

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-administrativo
Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Sentencia de 26 de junio de 2006

En la Villa de Madrid, a veintiséis de junio de dos mil seis.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación núm. 3356/2000 interpuesto por el Sindicato Unión General de Trabajadores-Federación de Trabajadores de la Enseñanza de Asturias (FETE), representado por la Procuradora doña María Dolores Moreno Gómez, contra la Sentencia dictada el 20 de diciembre de 1999 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recaída en el recurso núm. 619/97, sobre renovación y acceso al régimen de conciertos educativos de centros docentes privados.

Han comparecido, como partes recurridas, la Administración, representada por el Abogado del Estado y la Sociedad Fomento de Centros de Enseñanza, SA, representada por el Procurador don José Luis Pinto Marabotto

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La Sentencia recurrida dispone lo siguiente:

« FALLAMOS.-PRIMERO.-Desestimar el recurso Contencioso-Administrativo promovido por el Letrado don Manuel Cabaleiro Teijeiro, en nombre y representación del Sindicato Unión General de Trabajadores-Federación de Trabajadores de la Enseñanza (FETE) de Asturias, contra la Orden del Ministerio de Educación y Cultura de 9 de mayo de 1997 por la que se resuelve la renovación y el acceso al régimen de conciertos educativos de los centros docentes privados que se indican.

SEGUNDO Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

TERCERO No procede hacer expresa declaración en materia de costas».

SEGUNDO Contra dicha Sentencia ha interpuesto recurso de casación el Sindicato Unión General de Trabajadores-Federación de Trabajadores de la Enseñanza de Asturias, representado por la Procuradora doña María Dolores Moreno Gómez. En el escrito de interposición, presentado el 4 de mayo de 2000 en el Registro General de este Tribunal Supremo, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala «(...) dicte Sentencia, casando y anulando la recurrida, pronuncie otra más ajustada en derecho, y en su consecuencia, se declare por esa Sala la estimación del suplico contenido del escrito de demanda, y en concreto, la nulidad por infracción del

ordenamiento jurídico de la Orden de 9 de mayo de 1997 (BOE del 14), por la que se aprueba el acceso al régimen de conciertos educativos de los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Asturias, Valmayor de Gijón, Los Robles de Llanera (Pruvia), y Peñaubiña de Oviedo-Latores».

TERCERO Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas del reparto de asuntos y, por providencia de 8 de marzo de 2002, se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizaran su oposición.

CUARTO Evacuando el traslado conferido, el Abogado del Estado presentó escrito, el 12 de abril de 2002, en el que solicitó la desestimación del recurso.

Por su parte, el Procurador don José Luis Pinto Marabotto, en representación de la Sociedad Fomento de Centros de Enseñanza, SA, solicitó a la Sala que «(...) previos los trámites de rigor, dicte en su día sentencia, por la que, con desestimación de este medio de impugnación, declare inadmisibile el presente Recurso o, en su caso, que la resolución recurrida es conforme a derecho sin merecer la casación de esta Sala y con expresa condena en costas a la Recurrente».

QUINTO Mediante providencia de 21 de abril de 2006 se señaló para votación y fallo el día 21 de junio de 2006, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La Unión General de Trabajadores-Federación de Trabajadores de la Enseñanza de Asturias (UGT) impugnó la Orden del Ministerio de Educación y Cultura de 9 de mayo de 1997 en cuanto aprobaba el acceso al régimen de conciertos educativos, a partir del curso 1997/1998, de tres centros privados de enseñanza del Principado de Asturias: «Valmayor» (Gijón), «Los Robles» (Llanera-Pruvia) y «Peñaubiña» (Oviedo-Latores), todos ellos de Fomento de Centros de Enseñanza, SA.

