

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LA MANCHA
Sala de lo contencioso-administrativo
Ponente: Raquel Iranzo Prades
Sentencia de 17 de noviembre de 2004

En Albacete, a diecisiete de noviembre de dos mil cuatro.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 163 de 2004 del recurso Contencioso-Administrativo-Procedimiento Especial Protección Jurisdiccional derechos Fundamentales de la Persona-, seguido a instancia de CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA (CECE) representada por el Procurador Don Abelardo López Ruiz y dirigida por la Letrada Doña Basilia Cuellar Gragera, contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA que ha estado representada y dirigida por los servicios jurídicos de la misma, con intervención del Ministerio Fiscal, sobre decreto sobre admisión alumnos en centro de enseñanza; siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña Raquel Iranzo Prades; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE) interpuso recurso Contencioso-Administrativo, mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2004, contra el Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004). El recurso se interpuso y tramitó por los trámites del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales recogido en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

SEGUNDO Con carácter previo a la formalización de la demanda, el recurso fue ampliado a la impugnación de:

La Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; y

La Orden de 12-3-04 de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha de Desarrollo del proceso de admisión del alumnado en ciclos formativos de Formación Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros Docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha (DOCM 17 de marzo de 2004)

La resolución de 15 de marzo de 2004, de la Dirección General de Ordenación Educativa y Formación Profesional, de la misma Consejería, por la que se publicó la convocatoria de admisión de alumnado en centros sostenidos con fondos públicos para el curso 2004/2005 y se especifican determinados procedimientos establecidos en la Orden de 12-03-2004, de la Consejería de Educación, de desarrollo del proceso de admisión de alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM de 18/3/2004).

La resolución de 15 de marzo de 2004 de la Dirección General de Ordenación Educativa y Formación Profesional, de la misma Consejería, por la que se publicó la convocatoria de admisión de alumnado en centros sostenidos con fondos públicos para el curso 2004/2005 y se especifican el procedimiento de admisión del alumnado en ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en Centros Docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha.

TERCERO En su escrito de demanda, el recurrente alegó que las normas impugnadas vulneraban el derecho constitucional a la educación, en su aspecto relativo a la libertad para crear y dirigir centros docentes, así como al derecho a la libre elección de centro escolar. Terminó solicitando la anulación de las disposiciones recurridas.

CUARTO Por la Administración demandada se contestó en el sentido de oponerse, afirmando la corrección y legalidad de la resolución recurrida. Terminó solicitando la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo.

QUINTO El Ministerio Fiscal contestó a la demanda argumentando acerca de que las resoluciones impugnadas no suponían, a su entender, vulneración del derecho constitucional invocado.

SEXTO No habiendo sido recibido el pleito a prueba, para votación y fallo se señaló el día 16 de septiembre de 2004; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se impugnan en la presente causa, al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales recogido en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y por considerarse que vulneran el artículo 27 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la educación, las siguientes disposiciones:

La Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de desarrollo del proceso de admisión

del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; y

La Orden de 12-3-04 de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha de Desarrollo del proceso de admisión del alumnado en ciclos formativos de Formación Específica de Grado Medio y Grado Superior en los Centros Docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha (DOCM 17 de marzo de 2004)

La resolución de 15 de marzo de 2004, de la Dirección General de Ordenación Educativa y Formación Profesional, de la misma Consejería, por la que se publicó la convocatoria de admisión de alumnado en centros sostenidos con fondos públicos para el curso 2004/2005 y se especifican determinados procedimientos establecidos en la Orden de 12-03-2004, de la Consejería de Educación, de desarrollo del proceso de admisión de alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM de 18/3/2004).

La resolución de 15 de marzo de 2004 de la Dirección General de Ordenación Educativa y Formación Profesional, de la misma Consejería, por la que se publicó la convocatoria de admisión de alumnado en centros sostenidos con fondos públicos para el curso 2004/2005 y se especifican el procedimiento de admisión del alumnado en ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en Centros Docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha.

SEGUNDO La demanda de los actores comienza cuestionando la competencia de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha para establecer una regulación de la materia relativa a la admisión de alumnos que, dicen, vulnera y se excede del ámbito marcado por la normativa orgánica estatal (en concreto, LO 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, en adelante LODE, y LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, en adelante LOCE). Esta vulneración y exceso, que implicaría, según la demanda, una ausencia competencial de la Comunidad Autónoma, se produce, dicen los actores, por el hecho de que el Decreto cuestionado asigna a la Administración educativa (la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, a través de los denominados "Consejos de Escolarización") la gestión del proceso de admisión de alumnos en los centros educativos privados sostenidos con fondos públicos ("centros privados concertados"), cuando sin embargo la LODE atribuye esta competencia al titular del centro, bajo la supervisión y garantía del Consejo Escolar del mismo.

