

TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Contencioso-administrativo  
Ponente: Nicolás Antonio Maurandi Guillén  
Sentencia de 16 de abril de 2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil ocho.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 675/2005 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2004 (en el recurso contencioso-administrativo núm. 163/2004 seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona).

Siendo parte recurrida la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA (CECE), representada por la Procuradora doña Almudena Delgado Gordo; y habiendo intervenido también el Ministerio Fiscal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.-La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"FALLAMOS:

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:

A. 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.

B. 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 (DOCM 17/3/2004) 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.*

C. 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".

SEGUNDO.-Notificada la anterior sentencia, por la representación de la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA se promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.-Recibidas las actuaciones, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

(...) dicte en su día sentencia por la que con estimación del mismo, case la sentencia recurrida y resolviendo sobre el debate planteado en la instancia:

A) Declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA, por inadecuación de procedimiento, y por ello deje sin efecto la anulación de los preceptos contenida en la sentencia recurrida.

B) De no estimarse la petición contenida en el punto A) anterior, subsidiariamente, declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por falta de legitimación activa, interpuesto por la actora CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA, en las impugnaciones que se refieren a la enseñanza mixta y a la pretensión de excluir el término "sexo" de las normas impugnadas, y por ello deje sin efecto la anulación de los preceptos contenida en la sentencia recurrida.

C) De no estimarse la petición contenida en el punto A) anterior, subsidiariamente desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA, por ser ajustadas a Derecho las disposiciones impugnadas y no vulnerar los derechos fundamentales invocados por dicha actora, y en consecuencia deje sin efecto la anulación de los preceptos contenida en la sentencia recurrida.

D) Y condene al pago de las costas causadas en la instancia a la actora CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA".

CUARTO.-La representación de CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA (CECE), en el trámite que le fue conferido, se opuso al recurso mediante un escrito en el que pidió:

"(...) 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.-El MINISTERIO FISCAL en su escrito de alegaciones sostuvo lo siguiente:

"(...) procede la inadmisibilidad del primero, segundo y quinto motivos, por ser cuestiones nuevas no debatidas, y la estimación de los motivos tercero y cuarto, declarar haber lugar al recurso de casación por estos motivos, y, acordar la revocación de la sentencia recurrida respecto a las nulidades que declara".

SEXTO.-Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 2 de abril de 2008 .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El proceso de lo inició la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA (CECE), por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra las disposiciones de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha siguientes:

-el *Decreto 22/2004, de 2 de marzo* , de admisión del alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM de 5 de marzo de 2004);

-la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación, 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 (DOCM de 17 de marzo de 2004); y

-la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación, por la que se regula el proceso de admisión del alumnado en 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 de 17 de marzo de 2004).

Los escritos de interposición, para justificar el procedimiento especial elegido, invocaron la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los *apartados 1, 5 y 6 del artículo 27* de la Constitución.

La sentencia recurrida en esta casación estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo que acaba de mencionarse y en cada una de esas normas reglamentarias impugnadas declaró nulos los artículos y *disposiciones indicados en su fallo (transcrito en el antecedente primero* de esta sentencia) y

con el alcance que en él se expresa.

El actual recurso de casación lo ha interpuesto la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA y suscita algunas cuestiones que ya han sido decididas por esta Sala en la sentencia de 28 de mayo de 2007 (dictada en el recurso de casación núm. 673/2005 ).

Por lo cual, sobre ellas se va a reiterar a continuación lo que ya se razonó en ese anterior pronunciamiento nuestro, pues así lo imponen exigencias de unidad de doctrina derivadas del principio de igualdad en la aplicación de la *ley* (artículo 14 de la Constitución ).

SEGUNDO.-El debate planteado en el proceso de instancia, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, tiene su origen en la modificación introducida por el *Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha* , en torno a la admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos.

Antes de tal modificación el *Decreto 86/2000, de 11 de abril* , reconocía a los titulares del centro la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, debiendo el Consejo Escolar garantizar la observancia de los criterios establecidos en la norma, si bien, tratándose de centros privados sostenidos con fondos públicos las decisiones sobre admisión de alumnos podía ser objeto de reclamación ante los Delegados provinciales de Educación (artículos 6 y 22 del *Decreto 86/2000* ).