La Audiencia Nacional rechazó que esa Orden infringiera las exigencias a las que, según la Constitución y la legislación que la desarrolla, ha de sujetarse el régimen de los conciertos educativos. En consecuencia, rechazó las pretensiones de UGT de que se declarara nula la aprobación del acceso de estos centros al régimen de conciertos y de que se condenara a la Administración a dictar las disposiciones reglamentarias y administrativas para que se procediera a la devolución de los fondos públicos recibidos por ellos.

Las razones alegadas en la demanda las resume la Sentencia diciendo que, en sustancia, son las siguientes: a) la infracción de los artículos 14, 16 y 27 de la Constitución; b) la nulidad del procedimiento de aprobación del concierto educativo; c) la infracción de los requisitos exigidos a los centros sometidos a

concierto; d) la infracción de las normas sobre admisión de alumnos; y e) la infracción de las normas sobre actividades complementarias extraescolares.

SEGUNDO Sobre la infracción de los tres preceptos constitucionales, recuerda que UGT la afirma porque estos centros discriminan por razón de sexo, ya que son sólo de niños o de niñas, y no satisfacen necesidades de escolarización, pues son de élite (artículo 14); pertenecen al Opus Dei e impiden la admisión de alumnos que no participen de las creencias religiosas que este profesora (artículo 16); no imparten enseñanza gratuita y cobran por actividades complementarias (artículo 27).

Respecto de estas cuestiones, la Sentencia dice que el mero hecho de que se enseñe sólo a niños o a niñas no es en sí mismo discriminatorio por razón de sexo siempre que los padres o tutores puedan elegir, en un entorno gratuito de la enseñanza, entre los centros existentes en un determinado territorio. Indica, a este respecto, que el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el Régimen de Elección de Centro Educativo, no incluye el sexo entre las causas por las que no se puede discriminar en la admisión de alumnos a los centros públicos o concertados (artículo 3) e insiste en que la libertad de elección permite a los padres y tutores y, en su caso, a los alumnos, optar por uno u otro centro. Además, indica que no se ha acreditado que en alguno de estos centros se haya impedido el acceso de alumnos a los mismos y que los informes de la Inspección aportados al proceso reflejan que «Valmayor» no es un colegio exclusivamente de niñas, que ninguna familia ha solicitado escolarizar niñas en «Los Robles» y que «Peñaubiña» ha admitido a todos los alumnos que lo han solicitado.

A propósito del artículo 16 de la Constitución, afirma que no hay constancia de que en algún lugar se diga que en estos centros no se permite el acceso de alumnos por sus creencias o ideas religiosas. Y descarta la infracción de su artículo 27 porque, si bien los informes de la Inspección Técnica obrantes en el expediente se pronunciaron desfavorablemente sobre el acceso de «Los Robles» y «Peñaubiña» al régimen de conciertos educativos, en la prueba del proceso la Inspección ha informado que las actividades complementarias son gratuitas y las extraescolares opcionales.

Sobre el procedimiento de aprobación del concierto, la Audiencia Nacional rechaza que incurra en nulidad. Considera que la alegación de UGT sobre este aspecto es solamente una genérica invocación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con vagas alusiones a preceptos constitucionales. En torno a la infracción de los requisitos exigibles que afirma la demanda (no admisión de alumnos de condiciones socioeconómicas desfavorables, la enseñanza no es gratuita, incumplimiento del Título III del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos), la Sentencia rechaza que se haya producido. Aduce que el artículo 20 de este Real Decreto, que se remite al artículo 48.3 de la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, establece una serie de preferencias para el acceso al régimen de conciertos pero no prohíbe que se acojan a él

otros centros que, cumpliendo con los demás requisitos, no reúnan esos factores preferenciales, siempre que hayan sido atendidos antes los que sí los poseen y existan disponibilidades presupuestarias.

Por lo demás, no considera acreditado que los tres centros sobre los que se discute tengan por finalidad impedir el acceso a ellos a alumnos de condiciones socioeconómicas desfavorables, ni que incumplan las normas sobre actividades complementarias y extraescolares.