La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, en su contestación a la demanda, aparte de afirmar que en cualquier caso no hay vulneración de

derechos constitucionales, cuestiona también, sin embargo, que la LODE o cualquier otra norma de rango legal atribuya realmente al titular del centro la competencia para gestionar la admisión de alumnos. Junto a ello, remarca que la competencia autonómica para el desarrollo de la normativa orgánica viene establecida en la disposición adicional 5ª de la LOCE, cuyo párrafo segundo establece que "Corresponde a las Administraciones educativas establecer el procedimiento y condiciones para la adscripción de centros a que se refiere el apartado anterior, respetando, en todo caso, el derecho a la libre elección de centro".

La normativa a la que viene a sustituir el Decreto impugnado se contenía en el Decreto 86/2000, de 11 abril sobre admisión de alumnos en centros no universitarios sostenidos con fondos públicos. Esta norma autonómica disponía en su artículo 6 lo siguiente:

"Según se dispone en el artículo 11.1 c) de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, el Consejo Escolar es el órgano competente para decidir la admisión de alumnos en los centros públicos, cumpliendo lo que se dispone en este Decreto y en las normas de desarrollo. En los centros concertados, corresponde a los titulares esta competencia, debiendo el Consejo Escolar garantizar la observancia de lo que se dispone en este Decreto y en las normas de desarrollo".

Todo ello naturalmente sin perjuicio de la posibilidad reconocida en el artículo 22. 2 de dicho Decreto según la cual:

"En los casos de los centros privados sostenidos con fondos públicos los acuerdos y decisiones sobre admisión de alumnos que adopten los titulares podrán ser objeto de reclamación por los interesados en el plazo de un mes ante los Delegados Provinciales de Educación cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa".

Aunque nada se indica al respecto en el Preámbulo del nuevo Reglamento regional, la modificación producida por la nueva normativa supone suprimir la facultad reconocida a los titulares de los centros concertados y se plasma en la regulación de la fase de decisión del procedimiento. En efecto, el artículo el artículo 12 del Decreto 22/2004 establece lo siguiente:

"1. Finalizado el plazo para la admisión de solicitudes, y una vez baremadas por los respectivos Consejos de Escolarización, éstos asignarán al alumnado a los distintos centros educativos con carácter provisional. Los acuerdos y decisiones provisionales sobre admisión del alumnado por parte de los Consejos de Escolarización se expondrán en los tablonos de anuncios de las Delegaciones provinciales y de los centros educativos, y podrán ser objeto de reclamación ante los mismos en el plazo de siete días desde su publicación, fecha ésta que se diligenciará en el documento correspondiente.

2. Una vez resueltas dichas reclamaciones, los Consejos de Escolarización emitirán resolución definitiva del procedimiento de admisión de alumnado que podrá ser objeto de recurso de alzada ante el Delegado Provincial de

Educación correspondiente. Cualquiera que fuera la resolución adoptada, se deberá garantizar la adecuada escolarización del alumno.

La resolución definitiva del procedimiento de admisión de alumnado será objeto de publicación en los mismos términos que los señalados en el apartado anterior".

A la vista de lo anterior, parece claro que el procedimiento de admisión se refiere a todas las solicitudes, tanto las relativas a centros públicos como las relativas a centros concertados, sin diferencia alguna, con la consiguiente resolución por un organismo denominado Consejo de Escolarización, cuya naturaleza es evidentemente administrativa, y cuya configuración se define por el artículo 5, diferenciando por un lado los Consejos Provinciales de Escolarización, que serán presididos por un Inspector de Educación, contarán, al menos, con representación de los directores de los centros públicos, de los titulares de centros concertados, de los servicios de Inspección y Planificación de las Delegaciones Provinciales de Educación, de Ayuntamientos, asociaciones de madres y padres de alumnos y alumnas, así como asesores y personal administrativo que se consideren necesarios; y por otro, los denominados Consejos Locales de Escolarización, cuya composición -dice la norma- será determinada por los Delegados Provinciales de Educación, en función de las características sociales y demográficas de cada localidad, señalando que contarán, al menos, con representación de los servicios de Inspección de las Delegaciones Provinciales, de los directores de los centros públicos, de los titulares de centros concertados y de los Ayuntamientos.

