

INFORME SOBRE LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE CONCIERTOS EDUCATIVOS. EL ARGUMENTO DE LA DISMINUCIÓN DEMOGRÁFICA.

Sevilla, a 17 de enero de 2018

Jesús Muñoz de Priego Alvear
ABOGADO
Coordinador enLibertad

1. INTRODUCCIÓN.

Recientemente se han sucedido diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de conciertos educativos, a modo de reactivación de un ámbito que, sin embargo, ya estaba profunda y profusamente desarrollado por esta jurisprudencia del más alto nivel. Las novedades de ésta quizás puedan ser consideradas como meros leves matices a una jurisprudencia ya asentada, si bien es cierto que responden a nuevas circunstancias, o nuevos escenarios provocados artificialmente por la Administración educativa a fin de minorar los conciertos, o simplemente al intento de utilizar nuevos argumentos por parte de ésta para reducir los mismos.

Podríamos distinguir de esta forma tres escenarios argumentativos de disminución de conciertos: la sempiterna pelea de algunas Administraciones autonómicas por eliminar el régimen de conciertos a los centros que eligen la opción pedagógica de la educación diferenciada; la eliminación del régimen de conciertos en beneficio de un “inventado” régimen de subvención en la Formación Profesional de Grado Superior en la Comunidad de Madrid; y la reducción de conciertos en el proceso de renovación de los mismos alegando disminución demográfica y, como consecuencia de ello, que dichas aulas no cubren necesidades de escolarización.

En este informe nos vamos a centrar exclusivamente en este tercer supuesto, sin descartar que en un futuro podamos elaborar otros relacionados con los otros dos ámbitos, o podamos implementar o ampliar éste, a fin de analizar esos otros dos supuestos.

En este sentido, las sentencias que van a ser objeto de estudio son las siguientes: STS 17 de mayo de 2016, recurso núm. 3291/2014 (EDJ 2016/70159); STS 18 de mayo de 2016, recurso núm. 2285/2014 (EDJ 206/68752); STS 24 de mayo de 2017, recurso núm. 2950/2015 (EDJ 2027/84454); STS 25 de mayo de 2016, recurso núm. 4102/2014 (EDJ 2016/70160); STS 13 febrero de 2017, recurso núm. 1313/2015 (EDJ 2017/9091); STS 11 de julio de 2017, recurso 2165/2016 (EDJ 2017/135242); STS 11 de julio de 2017, recurso núm. 1756/2016 (EDJ 2017/135239).

Entre ellas cabe destacar una distinción, no baladí, y que marca diferencias, y que no es otra que el sentido del fallo: mientras dos de ellas, casualmente las dos primeras (STS 17 de mayo de 2016, recurso núm. 3291/2014 (EDJ 2016/70159); STS 18 de mayo de 2016, recurso núm. 2285/2014 (EDJ 206/68752), aunque también parcialmente la de STS 11 de julio de 2017, recurso 2165/2016 (EDJ 2017/135242), por lógica, en cuanto ésta analiza, entre otros, los mismos centros de las dos



anteriores y debe mantener obviamente el principio de coherencia en su fallo, aun por seguridad jurídica) son contrarias a los intereses del centro y, por tanto, son favorables, o justifican, la disminución de conciertos realizada, el resto reconoce el derecho del centro al mantenimiento del concierto en vigor. Esto va a marcar claras diferencias en cuanto a su argumentación, que serán objeto de análisis pausado en este trabajo.

2. RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR... ¿CONTINUIDAD O RUPTURA?

Resulta curioso que particularmente las dos primeras sentencias (STS 17 de mayo de 2016, recurso núm. 3291/2014 -EDJ 2016/70159-; STS 18 de mayo de 2016, recurso núm. 2285/2014 -EDJ 206/68752-) aquéllas que justifican la disminución del concierto practicada por la Orden recurrida en cada caso, hagan expresa referencia a que su decisión se produce siguiendo jurisprudencia anterior, cuando lo cierto es que, en nuestra opinión, suponen una ruptura con jurisprudencia asentada de esta misma Sala.

Así, se refieren expresamente a algunas sentencias, como antecedentes de las interpretaciones y opciones del TS, y mencionan STS 27 de abril de 2004, 4 de mayo de 2005 y 13 de marzo de 2006 (véase en este sentido FJ. Tercero y Cuarto de las STS 17 de mayo de 2016 y de 18 de mayo de 2016), pero en nuestro humilde parecer, y con el máximo respeto a la Sala, no existe una identidad de supuestos entre los analizados y éstos, sino más bien al contrario, en estas sentencias se ven casos bien distintos.