En el *Decreto 22/2004* se administrativiza la gestión del proceso de selección de alumnos, pues tanto la baremación de las solicitudes como la decisión sobre la admisión de alumnos no se atribuyen ya a los titulares del centro sino a los denominados Consejos de Escolarización, provinciales y locales, que son órganos de naturaleza administrativa aunque de composición mixta.

El artículo 12 de ese *Decreto 22/2004* determina respecto de lo anterior 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 tablones 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".

En cuanto a la composición de los Consejos de Escolarización, el artículo 5 del *Decreto 22/2004* determina que los Consejos Provinciales están presididos por un Inspector de Educación y cuentan con representación de los directores de centros públicos, de los titulares de centros concertados, de los servicios de Inspección y Planificación de las Delegaciones Provinciales de Educación, de los Ayuntamientos, y de las asociaciones de madres y padres de alumnos, así

como de los asesores y personal administrativo que se consideren necesarios. En cuanto a los denominados Consejos Locales de Escolarización, la norma determina que su composición 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.

La sentencia recurrida en uno de los últimos párrafos de su fundamento segundo señala que la representación de los titulares de centros privados en los Consejos de Escolarización es "absolutamente minoritaria dentro de una composición muy plural y diversa", y termina dicho fundamento con esta declaración:

"El cambio de sistema [introducido por el *Decreto 22/2004*] 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*".

Con este planteamiento de partida, la sentencia recurrida pasa a examinar si la regulación contenida en el *Decreto 22/2004 y ulteriores disposiciones de desarrollo (como son las Ordenes de la Consejería de Educación de 12 de marzo de 2004)* es o no compatible con las determinaciones de la *Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio*, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) y la *Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE)* y, en definitiva, si se ha producido o no la vulneración de los derechos fundamentales que invocan los demandantes.

La Sala de instancia concluye (fundamentos tercero, cuarto, quinto y sexto) que las disposiciones reglamentarias impugnadas contravienen los preceptos legales y vulneran el derecho a la creación y dirección de centros docentes reconocido en el *artículo 27.6* de la Constitución.

TERCERO.-En su fundamento sexto es donde la sentencia recurrida aborda la concreta cuestión de si es de apreciar en las disposiciones impugnadas una vulneración del derecho a la libertad de enseñanza por la imposición que establecen para los centros concertados de la obligación de observar el sistema de enseñanza mixta.

Su respuesta es afirmativa en cuanto a la existencia de la vulneración y, por ello, en la parte final de ese fundamento sexto, se declara que 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 2003*.

El razonamiento que se emplea para llegar a esa conclusión, expuesto aquí en lo esencial, se puede resumir en estas ideas que continúan.

Inicialmente, tras reconocerse que esta es una cuestión sometida a diferentes opciones de política legislativa, se afirma que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una prohibición general de la enseñanza o educación diferenciada y que tampoco a nivel internacional existe esa prohibición (se cita la Convención

de la UNESCO de 15 de diciembre de 1960).

Más adelante se señala que 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 proceso de admisión de alumnos en centros públicos o financiados con centros públicos, tampoco se introduce ninguna prohibición por razón del sexo (se invocan los *artículos 20.2 de la LODE y 72.3 de la LOCE*).

Y con esa base se sostiene que la normativa autonómica aquí controvertida ha incurrido en un exceso competencial y vulnerados los textos legales porque, en los centros concertados, introduce "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"; y se añade

"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".

Posteriormente, se invoca el derecho a la libertad de enseñanza y se afirma que implica para los titulares de centros docentes privados el reconocimiento a la dirección de los mismos, así como que ese derecho de dirección y creación supone la posibilidad de definir el carácter propio del centro y los contornos o líneas de su personalidad educativa, y la posibilidad también de asumir como forma propia de su proyecto educativo una educación diferenciada para los de alumnos de sexo masculino y para los del sexo femenino.

Y tras todo lo anterior se incluyen estas otras declaraciones:

"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".