El procedimiento desarrollado en la Orden de 12 de marzo de 2004 para los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, corrobora lo expuesto, ya que las solicitudes de admisión presentadas han de ser remitidas de acuerdo con lo dispuesto en la Orden a los Consejos Locales o Provinciales de Escolarización, que realizan todo el proceso de baremación y asignación del alumnado a cada uno de los centros solicitados en los que existan vacantes, en función de la puntuación obtenida y según su propio orden de prelación, sin perjuicio de los supuestos en que no sea preciso efectuar baremación que la propia disposición detalla, por lo que los titulares de los centros concertados carecen de cualquier intervención en el referido proceso y sólo se les reconoce una mínima representación en los Consejos de Escolarización: un titular de centro privado concertado propuesto por los representantes de los mismos en el caso de los Consejos Provinciales de los Consejos Locales, siendo así que esa representación en esos órganos es absolutamente minoritaria dentro de una composición muy plural y diversa entre la que destacan por ejemplo en los Consejos Provinciales, 5 miembros designados libremente por la Administración, un representante de los Ayuntamientos, otro de las madres y padres del alumnado escolarizado en centros públicos y otro de los padres del alumnado escolarizado en centros privados concertados y dos representantes sindicales de los profesores.

El cambio de sistema es pues notable, al desaparecer prácticamente toda intervención de los titulares de los Centros Privados en el proceso de admisión del alumnado que solicite plaza en los mismos, reduciéndose a la mera recepción de las solicitudes que los padres decidan presentar en los mismos y a remitirlas a los Consejos de Escolarización, Órganos administrativos en los que se les asigna una mínima representación, todo ello al margen de la limitada participación que se reconoce a los Consejos Escolares de los mismos Centros en el citado procedimiento que se contempla en el artículo 10. 2 de la Orden de 12 de marzo de 2004.

TERCERO Se plantea el debate sobre la titularidad, según la Ley, de la competencia para la admisión de alumnos en los centros privados concertados, y la demanda, partiendo de que dicha titularidad la ostenta el titular del Centro, cuestiona la introducción por vía reglamentaria de limitaciones del ejercicio del derecho fundamental a la educación con quebranto del sistema constitucional de garantías, uno de cuyos elementos básicos es la reserva de Ley Orgánica.

Analizando el tenor de la LODE resulta evidente que, como afirman los actores, esta norma reconoce que corresponde al titular del centro privado concertado la competencia para admitir a su centro a los alumnos correspondientes, aunque sea con aplicación, eso sí, de los criterios legalmente establecidos. La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha señala que la LODE no efectúa una atribución explícita al titular de esta función; ahora bien, si ello es así lo es, sencillamente, porque la norma da por sentado y parte del hecho de que la facultad mencionada corresponde al titular del centro, pues a dicho titular le corresponden, como es obvio, todas las facultades que no sean expresamente atribuidas a otras instancias. En ese sentido, la LODE da por descontada tal titularidad, limitándose a completarla con el artículo 57 c), según el cual corresponde al Consejo Escolar del centro concertado "garantizar el cumplimiento de las normas generales sobre admisión de alumnos". Por eso el artículo 62.1.d) de la Ley sanciona al titular del centro que incumpla las normas sobre admisión de alumnos, dando por descontado que a él le corresponde la aplicación de tales normas.

En efecto, la LODE no necesitaba aclarar expresamente que al titular del centro le corresponde la facultad de aplicar las normas sobre admisión de alumnos sencillamente porque al titular le corresponden todas las facultades de gestión del centro salvo que alguna norma de rango suficiente establezca otra cosa. Por otro lado, la atribución al titular del centro de la competencia (una vez que al Consejo Escolar sólo se le atribuían funciones de garantía) era un reflejo lógico del hecho de que en los centros públicos la gestión de la admisión de alumnos se residenciaba también en cada uno de los centros (artículo 42.1.c, luego sustituido en el mismo sentido por el artículo 11 de la Ley 9/1995, de 20 de noviembre, y derogado luego por el artículo 82.1.c de la LOCE, que ya sustrae del Consejo Escolar de los centros públicos la competencia en cuestión).

Con la misma naturalidad, y como algo que no necesitaba de especiales justificaciones, lo entendió así el Tribunal Constitucional en su sentencia 77/1985, de 27 de junio (la cual examinó el recurso de inconstitucionalidad

presentado contra la LODE), cuando indicó en su fundamento quinto que "los preceptos impugnados constituyen un mandato a los Centros Públicos (art. 20, núm. 2) y concertados (art. 53), para que, caso de insuficiencia de plazas, apliquen unos criterios prioritarios de selección..."; luego quienes, en opinión del Tribunal Constitucional, debían aplicar los criterios, eran justamente los centros concertados mismos.