Para empezar, estas sentencias que se pretenden utilizar como antecedentes, vienen referidas a procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales de la persona, lo que no es el caso de los supuestos analizados en esta nueva jurisprudencia, e incluso alguna de aquéllas hace una mención expresa a que no valoran incumplimientos subconstitucionales o infracciones de legalidad ordinaria sin trascendencia constitucional y que cualquier vulneración de legalidad no conlleva vulneración de derechos fundamentales; por ello cabe plantearse ¿es necesario acudir a estas sentencias como si no hubiera suficientes, e incluso más, en procedimiento ordinario, que valoran sin límites la legalidad de la actuación administrativa?

Esto no pasa desapercibido para el voto particular de D. José Luis Requero Ibáñez, a ambas sentencias, que dice, en relación a esta selección de sentencias del fallo mayoritario: *“Por eso no deja de ser paradójico que la sentencia mayoritaria se apoye en unas sentencias dictadas en ese procedimiento especial de tutela – sentencias favorables a la no renovación- y que se soslaye una constante jurisprudencia –en especial de esta sección- que en sede de procedimiento ordinario sí ha sido sensible hacia la tutela de los mismos”* (Voto particular, Fundamento Segundo en STS 17 mayo de 2016 , 18 de mayo de 2016 y 11 de julio de 2017, rec. 2165/2016).

Un segundo aspecto de distinción lo supone el que todas estas sentencias mencionadas como antecedentes de criterios de la Sala, sin excepción, vienen referidas a supuestos de modificación de conciertos, y no a renovación de conciertos, que es el supuesto en el que se estaba en los casos que analiza esta nueva jurisprudencia. Cabe distinguir entre acceso, renovación y modificación, como tres supuestos distintos. Ni siquiera la normativa de aplicación es la misma. Aquí, la Sala parece confundir o identificar renovación y modificación, cuando la renovación de conciertos se produce a la finalización del plazo inicialmente previsto y se regula en el



art. 43.1 del Reglamento de conciertos, y la modificación es la posibilidad de cambio en el mismo como consecuencia de variaciones en las circunstancias durante su vigencia, y se recoge en el art. 46 del mismo. De hecho, es más sorprendente esta elección de sentencias, porque incluso ellas mismas se refieren explícitamente en su fundamentación a la diferencia de supuestos entre acceso y renovación (que, dicho sea de paso, tampoco es lo mismo, aunque los criterios preferenciales para el acceso, puedan convertirse en criterios de selección para la renovación en caso de alegarse y probarse por la Administración ausencia de consignaciones presupuestarias suficientes para la renovación de todos los conciertos anteriormente en vigor) y modificación.

Resulta aún más curioso que en estas dos sentencias del TS, que analizamos en este apartado, desfavorables a los intereses de los centros, además de esas sentencias de modificación, como precedentes inadecuados, en nuestra opinión, desde el más absoluto respeto a la Sala, también se menciona otra que sí es favorable al centro y mantiene el concierto cuestionado, para manifestar a la postre que hay que estar al caso concreto (nos referimos a la STS de 6 de noviembre de 2008). Y decimos que resulta curioso porque hasta ésta, que sí es favorable a los intereses del centro, también es de un supuesto de modificación, y no de renovación. Con tantos antecedentes judiciales específicos sobre renovación de conciertos (de hecho, mayor en número) ¿es necesario acudir a mencionar sentencias sobre un supuesto normativo distinto, como es el de modificación de un concierto en vigor, es decir, durante el tiempo de su vigencia inicialmente establecida?

En este sentido de cuestionar la elección de las sentencias que se hace, como precedentes doctrinales, para fundamentar su opción por la no renovación del concierto, podemos acudir de nuevo al voto particular que ambas tienen del Magistrado D. José Luis Requero Ibáñez, que, en su Fundamento Primero C 8 en STS de 17 y 18 de mayo de 2016 y en F.J. Primero D en STS 11 de julio de 2017 (recurso 2165/2016), se refiere a que la sentencia de instancia no infringe el art. 43.1 del Reglamento de conciertos, relativo a renovación del concierto, sino que, al contrario, es la Administración quien lo infringe al inaplicarlo, pues no se dan los requisitos previstos en dicho artículo para la no renovación. Veremos más adelante, en lo que sin duda puede resultar la peor noticia para la libertad de enseñanza, que la nueva jurisprudencia deja en cierta medida vacío de contenido el concepto de renovación preceptiva del concierto salvo causas tasadas, que es expresamente, y de forma nítida, lo que en realidad se recoge en ese artículo.

