudas a esta Sala a la luz de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, que reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos.

Se opone por la Administración que el centro docente no cumple con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 puesto que como no ofrece facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado del otro sexo, incumple lo establecido en el artículo 2 de la Convención aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 14 de diciembre de 1960. Alega que deben existir dos locales escolares pertenecientes al mismo centro y en la misma zona, uno para el sexo masculino y otro para el femenino pues de lo contrario no se ofrecería la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza, y, además, aun cuando el centro tenga dos locales escolares para cada sexo, el ideario y proyecto del centro tendrán que ser idénticos para ambos, a fin de no propiciar un trato menos favorable o cualquier desventaja a uno de ellos.

De adverso se alega que la Administración fuerza los preceptos a aplicar con esta interpretación. El citado artículo 2 de la Convención, en su apartado a), establece que "en el caso de que el Estado las admita", no será considerada como constitutiva de discriminación "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 estos 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". A su entender, lo que se quiere exponer en este precepto con la conjunción "o" utilizada en su redacción, es que la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza ha de ser ofrecida por el sistema educativo o por los establecimientos de enseñanza, no que tenga que ser ofrecida tanto por el sistema educativo como por todo establecimiento de enseñanza diferenciada. Esta interpretación es la que cohonesta ciertamente, con la realidad de estos centros de enseñanza diferenciada, y, en particular, con el centro que nos ocupa, que fue creado y ha estado concertado una vez vigente la Convención Internacional citada, aceptada por España el 20 de agosto de 1969 (B.O.E. de 1 de diciembre) y en vigor desde el 20 de noviembre de 1969. Estos centros están especializados en alumnos de un solo sexo, o bien masculino o bien femenino, sin que ninguno de ellos, por lo que ahora corresponde decir, quede fuera del sistema educativo español vigente. A dicha realidad es a la que sin duda se asoma la nueva dicción del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 cuando afirma, sin rastro de la condición alegada por la Administración, que en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas, y también para los "centros correspondientes", un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto.

Afirmaba también la recurrente en la demanda que nada dice la Orden recurrida sobre el Proyecto educativo del centro» ni sobre las medidas académicas para favorecer la igualdad. Así es. El artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 añade que "los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad", y nada se alega tampoco en el escrito de contestación a la demanda, o en el escrito de conclusiones de la Administración, sobre la falta o insuficiencia de tales razones y medidas en la documentación aportada por la recurrente en el expediente administrativo o en estas actuaciones judiciales.

También, se afirma en la demanda que nada argumenta la Orden recurrida sobre las necesidades de escolarización alegadas. Efectivamente, en la Orden sólo se dice que el centro no cumple con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización teniendo en cuenta "las disponibilidades presupuestarias", sin más explicaciones. La Administración al contestar la demanda sostiene que no se da tal falta de motivación porque estas razones vienen incorporadas en el informe obrante al folio 1 del expediente. Ahora bien, dicho informe es elaborado por la Dirección General de Planificación y Centros una vez formulado el recurso jurisdiccional, y el motivo en él expresado no está incorporado en el informe de 10 de febrero de 2014 de la misma Dirección General de Planificación y Centros emitido en la tramitación de la solicitud del centro, informe este que nada dice al respecto. Se ofrece ahora como motivo del incumplimiento de tal requisito que como el centro dejó de ser concertado en el curso 2013/2014, y su oferta fue cubierta por otros centros públicos o concertados, la solicitud del concierto para el curso siguiente sencillamente deja de ser necesaria pues no se ha contado con estas plazas escolares en la nueva planificación, de modo que concederlo ahora significaría una duplicidad del gasto público. Ahora bien, además de que esta razón que ofrece ahora la Administración no sólo bastaría alegarla sino demostrarla, y ni siquiera se ha intentado, máxime cuando no se llegan a discutir ni contradecir las necesidades de escolarización aducidas por la recurrente en su solicitud, sobre las cuales se insiste en la demanda; además de esto, como decimos, la razón que ofrece ahora la Administración está desautorizada por la misma Disposición Transitoria Segunda de la citada L.O. 8/2013, al establecer que "los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor". Esta disposición no autoriza, pues, cuando la pérdida o reducción del concierto tuvo lugar por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos, como ocurrió en el presente caso, el que se pueda denegar su ulterior solicitud al amparo de la reforma legal debido a que esa pérdida o reducción, y su consecuente

impacto en la planificación realizada por la Administración a partir de ese curso, ha alterado por sí las necesidades de escolarización que hasta entonces cubría el centro.

Se impone, con estas consideraciones, la estimación del recurso.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la L.J.C.A, procede la condena de la Administración al pago de las costas causadas, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado 3 del mismo precepto señala que la cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá incluirse en la tasación de costas alcanza la suma de mil euros (1.000 euros).

Vistos los preceptos legales citados, los concordantes y demás de general y pertinente aplicación

## **FALLAMOS**

Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad RIBAMAR, S.A., titular del centro docente concertado RIBAMAR, contra la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía expresada en el antecedente de hecho primero, y con anulación de la misma, declaramos el derecho de la recurrente a la concertación de las enseñanzas y etapas solicitadas, con efectos desde el curso 2014/2015 y por un periodo de tres años, hasta 2016/2017, condenando a la Administración a estar y pasar por esta declaración; y todo ello, con imposición de costas a la demandada en los términos y con el límite expresados en el fundamento jurídico último.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación fundado en los motivos previstos en el art. 88

de la L.J., el cual habrá de prepararse en el plazo de diez días a contar desde la notificación de esta resolución, previo el depósito que corresponda.

Y a su tiempo, con certificación de esta sentencia para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo al lugar de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.