De forma todavía más explícita, si cabe, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987 indicó lo siguiente: "Por ello la LODE -art. 42, c)- tratándose de Centros públicos, atribuye al Consejo Escolar del Centro la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, «con sujeción estricta a lo establecido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen» y tratándose de centros privados concertados -arts. 57, c) y 62, d)- distribuye esta competencia, o, si se quiere, la atribuye de modo compartido, pero en términos estrictamente reglamentados, al titular del Centro y al Consejo Escolar del mismo". Por su lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994 señala que "en los Centros Privados Concertados, el Titular de cada Centro es el responsable de llevar a cabo el proceso de admisión de alumnos, y una vez terminado dicho proceso, dará información al Consejo Escolar, con el fin de que este Órgano de participación tenga ocasión de verificar el cumplimiento de la normativa vigente -artículos 57.c) y 62.1.d) de la citada Ley Orgánica y artículo 12 del Real Decreto 2375/1985".

Además, el titular respectivo de la potestad reglamentaria de desarrollo siempre ha considerado (hasta el Decreto que ahora se impugna) que la titularidad de la gestión de la admisión del alumnado corresponde al titular del centro. Así se estableció en el artículo 12 del Real Decreto 2375/1985, de 18 de diciembre, en el 16 del Real Decreto 377/1993, de 12 de marzo, y en el propio Decreto autonómico al que el hoy impugnado sustituye, Decreto 86/2000, de 11 de, cuyo artículo 6 era explícito en este aspecto.

Siendo así lo anterior, resulta evidente, que, en efecto, la LODE atribuye al titular del centro la competencia para gestionar la admisión de alumnos. Por otro lado, la LOCE no altera en nada el planteamiento de la cuestión, a nuestro juicio, dado que aunque despoja a los consejos escolares de los centros públicos de la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos, no hace otro tanto con el titular de los centros concertados. Podemos concluir, por tanto, que cuando el Decreto impugnado atribuye la titularidad para la admisión de alumnos (siempre con sujeción a los criterios de admisión establecidos normativamente) a la Administración, a través de los Consejos de Escolarización, y la detrae del propio titular del centro (con el control del Consejo Escolar), está vulnerando lo establecido por la LODE a este respecto.

CUARTO Hemos concluido en el fundamento jurídico anterior que el Decreto impugnado vulnera la legalidad orgánica que desarrolla y se excede de la misma. Ahora bien, no podemos olvidar que el presente asunto se ventila a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, y que el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que "La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico,

incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo". Así pues, se trata de averiguar si la atribución a la Administración de la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, realizada por Decreto en contra de lo establecido en la LODE, implica o no una vulneración del artículo 27 de la Constitución Española. El derecho constitucional invocado por los actores es, en concreto, el contenido en el artículo 27.6 de la Constitución Española, precepto que reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. Hay que advertir inmediatamente que el derecho a la creación de los centros implica el derecho a ejercer su dirección, como parte, también, de la libertad constitucional de enseñanza. Así lo dice la sentencia 77/1985, del Tribunal Constitucional, que indica lo que sigue: "Con respecto al titular del Centro, es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros. Aparte de que el acto de creación o fundación de un Centro no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en una potestad de dirección del titular, cabe recordar que el cuarto y último párrafo del art. 13, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España, señala expresamente que «nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares para establecer y dirigir instalaciones de enseñanza» incluyendo así el concepto de «dirección» en un texto con el valor interpretativo que le atribuye el art. 10, núm. 2, de la CE6). Este derecho, por otra parte, no se confunde con el de fijar un carácter propio del Centro: sino por el contrario es más bien una garantía de este último, aparte de que tenga otros contenidos". Seguidamente, el Tribunal Constitucional dibuja los perfiles de este derecho constitucional a la dirección del centro, de la siguiente manera: "El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este T. C. - Sentencia 11/1981, de 8 de abril, tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa. Desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional.

Por ello, si bien cabe, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo a que nos acabamos de referir. Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27, núm. 9, de la CE, para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de

ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que «los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros".