3. EL ARGUMENTO DEL DESCENSO DEMOGRÁFICO Y LA AUSENCIA DE COBERTURA DE NECESIDADES DE ESCOLARIZACIÓN.

Decíamos en la introducción de este informe que en realidad la jurisprudencia sobre la aplicación del régimen de concierto educativo ya era bastante extensa y asentada. La justificación de esta nueva jurisprudencia está en las nuevas estrategias que siguen algunas Administraciones educativas para reducir conciertos y con ello, no lo olvidemos, restringir el ejercicio de la libertad de enseñanza de los ciudadanos. Así se produce buscando nuevas fórmulas de ataque a la diferenciada; intentando sustituir la figura legal del concierto educativo por un régimen “inventado” de subvenciones que, se ha comprobado, acaba perjudicando la gratuidad, la igualdad y hasta la estabilidad de los centros, la pervivencia de la concertada tradicional de iniciativa social en beneficio de la que se ha venido a denominar “nueva concertada”, ésta más basada en intereses de perfil económico (lo que no conlleva de por sí que sea ilegítimo ni cuestionable, no estamos haciendo un juicio de valor) que ideológico (la concertada tradicional tiene su razón de ser en el ejercicio de la libertad de enseñanza, y por



tanto, en la posibilidad de que los padres puedan elegir un centro con un ideario particular, que se ofrece de forma explícita); o, al final, como en el supuesto que desarrollamos en este informe, utilizando nuevos argumentos para reducir conciertos ya que los anteriores han fracasado judicialmente, en ese intento de minoración (como es el caso del argumento del descenso demográfico). No queremos decir que no pueda existir un descenso de la natalidad, y que, dicho sea de paso, es un gravísimo problema para la pervivencia de nuestra sociedad, sino que se aprovecha este argumento como justificación para reducir unidades concertadas, cuando, sin embargo, no se aplican dichos efectos en los centros públicos y se mantienen unidades aun sin demanda o semivacías, o incluso se incrementan.

Pleitear contra determinadas Administraciones educativas en aspectos de índole manifiestamente ideológicos o axiológicos, como es el concierto educativo y el ejercicio de la libertad de enseñanza, tiene estas consecuencias, que la Administración nunca se da por vencida, nunca se cansa de buscar nuevos argumentos y probar suerte en un procedimiento judicial, a modo de método de ensayo y error. Es probable que esto sea debido a que los procedimientos que pierden los ciudadanos contra la Administración, los pagan los ciudadanos, y los que pierde la Administración frente a los ciudadanos... también los pagan los ciudadanos. La temeridad con la que la Administración pleitea, o provoca el pleito, en determinadas materias, como en ésta, realmente es indefendible e impropio.

El “nuevo argumento” de la disminución de la natalidad o el descenso demográfico y, como supuesta consecuencia, la ausencia de cobertura de necesidades de escolarización para reducir conciertos o no renovarlos, responde, sin duda, a esa estrategia, a modo de mera excusa.

Del estudio de esta nueva jurisprudencia, llegamos a la conclusión de que para que el descenso demográfico, que, dicho sea de paso, debiera ser acreditado y no dado por supuesto, afecte al concierto de un centro, deben darse dos requisitos: que baje, que mermen, las solicitudes en ese centro, y que la ratio profesor/alumno resultante sea menor que la media establecida en la zona, que es la exigible.

En las dos sentencias que justificaron la reducción del concierto, se dio validez a este argumento y, sin embargo, si bien es cierto que, en el caso de la STS de 17 de mayo de 2016, el centro había sufrido un descenso en solicitudes notable y su ratio era menor que la exigible, no parece ocurrir así, en la STS de 18 de mayo de 2016, donde el centro sufre una merma de solicitudes, pero su ratio, no parece menor que la fijada y desde luego, no menor que la de los centros públicos de la zona. Luego resulta discutible que estos criterios fueran bien aplicados en la segunda sentencia (STS de 18 de mayo de 2016).