CUARTO.-El primer motivo de casación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, amparado en la *letra b) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (LJCA)*, denuncia la infracción del *artículo 114.1 y 2 de esa misma Ley* por entender que el recurso debió inadmitirse por inadecuación del procedimiento.

La lectura de los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la sentencia recurrida pone claramente de manifiesto que la controversia entablada en el proceso de instancia se centra precisamente en la determinación de si las disposiciones impugnadas vulneran o no el derecho a la creación y dirección de centros docentes reconocido en el *artículo 27.6* de la Constitución Española.

Por tanto, al margen de la respuesta que finalmente deba darse a esa controversia de fondo --de ello nos ocuparemos al examinar el cuarto motivo de casación--, es claro que el debate suscitado ante la Sala de Albacete versaba sobre la posible vulneración de un derecho fundamental y, en consecuencia, podía ser encauzado por el procedimiento especial regulado en los *artículos 114 y siguientes de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*.

QUINTO.-El quinto de los motivos de casación, amparado en la *letra d) del artículo 88.1 de la LJCA*, reprocha la infracción del *artículo 37.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha* y de la *Disposición Adicional primera.1 de la Ley Orgánica 8/1985 (LODE)* y *Disposición Final novena de la Ley Orgánica 10/2002 (LOCE)*, señalando la Junta de Comunidades recurrente que la sentencia viene a denegar la capacidad de la Comunidad Autónoma para ordenar los procedimientos de selección de los alumnos en los centros privados concertados.

El motivo no puede prosperar pues la sentencia recurrida no niega la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar normas de desarrollo en

la materia que nos ocupa.

La Sala de instancia no examina siquiera, por no ser necesario para la resolución del litigio, la distribución de competencias en este ámbito. Lo que hace la sentencia recurrida es un cotejo entre las disposiciones impugnadas y los preceptos de la LODE y de la LOCE, para terminar concluyendo que aquellas disposiciones reglamentarias vulneran el derecho fundamental reconocido en el *artículo 27.6* de la Constitución.

Lo cual nada tiene que ver con la cuestión competencial a que alude el motivo de casación, que por ello debe ser desestimado.

SEXTO.-En el cuarto de los motivos de casación es donde la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se adentra en la controversia de fondo, alegando que la sentencia recurrida infringe los *artículos*

*27.1 y 27.6* de la Constitución, así como el *artículo 72* y la *Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE)* y los *artículos 57.c) y 62.1.d) de la Ley Orgánica 8/1985 (LODE)*.

Lo que la Administración recurrente aduce para sostener esas infracciones es que la sentencia hace una interpretación errónea del derecho a la creación de centros privados sostenidos con fondos públicos y a intervenir en la selección de los alumnos.

Este motivo de casación merece ser acogido por todo lo que se va a explicar a continuación.

La sentencia recurrida admite que la *Ley Orgánica 8/1985* no atribuye de manera explícita a los titulares de centros privados concertados la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, pero señala, con el texto que a continuación se transcribe, cual es la razón de que no lo haga:

"... 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...." (fundamento tercero).

Ese planteamiento de la Sala de instancia no puede ser compartido porque, salvo que la atribución de esa competencia al titular del centro forme parte del contenido esencial de un derecho fundamental (y ésta es una cuestión cuyo examen la propia sentencia de instancia deja para un momento ulterior), la afirmación de que ese concreto contenido competencial está implícito en la regulación legal, o dado por supuesto en ella, constituye un juicio apriorístico que en la sentencia recurrida no queda debidamente fundamentado.

Por otra parte, la falta de acomodo que la Sala de instancia aprecia entre las disposiciones reglamentarias controvertidas y la normativa legal que se cita es una cuestión de legalidad ordinaria cuyo planteamiento, salvo que resulte afectado un derecho fundamental, no tiene cabida en el ámbito del procedimiento especial elegido por los demandantes en el proceso de instancia.

Y esto es precisamente lo que con ocasión de una controversia semejante vino a señalar la sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87 ).