Pues bien, a nuestro juicio, la admisión de alumnos en el centro, aunque se deba realizar, en el caso de que haya exceso de peticiones, conforme a las reglas que normativamente se establezcan, es parte propia del contenido de ese derecho de dirección. La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha opone a tal entendimiento la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987. Ahora bien, lo que a nuestro juicio esta sentencia implica, con independencia de la literalidad de sus términos, no es tanto que la admisión de alumnos no se integre dentro de las facultades de dirección del centro y, a su través, en el derecho constitucional invocado, cuanto que, en el caso de los centros concertados, el ejercicio de este derecho es limitable y modulable, y ha sido efectivamente limitado, modulado y configurado a través de la regulación legal que se realiza del mismo, en aplicación del artículo 53.1 de la Constitución Española, según el cual el ejercicio de los derechos a que alude puede ser regulado por Ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial. El derecho existe como parte del derecho de dirección, pero en el caso de los colegios concertados su ejercicio puede ser limitado, modulado y sujeto a reglas determinadas por la Ley. Esto es lo que, a nuestro entender, quiere indicar el Tribunal Supremo cuando señala en la sentencia citada que "El derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes... no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos", y que "la materia relativa a la admisión del alumnado en los centros concertados -como reiteradamente se ha dicho- es ajena al derecho fundamental invocado por la entidad recurrente". Es decir, el derecho, in abstracto, forma parte del derecho a la creación y dirección de centros docentes, pero en el caso de los centros concertados, viene a decir la sentencia, el ejercicio del derecho puede ser sujeto a limitaciones.

Dicho de otra forma: no es tanto que la admisión de alumnos no forme parte del derecho, sino que en el caso de los centros concertados, la Ley puede legítimamente efectuar la injerencia en su ejercicio que sea precisa y justificada, sin que tal modulación o límite del ejercicio del derecho que inicialmente se posee pueda reputarse inconstitucional, ya que se encuentra justificada por el hecho de que el Estado subviene al mantenimiento de tales centros. Que esto es así resulta evidente si se plantea el caso hipotético de una norma según la cual la Administración sería la competente para seleccionar el alumnado de los centros privados no concertados; tal normativa, poca duda cabe, supondría una conculcación del derecho a dirigir centros docentes, lo que muestra que, en abstracto, no cabe negar que nos hallamos en el seno del ámbito del derecho constitucional. Sin embargo, el ejercicio de este derecho constitucional es modulable y configurable legalmente en ciertos casos, como en el caso de los centros concertados, de modo que en tales supuestos el titular debe soportar, por ejemplo, que el Estado establezca los criterios de admisión en caso de exceso de solicitudes, sin que ello suponga una

vulneración del derecho constitucional en liza, sino, simplemente, una configuración legal de su ejercicio.

Este entendimiento de la sentencia del Tribunal Supremo, por otra parte, la hace plenamente coherente con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 77/1985, cuando señala que "cabe(n), en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección (...) Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal (...) para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda (...) lo que (...) supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros".

Por otra parte, no puede olvidarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1987 concluía que la regulación reglamentaria que examinaba era acorde con la LODE y no la contradecía; pero está por ver qué sucede, respecto del derecho fundamental en cuestión, con el caso de una normativa reglamentaria que se dicte en contradicción con las leyes Orgánicas que regulan el ejercicio de tal derecho.

En resumen, pues, no cabe excluir genéricamente la cuestión de la admisión de alumnos del contenido del derecho constitucional de dirección del centro, sin perjuicio de que su ejercicio sea modulable en el caso de los colegios concertados. La consecuencia de ello es que el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales sí es apto en principio para el examen de la cuestión, frente a la pretensión de la Administración demanda de excluir de raíz la simple posibilidad de que la cuestión afecte al derecho constitucional.

Así las cosas, resulta evidente que los límites y configuraciones que, según la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, cabe establecer respecto del ejercicio del derecho de dirección del centro en el caso de los concertados, fueron ya establecidos a través de la LODE y la LOCE, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario; y que, al establecerlos, desde luego dichas leyes no privaron al titular del centro de la titularidad de la competencia para la admisión de alumnos, como ya vimos en el fundamento jurídico segundo. En concreto, en la parte relativa a la admisión del alumnado, la LODE estableció criterios de admisión para el caso de exceso de peticiones (artículo 20.2, hoy sustituido por la d.a. 5ª, párrafo 3, de la LOCE) e impuso el deber de vigilancia por parte del Consejo Escolar del Centro (artículo 57). Estas limitaciones al ejercicio del derecho son desarrollables reglamentariamente, como así se ha hecho primero por el Estado y después por la Administración autonómica correspondiente, pero en cualquier caso marcan el ámbito de la configuración y limitación legales de aquél en el caso de los centros concertados. Luego una disposición administrativa que desconozca este ámbito de la configuración legal establece una restricción del derecho superior a la legalmente determinada y por tanto incurre en la vulneración del mismo, tal como ha sido delimitado por la Ley.