Finalmente, advierte que no entra en las potestades de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo condenar a la Administración a dictar normas.

TERCERO El recurso de casación contiene cinco motivos. Los dos primeros se sustentan en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción. Los otros tres en el apartado d) de ese precepto. Veamos, brevemente, en qué consiste cada uno.

1º UGT reprocha a la Sentencia sus afirmaciones de que no consta que los tres centros objeto del pleito discriminen por razón del sexo. Lo hace recordando que pidió el recibimiento a prueba para demostrar que incumplen las normas sobre admisión de alumnos, cobran por actividades complementarias, extraescolares y análogas, obligan a usar uniforme y no satisfacen necesidades de escolarización. Y que, si bien fue acordado, luego la Sala le denegó algunas pruebas dirigidas a acreditar esos extremos, denegación no recurrida por entender la actora que estaban suficientemente acreditados los hechos. Ahora bien, UGT, con un razonamiento un tanto confuso, se considera indefensa y ve infringido el principio de la buena fe procesal (artículos 7.1 del Código Civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como el artículo 24 de la Constitución porque la Sentencia, que podía desestimar la demanda sin hacerlo, le imputa no haber demostrado hechos conocidos por todos y no discutidos.

2º Afirma la incongruencia omisiva de la Sentencia por falta de motivación de las cuestiones suscitadas en torno a la infracción de los artículos 16 y 27 de la Constitución.

3º Sostiene que la Sentencia infringe la normativa legal y reglamentaria que impide la enseñanza separada en centros sostenidos con fondos públicos. Entre otros materiales, invoca el artículo 10 c) de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, conforme al cual los Estados han de promover la educación mixta para facilitar la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino.

4º Alega la infracción de las normas legales y reglamentarias a que debe someterse la concesión de conciertos educativos.

5ª Finalmente, UGT aduce la infracción de las normas legales sobre valoración de la prueba y, en concreto, de la regla de la sana crítica.

CUARTO El Abogado del Estado se opone al recurso de casación. Rechaza el primer motivo porque el recurrente se conformó con las limitaciones probatorias dispuestas por la Sala de instancia y quiere ahora entrar en el contenido de la valoración de la prueba. Considera, en segundo lugar, que la Sentencia no padece incongruencia omisiva, pues contesta a todas las pretensiones del recurrente. Seguidamente, sobre los motivos de fondo, observa que constituyen un discurso que podría ser adecuado en sede parlamentaria pero no en un Tribunal de Justicia que tiene que aplicar el Derecho vigente. En él está reconocido, continúa, el derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos y la libertad de creación de centros de enseñanza, a los que la LODE reconoce el derecho a tener un ideario y a participar en el sistema de conciertos. Por otra parte, añade, no hay norma que prohíba la enseñanza separada, que es solamente una opción pedagógica que, si hay padres que la desean, debe tener su oferta correspondiente, debiendo procurar el Estado que la haya. Y la elección por el Estado de la enseñanza conjunta en los centros públicos no significa que sea obligatoria para toda la sociedad.

A partir de aquí, toma el razonamiento de la Sentencia sobre la inexistencia de discriminación por razón del sexo, recuerda que no se ha acreditado que estos centros hubieran rechazado ninguna solicitud de admisión y entiende que no concurre la única razón que podría justificar una infracción de la legislación: que la educación de carácter religioso que se impartiera llegara al extremo de impedir la promoción de los principios básicos de la tolerancia y del respeto a los derechos fundamentales. Por último, sobre el incumplimiento de los requisitos exigidos para gozar de los conciertos, recuerda que no se ha producido o no se ha acreditado que se produzca.

QUINTO Fomento de Centros de Enseñanza, SA comienza su escrito de oposición planteando dos causas de inadmisibilidad. Por una parte, respecto del primer motivo, porque no fue impugnada en la instancia la denegación de determinadas pruebas. Y, luego, con carácter general afirma que el recurso de casación carece manifiestamente de fundamento porque los motivos se apartan de la apreciación probatoria de la Sentencia, pretendiendo una nueva valoración de los hechos.