En efecto, en aquel caso se aducía que en la LODE no existe habilitación legal para que el Gobierno y las Comunidades Autónomas puedan dictar normas reglamentarias sobre la materia relativa a la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos; y frente a tal alegación la mencionada sentencia señala (fundamento tercero) que la *disposición adicional primera* de LODE contiene una habilitación legal expresa para que el Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan dictar cuantas disposiciones sean precisas para la aplicación de la Ley. Además, en ese mismo fundamento, la sentencia de 9 de diciembre de 1987 deja también indicado que el argumento relativo a la falta de habilitación legal para el desarrollo reglamentario desborda el ámbito del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales.

Y esta idea se desarrolla luego en otro apartado de la misma sentencia (fundamento duodécimo) donde, en respuesta a la impugnación de determinados *preceptos de la norma reglamentaria que en aquel caso era objeto de controversia (el Real Decreto 2375/1985, de 18 de diciembre )*, se afirma que en el seno del proceso especial no cabe declarar la nulidad de tales preceptos pues lo único que se discute es su legalidad.

Tales consideraciones son enteramente aplicables a las disposiciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cuya nulidad se declara en la sentencia aquí recurrida.

Debe subrayarse para ello, en primer lugar, que la Sala de Albacete no ha podido señalar un concreto precepto de la LODE que pueda considerarse abiertamente vulnerado (ya hemos visto que la propia sentencia admite que la *Ley Orgánica 8/1985* no atribuye de manera explícita a los titulares de centros privados concertados la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos).

Pero lo que sobre todo merece destacarse es que, aunque se advirtiese una posible extralimitación de la norma reglamentaria, ello constituiría una cuestión de legalidad ordinaria y no podría acarrear la declaración de nulidad en el seno del proceso especial por el que se ha sustanciado la controversia, salvo que la disposición reglamentaria incurra en vulneración de un derecho fundamental.

Y esto último es precisamente lo que ahora se pasa a examinar.

SÉPTIMO.-En síntesis, la sentencia recurrida señala que la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro, conclusión que viene respaldada, en el criterio de la Sala de instancia, por la doctrina contenida en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional STC 77/1985, de 27 de junio .

Y ante la evidencia de que la sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87 ) apunta en un sentido diferente, la Sala de Albacete pretende salvar esta objeción señalando que la mencionada sentencia, "con independencia de la literalidad de sus términos", no excluye en realidad que la admisión de alumnos sea parte integrante del derecho de dirección del centro, pues lo que hace es señalar que, cuando se trata de centros concertados, ese derecho es legalmente limitable y modulable.

En otro apartado de su fundamentación la sentencia de instancia hace esta

declaración:

"Estas limitaciones legales 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...".

La sentencia recurrida invoca la STC 77/1985 para señalar que el contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa; y añade lo siguiente

"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.....".

Tales consideración llevan a la Sala de instancia a la siguiente conclusión:

"que las normas administrativas impugnadas vulneran el *artículo 27.6* de la Constitución Española en aquéllas 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...".

Una vez expuesto lo que antecede, ya debe decirse que son varias las razones que impiden aceptar el planteamiento de la Sala de instancia. Se desarrollan a continuación.

OCTAVO.-La sentencia recurrida no ofrece una explicación clara acerca del fundamento legal, en la LODE o en la LOCE, para afirmar que la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro.

Ya se ha visto que, ante la evidencia de que la *Ley Orgánica 8/1985 (LODE)* no atribuye de manera explícita a los titulares de centros privados concertados esa competencia, la sentencia recurrida explica la omisión señalando que la norma legal no hace una formulación expresa porque da por supuesta esa facultad.

Y en otro apartado de su razonamiento la sentencia destaca que las mencionadas Leyes Orgánicas "...no privaron al titular del centro de la titularidad de la competencia para la admisión de alumnos", derivando de ello la Sala de instancia que, al no haber sido excluida en la configuración legal del derecho, la mencionada facultad sigue formando parte del mismo sin que ninguna norma reglamentaria pueda ignorarlo.

Ya se ha dicho que este modo de razonar parte de un apriorismo que no puede ser considerado asumible porque deja sin explicar el origen de la afirmación de base, esto es, que la competencia sobre la admisión de alumnos forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro.