Hay que destacar en este punto que no sólo el ejercicio del derecho puede ser regulado por la Ley, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 de la CE, sino que los derechos mismos pueden ser desarrollados por Ley Orgánica (artículo 81.1 del mismo texto) y, en fin, el contenido mismo de un derecho

constitucional puede depender de su concreta configuración legal (consúltense a este respecto, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional 80/2000 -FJ. 6-, o 86/2003 -FJ. 4-). Ahora bien, lo que no cabe es que, una vez establecidos por la Ley los límites al ejercicio del derecho que se consideren justificados, o una vez desarrollado el contenido del derecho por Ley Orgánica, o una vez configurado el derecho legalmente, una mera decisión administrativa venga a desconocer el ámbito delimitado por la Ley y se establezcan nuevos límites, ya sea a su contenido o a su ejercicio. Nuevos límites que, de ser establecidos por Ley, podrían ser considerados o no constitucionales, según afectasen o no al "contenido esencial" del derecho (STC 86/2003, FJ. 4), pero que en el presente caso son establecidos por la propia Administración con vulneración y exceso respecto de la previa delimitación realizada por Ley Orgánica y que, en tal sentido, vulneran el derecho, pues se exceden, restringiéndolo aún más, de las restricciones ya establecidas por la Ley Orgánica que lo desarrolla y regula su ejercicio.

Dicho de otro modo: "El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse (...) tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa" (STC 77/1985); ahora bien, una vez precisado el mismo por la Ley Orgánica, y no entrando entre dichas precisiones la eliminación de la titularidad para el ejercicio de la facultad de admisión de alumnos (sino, al contrario, reconociendo la Ley tal titularidad, como vimos en el fundamento segundo), supone una clara vulneración del derecho en cuestión la pretensión administrativa de seguir configurando límites y restricciones por vía meramente reglamentaria, con infracción de lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución Española ("Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades").

QUINTO Lo hasta aquí razonado nos lleva a la conclusión de que las normas administrativas impugnadas vulneran el artículo 27.6 de la Constitución Española en aquellas partes en las que, respecto de los centros concertados, retiran totalmente de la competencia del titular del centro para la admisión de alumnos y para la aplicación de las normas legales y reglamentarias previstas para el caso de exceso de peticiones (cabe destacar que las citadas normas despojan al titular de la facultad en cuestión haya o no exceso de peticiones).

Así, analizando el tenor del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de la Orden de 12 de marzo de 2004 y de la resolución de 14 de marzo de 2004, observamos que los mismos resultan anulables en tanto que regulan de forma indistinta para los centros públicos y los privados concertados el proceso de admisión de alumnos. Ahora bien, nada hay que objetar en cuanto a la regulación de los criterios de admisión, de manera que la nulidad alcanza únicamente al hecho de que se atribuya a los Consejos de Escolarización la competencia para ejercer la facultad de admisión de alumnos en el caso de los centros privados concertados. Siendo ello así, la nulidad que cabe declarar es únicamente parcial, sin que quepa siquiera anular íntegramente los preceptos afectados por la ilegalidad declarada, pues sólo son ilícitos en cuanto a que incluyen a los centros concertados, pero no, obviamente, en su aplicación a los centros públicos.

Esta Sala, en Sentencias recaídas en autos 151/04 y 154/04 ha anulado ya los arts. 10 párrafo primero en su referencia "a los Consejos de Escolarización" y 12, párrafos 1º y 2º en cuanto sean aplicables a los centros concertados. En el presente procedimiento, sin embargo, no se impugna concretamente el art. 10 y nos debemos ceñir a la concreta pretensión formulada.

Así, debe declararse que el artículo 12, párrafos 1 y 2, son inconstitucionales en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados. El artículo 16 en sus párrafos 3 y 5, relativo a la escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales, consideramos sin embargo que tiene justificación suficiente a partir del mandato establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 noviembre, sobre participación, evaluación y gobierno de los centros docentes no universitarios, según la cual "Los centros docentes sostenidos con fondos públicos tienen la obligación de escolarizar a los alumnos a los que hace referencia el punto anterior [alumnos con necesidades educativas especiales], de acuerdo con los límites máximos que la Administración educativa competente determine. En todo caso se deberá respetar una igual proporción de dichos alumnos por unidad en los centros docentes de la zona de que se trate, salvo en aquellos supuestos en que sea aconsejable otro criterio para garantizar una mejor respuesta educativa a los alumnos".

Tampoco los restantes artículos impugnados colisionan con el contenido de la presente Sentencia.