Seguidamente, se opone, uno por uno, a los cinco motivos planteados por UGT. A propósito del primero, insiste en que no se recurrió la denegación de pruebas. Sobre el segundo, además de reprocharle su defectuosa formulación por no citar los preceptos infringidos, recuerda que la incongruencia de una Sentencia viene determinada por las pretensiones articuladas por las partes y afirma que la Audiencia Nacional ha dado respuesta no sólo a esas pretensiones sino también a los motivos alegados, además de examinar en detalle la Orden recurrida. Por tanto, concluye, no carece de motivación.

El tercer motivo también lo encuentra defectuosamente formulado ya que mezcla cuestiones distintas y se aparta de los hechos establecidos en la instancia. Además, suscita cuestiones nuevas: las referidas a la legitimidad de la financiación pública de centros privados con determinadas especialidades en razón de su carácter. A este propósito cita la Convención de la UNESCO de 15 de diciembre de 1960 contra discriminaciones en la esfera de la enseñanza,

que excluye de ella la educación separada y combate la alegación por UGT de la Convención sobre Eliminación de las formas de discriminación de la Mujer de 1979 . E insiste en que el derecho de los centros privados a dotarse de un ideario ampara la opción por la enseñanza separada, la cual no infringe ninguna de las normas legales y reglamentarias señaladas por UGT. Respecto del cuarto motivo, tras repetir que, como los anteriores mezcla cuestiones diversas y refleja los hechos de manera diferente a como los contempla la Sentencia, niega que se hayan infringido las normas por las que se rigen los conciertos educativos. Y, sobre el quinto motivo, defectuoso como los otros, afirma que la Sentencia no infringe las reglas sobre la valoración de la prueba y que lo único pretendido por UGT es imponer su propia visión de las circunstancias.

SEXTO A la hora de resolver las cuestiones que han suscitado las partes, lo primero que la Sala aprecia es que los escritos de interposición y de oposición presentados, respectivamente, por UGT y Fomento de Centros de Enseñanza, SA son extensos, prolijos y reiterativos y, además, van acompañados de profusión de citas de preceptos el primero y de la reproducción de fragmentos de numerosas Sentencias el segundo. Todo lo cual supone una dificultad añadida a la que ya el pleito presenta, pues difuminan, en vez de hacer más nítidos, los argumentos con los que defienden sus respectivas posiciones.

Advertido ese extremo, debemos examinar, ante todo, las objeciones que, desde el punto de vista de la admisibilidad, se han dirigido contra los motivos de casación. A este respecto, Fomento de Centros de Enseñanza, SA diferencia entre el primero y los restantes. De ese primer motivo, sostiene su inadmisibilidad por relacionar la indefensión que dice haber padecido UGT con la denegación de unas pruebas que no recurrió en súplica. El motivo, efectivamente, es inadmisibile porque el artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción exige expresamente para alegar la infracción de normas y garantías procesales que produzca indefensión que se haya pedido la subsanación en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello. Aquí, ese momento existía, como reconoce UGT cuando dice que no consideró necesario recurrir en súplica la denegación de pruebas. En consecuencia, procede apreciar la causa invocada e inadmitir el primer motivo de casación.

Por lo que se refiere a la segunda excepción que, con carácter general, afirma la manifiesta falta de fundamento del recurso de casación, la solución ha de ser diferente. Es verdad que UGT afirma algunos hechos que la Sentencia no ha considerado probados pero también lo es que, en los motivos de fondo, atribuye una significación jurídica distinta de la que dio la Audiencia Nacional a otros hechos que esta ha tenido por establecidos y, sobre todo, el recurso sostiene que ha habido infracción de las reglas de apreciación de la prueba. Por tanto, no es posible pretender la falta de fundamento del recurso por apartarse de los hechos probados cuando se debe establecer si, efectivamente, la prueba se ha valorado cumpliendo los preceptos legales correspondientes. Del mismo modo, no cabe sostener la pretensión de inadmisión del recurso de casación por falta manifiesta de fundamento a partir de la afirmación de que la Sentencia no ha infringido las normas que la regulan.