Por otra parte, la existencia de tal atribución como parte integrante del derecho fundamental no se deriva, de forma directa ni indirecta, de la doctrina contenida

en la STC 77/1985, de 27 de junio , pues cuando esta sentencia delimita el contenido esencial del derecho a la dirección lo hace en los siguientes términos (fundamento jurídico 20º):

"(...) El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este TC (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 caben, 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 *artículo 27.9 de la C.E .*, 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....".

Por tanto, aun aceptando que el Tribunal Constitucional no hace una relación exhaustiva del haz de facultades decisorias que delimitan positivamente el contenido esencial del derecho, puede verse que la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos no se encuentra entre las que enumera la STC 77/1985 . Y tampoco hay base para afirmar que la atribución de esa competencia sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio del centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección.

En cuanto a la sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87 ), la sentencia recurrida le atribuye un sentido que no se corresponde con los términos inequívocos de aquélla; claro que, según vimos, la Sala de Albacete admite que interpreta el significado de la sentencia de este Tribunal "con independencia de la literalidad de sus términos".

Pues bien, la sentencia de esta Sala se expresa en términos muy claros:

"... el titular de un centro concertado no tiene un derecho constitucionalmente reconocido, como reiteradamente se sostiene en la demanda, a la admisión de sus alumnos. El derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, como una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza (artículo 27,1 y 6 de la Constitución), no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos, si no se quiere negar el derecho de los padres o tutores a escoger centro docente que, como

manifestación del derecho fundamental a la educación, reconoce a todos el artículo 27,1 de la Constitución..." (fundamento tercero).

Y en otro apartado de su fundamentación la propia STS de 9 de diciembre de 1987 reitera:

"... Ya se ha dicho también que en centros concertados el titular no ostenta derecho alguno, y menos de base constitucional, a la elección del alumnado; lo que pesa sobre él es la responsabilidad del estricto cumplimiento de las normas generales sobre admisión de alumnos..." (fundamento duodécimo).

Se comprueba así que la interpretación sostenida en la sentencia recurrida está muy lejos de contar con el respaldo jurisprudencial que en ella se invoca. Y tampoco introduce elementos de valoración que propicien una reconsideración del criterio expresado en la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1987, que ahora mantenemos.

NOVENO.-Lo que se ha expuesto en el anterior de fundamento de derecho octavo es válido también para rechazar la argumentación que la sentencia recurrida utiliza para justificar ese pronunciamiento anulatorio que realiza sobre la mención sexo que figura en las disposiciones impugnadas.

El sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE.

Así lo viene a reconocer la sentencia recurrida (en su fundamento sexto) cuando ese reconocimiento lo hace derivar de los textos legales de nivel orgánico que han desarrollado el derecho fundamental a la educación y cuando la imputación dirigida a la normativa reglamentaria impugnada la concreta en estos términos literales: "se trata de que la contravención afecta a la configuración del derecho fundamental efectuada por el legislador orgánico".

Pero es que esta configuración legal apuntada por la sentencia recurrida tampoco puede ser compartida. 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.

DÉCIMO.-Todo lo anterior conduce, sin necesidad de otros análisis, a que el recurso de casación deba ser estimado y la sentencia de la Sala de Albacete casada y anulada.

Y puesto que --salvo que resulte afectado un derecho fundamental, lo que no sucede en este caso- en el ámbito del proceso especial promovido por la parte

demandante no tienen cabida pretensiones de nulidad basadas en cuestiones de legalidad ordinaria, procede también la desestimación del recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

UNDÉCIMO.-En cuanto a costas, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139, apartados 1 y 2, de la vigente Ley de la Jurisdicción*, no procede imponer las de la instancia a ninguno de los litigantes y cada parte abonará las suyas en las correspondientes a la casación.

## FALLAMOS

1.-Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2004 (dictada en recurso núm. 163/2004 seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona), y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.-Desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA (CECE) 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 de 5 de marzo de 2004); contra 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 (DOCM de 17 de marzo de 2004); y contra la Orden de 12 de marzo de 2004, de la Consejería de Educación, por la que se regula el proceso de admisión del alumnado en 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 de 17 de marzo de 2004).

3.-No hacer imposición de costas en el proceso de instancia y declarar que cada parte corra con las suyas en las que corresponden a este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos  
PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.