En cuanto a la Orden de 12 de marzo de 2004, que desarrolla el proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha son inconstitucionales los artículos séptimo, punto c), salvo lo dispuesto sobre escolarización de alumnado con necesidades educativas especiales; noveno, puntos b, c y d; décimo, párrafo 2; duodécimo, párrafo 7; decimoquinto, párrafos 2 y 3; decimosexto, párrafos 1 y 3 y Disposición Transitoria segunda apartado 1 en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados.

-Por último respecto a la Orden de 12 de marzo de 2004 referente al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha son igualmente nulos los artículos Quinto. 1 en su referencia a la Comisión de Formación Profesional del Consejo Provincial de Escolarización; duodécimo. Punto 5 apartados b), c) y d); Decimotercero punto 2; decimocuarto puntos 1 y 2, referencias a la Comisión de Formación Profesional; y decimoquinto puntos 1, 2 y 3 en cuanto sea de aplicación a los centros privados concertados.

SEXTO El otro bloque de motivos de impugnación de la demanda se refieren al reproche a las disposiciones impugnadas por vulneración del derecho a la libertad de enseñanza por la imposición en las disposiciones impugnadas a los

Centros concertados de la obligación de observar necesariamente el sistema de enseñanza mixta en los niveles de educación objeto de las mismas.

Ateniéndonos como en el supuesto anterior en esta cuestión a un plano estrictamente jurídico positivo como nos corresponde, y dentro del ámbito del proceso de protección de los derechos fundamentales, y reconociendo que es una cuestión sometida a diferentes opciones de política legislativa, podemos decir que hasta ahora en nuestro Ordenamiento jurídico no existe una prohibición general de la enseñanza o educación diferenciada.

Tampoco a nivel internacional existe esa prohibición o proscripción. Y como dicen la actora la Convención de la UNESCO de 15 diciembre 1960 para la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, a la que España se adhirió entrando en vigor el 20 de noviembre de 1969 (BOE 1 noviembre 1969) en su artículo 2 apartado a) declara 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:

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.

Es más en los textos legales de nivel orgánico que desarrollan el derecho fundamental a la educación a la hora de definir los criterios y principios que deben regir en el procesos de admisión de alumnos en Centros públicos o financiados con fondos públicos no se introduce ninguna prohibición por razón del sexo.

En efecto, es muy ilustrativo que cuando en su momento el artículo 20. 2 de la LODE se refiere a esta cuestión disponga literalmente:

La admisión de los alumnos en los centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se regirá por los siguientes criterios prioritarios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.

Prohibición de discriminación por razones entre las que no se menciona el sexo. Y lo mismo ocurre con el artículo 72. 3 de la LOCE al declarar que:

En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.

Así pues sólo cabe considerar que de manera deliberada el legislador orgánico no ha prohibido la admisión en función del sexo.

De lo anterior se sigue que la normativa autonómica al añadir entre dichos criterios el sexo ha incurrido en un exceso competencial y vulnerado los textos legales antes expuestos al introducir un nuevo factor o criterio delimitador de la admisión de los alumnos no previsto en ellos y conforme al cual puede quedar proscrita en los centros privados concertados o financiados con fondos públicos toda la limitación a la admisión por razón del sexo.

Ya hemos dicho con anterioridad que una clara extralimitación del Reglamento en la configuración legal del derecho fundamental puede transgredir su contenido y en este caso la solución a la controversia ha de venir por la misma línea argumental.

Si el derecho a la libertad de enseñanza definido en nuestra C.E. implica el reconocimiento de un derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, y ese derecho de dirección y de creación supone la posibilidad de definir el carácter propio del Centro y marcar o diseñar los contornos o líneas de su carácter propio o personalidad educativa hemos de admitir que uno de ellos pueda ser el de asumir como forma propia de su proyecto educativo el de ofrecer una educación diferenciada para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, que no sería considerada discriminatoria en los términos de la Convención de la UNESCO antes aludida si el Ordenamiento jurídico del Estado la admite o no la prohíbe.

En ese sentido es manifiesto que el derecho de libertad de enseñanza de los titulares de los Centros no es absoluto y puede -como hemos enunciado anteriormente- experimentar limitaciones, singularmente las impuestas por la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 CE, para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que "los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca" con lo que, repetimos, parafraseando los Fundamentos de la STC 77/85 supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros, condicionamientos y principios totalmente lícitos desde el punto de vista constitucional y legal para lograr hacer efectivos otros valores y principios igualmente válidos y lícitos en relación con la enseñanza, lo que lleva a considerar perfectamente constitucional el que se apliquen ciertos criterios de selección y que se prohíban determinadas prácticas o conductas discriminatorias.