Si hay motivos que discuten este extremo, habrá que examinarlos antes de afirmar si existe o no esa infracción.

SÉPTIMO Pasando ya al segundo motivo de casación, debemos rechazar que sea inadmisibile, como pretende Fomento de Centros de Enseñanza. En contra de lo que dice el escrito de oposición, está bien interpuesto pues invoca el artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción -que es el aplicable y no el artículo 95.1.3 de la Ley de 1956, que sería para la recurrida el procedente- e invoca el artículo 24.1 de la Constitución, lo que es suficiente para dar cobertura a la pretensión sustentada en la incongruencia omisiva de la Sentencia.

Ahora bien, siendo admisible el motivo, debe ser desestimado ya que no hay esa incongruencia omisiva que UGT ve en ella. El escrito de interposición dedica varias páginas a sostener que no se ha dado respuesta a las alegaciones que hizo en la demanda sobre la infracción de los artículos 16 y 27 de la Constitución, en el caso de este último a propósito de infracciones relativas la provisión de vacantes de personal docente, a los servicios complementarios (comedor y transporte) y a los órganos de participación.

Sin embargo, la Sentencia no sólo se pronuncia sobre las pretensiones aducidas por las partes, sino que examina si se han producido las infracciones a los artículos 16 y 27 de la Constitución que afirmaba la demanda, respondiendo a las alegaciones que en ella se hacen. En concreto, UGT decía, a propósito del artículo 16, que los centros «Valmayor», «Los Robles» y «Peñaubiña», del Opus Dei, impedían la admisión de alumnos con una ideología religiosa diferente. Y respecto del artículo 27 manifestaba que no se respetaba la gratuidad de la enseñanza, ni las normas sobre cobro de actividades complementarias, extraescolares y servicios y, tampoco, las que regulan la admisión de alumnos. Indicaba, además, que no se respetaban las normas sobre provisión de vacantes de personal docente y mencionaba los informes negativos de la Inspección Técnica para subrayar que estos centros no satisfacen necesidades educativas.

Pues bien, la Sentencia se refiere expresamente a todas estas cuestiones salvo a la relativa a la provisión de vacantes de profesores y a los órganos de participación. Que no hable de estos últimos es consecuencia obligada de que nada se diga en la demanda sobre ellos a propósito de la infracción del artículo 27. Y, sobre el profesorado, lo cierto es que la demanda se limita a afirmar la vulneración de los artículos 60.1 y 62.1 e) de la LODE, sin ofrecer ningún desarrollo argumental sobre ella ni ofrecer elementos que sostuvieran tal aseveración. Ni siquiera en el otrosí sobre el recibimiento a prueba hace alusión a esta cuestión entre los puntos de hecho sobre los que se quiere practicar. Por tanto, que la Sala de la Audiencia Nacional no se refiriera expresamente a lo que en la propia demanda recibe una atención marginal en modo alguno puede comportar la incongruencia omisiva de la Sentencia.

OCTAVO El tercer motivo discute la constitucionalidad de la financiación pública de la enseñanza separada. A juicio de UGT, sostener con fondos públicos colegios que sólo admiten niños o niñas es contrario a los artículos 1, 9.2, 14, 16 y 27.2 de la Constitución y a su artículo 10.2 en relación con los

artículos 1, 4 y 10 c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer , y con una amplia serie de preceptos legales y reglamentarios: artículos 4, 20.2, 25, 26.2, 53 de la LODE ; disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre (RCL 1995, 3146) , de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes; preámbulo y artículos 3 b) y 57.3 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo; artículos 5 y 21 del Real Decreto 2377/1985; preámbulo y artículos 1, 3, 6.3 en relación al 10, 8, 9 y 12 del Real Decreto 366/1997; y los apartados 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Orden del 26 de marzo de 1997, por la que se regula el Procedimiento para la Elección de Centro Educativo y la Admisión de Alumnos en Centros sostenidos con fondos públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria.