En otras palabras, el derecho fundamental de educación en la vertiente o faceta en cuestión en el presente recurso no es un derecho absoluto y puede sufrir limitaciones pero estas limitaciones además de dejar a salvo su contenido esencial deben tener un fundamento u origen legal, que bien es verdad puede experimentar un desarrollo o precisión reglamentaria a modo de complemento necesario para establecer todos los detalles que la Ley es incapaz de prever. Y precisamente tanto la LODE como la LOCE parten de una configuración del

derecho de libertad de enseñanza en su dimensión de libre creación de centros docentes en la que no se prohíbe o introduce una proscripción de diferenciaciones por razón del sexo en el proceso de admisión en función del proyecto educativo o carácter propio de cada centro. De manera que una norma de alcance reglamentario dictada por una Administración Autonómica que tiene competencia para la ejecución y desarrollo de aquella y fijar y normar el procedimiento de admisión no puede desconocer esa configuración legal, pues al hacerlo está incidiendo en infracción del contenido del derecho fundamental reconocido en la Constitución.

No se trata como hemos dicho de un exceso en el desarrollo de la normativa estatal por parte del titular de la potestad reglamentaria de desarrollo que deba ser corregido en su caso con la ilegalidad del reglamento (ya sea por vulneración de una norma de rango superior -principio de jerarquía-, ya por exceso respecto de la normativa estatal que se desarrolla -principio de competencia-); se trata de que la contravención afecta a la configuración del derecho fundamental efectuada por el legislador orgánico, único competente para ello, desbordando el ámbito o delimitación marcado de manera patente, hasta el extremo de que dicha invasión y exceso normativo se convierte no sólo en una infracción de legalidad ordinaria sino por medio de ella en una vulneración de un derecho constitucional susceptible de amparo, y, en particular, del artículo 27 de la Constitución Española, en la parte en que establece que "Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales".

Reproducimos por lo demás las consideraciones anteriores sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo 3ª de 9 de diciembre de 1987.

En consecuencia, procede declarar nula la mención del "sexo" en los artículos 2. 4 del Decreto 22/2004 y primero punto 3 de la Orden de 12 de marzo de 2004 referente al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

SÉPTIMO Por lo expuesto estimamos en parte el recurso sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales. (art. 139. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de julio.

F A L L A M O S

Estimamos parcialmente el presente recurso y en consecuencia por entender producida la vulneración del derecho fundamental alegado a libertad de creación de centros docentes reconocida en el artículo 27. 1 y 6 de la CE, declaramos nulas en parte y con el siguiente alcance las disposiciones objeto de este recurso:

Respecto del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 5/3/2004) la mención del "sexo" en el artículo 2. 4 de un lado, y el artículo 12, párrafos 1 y 2, en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados.

Respecto la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, de desarrollo del proceso de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha los artículos séptimo, punto c), salvo lo dispuesto sobre escolarización de alumnado con necesidades educativas especiales, noveno, puntos b, c y d, décimo, párrafo 2, duodécimo, párrafo 7, decimoquinto, párrafos 2 y 3, decimosexto, párrafos 1 y 3 y Disposición Transitoria Segunda apartado 1, en tanto en cuanto sean aplicables a los centros privados concertados.

Y por último respecto de la Orden de 12 de marzo de 2004 referente al proceso de admisión del alumnado de Ciclos Formativos de Formación Profesional Específica de Grado Medio y Grado Superior en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM 17/3/2004) los artículos Quinto 1-3 en cuanto a la mención de "sexo", Quinto 1 en su referencia a la Comisión de Formación Profesional del Consejo Provincial de Escolarización; duodécimo. Punto 5 apartados b), c) y d), Decimotercero punto 2; decimocuarto puntos 1 y 2, referencias a la Comisión de Formación Profesional; decimoquinto puntos 1, 2 y 3 y decimoséptimo punto 2, en cuanto sean de aplicación a los centros privados concertados

Desestimamos el recurso en lo demás. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Una vez firme publíquese el encabezamiento y fallo de la presente en el DOCM.

De la presente sentencia llévase certificación literal a los autos originales y notifíquese con indicación de que la misma no es firme, por ser susceptible de recurso de casación ante la Sala 3ª del T S, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado en esta Sala dentro de los diez días siguientes al de su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Doña Raquel Iranzo Prades, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso-Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a diecisiete de noviembre de dos mil cuatro.