Reitera Fomento de Centros de Enseñanza, SA que el motivo ha sido defectuosamente formalizado por mezclar cosas diversas y apartarse del resultado probatorio entendiendo los hechos de manera distinta a como los ha considerado la Audiencia Nacional. Además, subraya que UGT invoca toda suerte de normas, que no hace una confrontación de la Sentencia con las que se dicen infringidas y que la alega la jurisprudencia sin citar ninguna Sentencia. De ahí que vea en este motivo otra demanda en la que, además, se introducen cuestiones nuevas como las relativas a la financiación de centros privados que posean determinadas especialidades por razón de su carácter propio. Por todo ello, nos pide que lo desestimemos.

Efectivamente, la recurrente cita una profusión de preceptos infringidos en lo que, entiende la Sala, no es un modelo de motivo de casación. Por otro lado, es cierto que no se invocaron en la instancia las normas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Sin embargo, sí se habló de la disconformidad con la Constitución de la financiación pública de centros privados que impartan enseñanza separada y de si ese tipo de educación es conforme a los artículos 14, 16 y 27 de la Constitución a propósito del acceso de estos colegios al régimen de conciertos cuya razón de ser es la de encauzar el sostenimiento con fondos públicos de los centros privados que cumplan determinados requisitos para asegurar la gratuidad de la enseñanza obligatoria. Por otro lado, desde el momento en que esos preceptos constitucionales deben ser interpretados, según impone el artículo 10.2 de la Constitución, de conformidad con los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia ratificados por España, queda abierto el camino para traer a colación normas como las de la Convención de 1979 o como la Convención de la UNESCO de 15 de diciembre de 1960 contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

Por tanto, la amplia gama de preceptos de todo tipo que en el motivo se dicen infringidos no debe distraernos de la cuestión sustancial que plantea, que no es otra que la conformidad con la Constitución de la financiación pública, vía conciertos educativos, de la enseñanza separada impartida por centros privados.

Que este tipo de educación es lícita no se discute. Por otra parte, tampoco hay norma expresa que prohíba el sostenimiento público de centros que la practiquen. Por eso, UGT ha tenido que rastrear el ordenamiento jurídico en busca de algún precepto que lo impida, sin encontrarlo. De ahí la importancia que en su planteamiento tiene la invocación del artículo 10 c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ese precepto dice:

«Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza».

Sin embargo, recuerda Fomento de Centros de Enseñanza, SA, que la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 15 de diciembre de 1960, afirma en su artículo 2 a) que:

«En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán constitutivas de discriminación el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas equivalentes».

A la vista de estos textos que, ciertamente, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas, no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo. No sólo porque así lo dice la Convención citada, sino porque el artículo 10. c) de la de 1979 no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto. En el último caso, se afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo. En el primero, se dice que la enseñanza mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo.

Por tanto, las normas internacionales dejan abierta la cuestión. En este punto, interesa recordar cuanto señala el Abogado del Estado en su escrito de

oposición. Que la enseñanza obligatoria que se imparte en los centros públicos sea mixta no significa que deba serlo también en todos los centros educativos. Se trata de una opción que no puede ser impuesta. Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho de elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 y 27, la LODE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter.

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 366/1997] 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.

En consecuencia, en el escenario en que se pronunció la Audiencia Nacional, además de no ser la enseñanza separada en sí misma discriminatoria, tampoco se adujo norma alguna de nuestro ordenamiento jurídico que la impidiera ni que vedara, en principio, la posibilidad de financiar los centros que la hayan adoptado con fondos públicos. Por tanto, para resolver si la Orden de 9 de mayo de 1997 es conforme a Derecho, había que estar a lo que resultara del régimen jurídico de los conciertos educativos, lo que nos lleva al cuarto de los motivos una vez que la Sentencia ha establecido que ninguna discriminación concreta se ha producido por el hecho de que los centros que han dado lugar a este pleito impartan enseñanza separada.

NOVENO Nuevamente, el escrito de interposición relaciona una variada selección de normas que considera infringidas por la Sentencia en lo relativo al régimen de los conciertos: artículos 1, 20.2, 25, 47.2, 48.3, 51, 53, 60.1, 62.1 de la LODE ; artículos 5, 20 y 21 del Real Decreto 2377/1985; apartados a), b) y c) del preámbulo y artículos 1, 3, 6.3, 8, 9, 10 y 12 del Real Decreto 366/1997 ; apartados 1, 2, 3, 4 y 5 de la Orden de 26 de marzo de 1997; artículos 2.1, 3.3, 4.1 y 6.1 del Real Decreto 1664/1995. Mantiene UGT que estos centros no debieron ser acogidos al régimen de conciertos porque no cumplen los requisitos exigibles en materia de admisión de alumnos, por discriminar en razón del sexo (a); en materia de gratuidad de la enseñanza, por no respetar lo dispuesto sobre actividades complementarias, extraescolares y servicios (b); y en materia de admisión y selección del profesorado, porque el carácter propio de los centros impone un perfil a los profesores cuestionable desde el punto de vista del artículo 60 de la LODE (c); además, considera equivocado sostener, como hace la Sentencia, que habiendo consignación presupuestaria y atendidas las necesidades de los centros que reúnen las condiciones para

gozar de preferencia, cabe sostener con fondos públicos, también, a centros como los de este recurso que así lo soliciten y cumplan los requisitos necesarios. Dice UGT sobre esto que, del mero cumplimiento de los establecidos por el artículo 14 de la LODE, no se desprende el deber público de sostenerlos aun habiendo consignación presupuestaria (d).

Fomento de Centros de Enseñanza, SA, reitera las mismas razones formales que ya esgrimió respecto del motivo anterior para solicitar su desestimación y subraya que son cuestiones nuevas las relativas al profesorado.

El motivo debe ser rechazado. En primer lugar, porque la Sentencia ha considerado acreditado que no se ha rechazado ninguna solicitud de admisión en estos colegios, ni se han producido las infracciones denunciadas en materia de actividades complementarias y extraescolares ni respecto de los servicios de transporte y comedor. Y a ello hay que estar porque no resulta de cuanto obra en el expediente y en el proceso lo contrario. En cuanto al profesorado, el recurso da por supuesto que, por el hecho de haberse dotado unos centros concertados de un ideario determinado, necesariamente incumplirán las exigencias de seleccionar al profesorado según los principios del mérito y capacidad en los términos previstos por la LODE. Pero este argumento llevaría a concluir que el cumplimiento de esa exigencia es imposible en todo centro concertado que haya definido, conforme a la LODE (artículos 52 y 22) su propio carácter, lo cual supondría, en la práctica, dejar fuera del régimen de conciertos educativos a los centros privados con ideario religioso, lo cual no se sigue de las normas que lo regulan.

En cuanto a la conclusión a la que llega la Sentencia de que, sentadas las premisas anteriores, no hay motivos para negar el acceso al concierto a estos centros, aunque no satisfagan necesidades de escolarización ni reúnan las demás condiciones que determinan, según el artículo 48.3 de la LODE, preferencia a estos efectos, siempre que haya consignación presupuestaria y hayan sido atendidas las necesidades de sostenimiento de los centros preferentes, considera la Sala que es correcta. En realidad, el pronunciamiento es condicional. Aparte del cumplimiento de los restantes requisitos, el acceso de estos centros al régimen de conciertos -y a su renovación (artículo 43.1 del Real Decreto 2377/1985- dependerá de la disponibilidad de fondos públicos adicionales a los necesarios para los centros que gozan de preferencia. Por lo demás, no sólo no contradice ninguna norma, ni es incoherente con los elementos principales con los que el artículo 27 de la Constitución contempla el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y el papel que el Estado--los poderes públicos- debe desempeñar en relación con el primero y la segunda y con el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Por lo demás, la previsión del apartado séptimo de este precepto constitucional («Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca») ofrece cobertura a una interpretación como la realizada por la Audiencia Nacional en función de lo que en aquel momento disponían las Leyes.

DÉCIMO El último motivo, el quinto, combate la apreciación de las pruebas que hizo la Audiencia Nacional, afirmando que ha infringido las normas legales que la regulan y, en particular, la regla de la sana crítica. Invoca el artículo 24 de la Constitución y los artículos 1218 del Código Civil y 511, 512, 596.3 y 597.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Añade que, habiéndose invocado derechos fundamentales en el proceso, la Audiencia Nacional y esta Sala deben ser activas a la hora de admitir y valorar las pruebas y a la de remover los indicios u obstáculos discriminatorios. Naturalmente, la alegación de la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo en la enseñanza concertada habría determinado tal posición activa que, para el recurrente, ha de encaminarse a considerar irrazonable la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Nacional en torno a la inexistencia de discriminación por razón de sexo, cumplimiento de las normas sobre actividades complementarias, extraescolares y servicios, exigencia de adhesión por alumnos y profesores a la religión católica y a la jerarquía de la Iglesia. En su lugar, considera el motivo que se imponen la constancia de que imparten enseñanza separada y los informes negativos de la Inspección Técnica que obran en el expediente respecto de dos de los centros así como aquellos otros que reflejan cobros de diversas cantidades.

Fomento de Centros de Enseñanza, SA rechaza que sea arbitrario o irrazonable el juicio que la Audiencia Nacional ha hecho de los materiales que obran en el expediente y de los aportados al proceso. La Sala coincide con esta opinión. La Sentencia impugnada no hace afirmaciones gratuitas. Basa sus afirmaciones sobre extremos de hecho en documentos que obran en las actuaciones o en el expediente. No desconoce que la Inspección Técnica emitió informes negativos en relación con las necesidades de escolarización satisfechas por dos de estos centros, pero observa que se refieren a cuestiones relacionadas con la preferencia para acceder al concierto. Y, efectivamente, la Inspección informó, ya en el período de prueba, que no se habían producido negativas a admitir alumnos y que las actividades complementarias son gratuitas y las extraescolares opcionales. Extraer estas conclusiones de los elementos que la Sala tenía ante sí no es irrazonable, ni arbitrario, ni contrario a las reglas de la sana crítica.

Hay que tener presente, además, que en el motivo se da especial importancia a la confirmación de que en estos centros se imparte enseñanza separada y se asume que imponen a alumnos y profesores la religión católica y la obediencia a la jerarquía eclesiástica. Sin embargo, ni la primera es, nos dice acertadamente, la Sentencia, en sí misma discriminatoria, ni de lo segundo hay más constancia que las meras suposiciones del recurrente.

UNDÉCIMO En definitiva, el primer motivo es inadmisibile y los otros cuatro no pueden ser acogidos, de manera que procede desestimar el recurso de casación.

DUODÉCIMO A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas al recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra

máxima y única para todas las partes recurridas a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 2000 €, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes. Para la fijación de la expresada cantidad, que habrá de ser satisfecha a partes iguales a los recurridos, se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y a la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación núm. 3356/2000, interpuesto por la Unión General de Trabajadores-Federación de Trabajadores de la Enseñanza de Asturias contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 1999, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y recaída en el recurso 619/1997, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.