Siguiendo el resultado de esta última sentencia mencionada parecería que basta con que las solicitudes bajen, con respecto a años anteriores, aunque la ratio siga siendo superior a la exigible, para justificar la reducción, o que lo que se requiere en cierta medida es que para mantener el concierto el centro tenga que tener sus aulas completas. Resulta curioso porque el argumento de la Sala para justificar la minoración de conciertos por este descenso demográfico es que *“lo contrario sería potenciar la concertada frente a la pública, porque su ratio sería ostensiblemente menor”* (STS 17 y 18 mayo de 2016, F.J. 5º). Es decir, la igualdad de trato. Cuando en este supuesto reduce el concierto de un centro que tiene menos solicitudes que en convocatorias anteriores, pero aun así cumple la ratio exigible y, en cualquier caso, su ratio es mucho mayor que la de los públicos de la zona, se está potenciando la pública frente a la concertada, *“porque su ratio sería ostensiblemente menor”*, utilizando las propias palabras de la Sala. Claro que habrá quien piense, desde su opción política o



ideológica por la escuela pública como modelo único o excluyente, que esta preferencia está justificada, pero no es así en la normativa en vigor. Cuando la misma Sala, como veremos, rechaza una escuela concertada subsidiaria de la pública, solo cabe pensar que ante la disminución demográfica la actuación de la Administración, que puede ser discrecional pero jamás arbitraria, debería suponer igual trato para concertada y pública. Al disminuir el concierto en una concertada, con menos solicitudes que en años anteriores, pero aun así más demanda que la pública de la zona, permitiendo la pervivencia de esa unidad pública, precisamente mediante el trasvase forzado de las familias que habían elegido la unidad concertada que se minoraba, con más demanda, no parece responderse a un trato igualitario.

Tampoco cabe olvidar que en el otro centro al que se le justifica la no renovación de concierto en la STS de 17 de mayo de 2016, sí se daban los dos requisitos mencionados: disminución de solicitudes y ratio menor que la media exigible, pero sin embargo, en el procedimiento quedó acreditado, y el voto particular de D. José Luis Requero así lo menciona y ni siquiera fue negado de contrario por la Administración educativa en el proceso, que la Administración, lejos de amortizar esa unidad, lo que hizo fue incrementar un aula en un centro público, ese mismo año, ¿cómo puede justificarse hablar de falta de necesidades de escolarización, porque la disminución demográfica supone que sobran plazas en la localidad y a la vez ampliar una nueva aula pública, sin demanda?

Que los dos requisitos necesarios para reducir un concierto por disminución demográfica son la merma en las solicitudes y la ratio inferior a la exigible y, por tanto, no la necesidad de que el centro tenga la ratio completa, puede verse con claridad en STS de 25 de mayo de 2016, F.J. Séptimo: *“de modo que no se trata ahora, como lo fue en los antes citados recursos de casación nº 3291/2014 y nº 2285/2014 de determinar la legalidad del impacto que sobre la renovación del concierto, y sobre las necesidades de escolarización, tiene el descenso demográfico, cuando éste se traduce en una reducción del número de solicitudes del centro privado concertado. Esta merma de solicitudes comporta que no se alcanzara por la unidad suprimida la ratio profesor/alumno exigida, lo que determinaba una rebaja de esa ratio en los centros privados concertados, que ha sido considerado por esta Sala tercera como un privilegio para la enseñanza privada concertada, en detrimento de la pública, incompatible con el régimen que alumbra la Ley Orgánica de Educación.*

El supuesto que resuelve la sentencia ahora impugnada es diferente. El descenso demográfico no se ha traducido en una reducción de las solicitudes en el centro privado”. En idénticos términos STS de 24 de mayo de 2017, F.J. Tercero.

También STS 11 de julio de 2017 (recurso 2165/2016), en su F.J. Quinto, 2º: *“(…) se viene entendiendo que el descenso demográfico ligado a la disminución del número de alumnos justifica la reducción de unidades concertadas en el siguiente curso escolar, pues ese descenso provoca una disminución del número de solicitudes para esos centros educativos. Por tanto, esta Sala ha considerado que es causa legítima de modificación de un concierto educativo la concurrencia de esas dos circunstancias”.*

Lo que sí resulta más que evidente, es que no puede reducirse el concierto a un centro con demanda social al que la supuesta disminución demográfica ni siquiera ha afectado a su volumen de solicitantes, que es el supuesto que más se reitera en los procedimientos analizados. STS 11 de julio de 2017, F.J. Sexto, 2º (rec. 2165/2016): *“La sala entendió que el caso de este colegio era diferente a los otros dos pues el descenso demográfico no se ha traducido en una reducción de las solicitudes”.*



4. LA PROGRAMACIÓN GENERAL NO ES ARBITRARIA NI ILIMITADA.

La “nueva” jurisprudencia, vuelve a acometer un ámbito que ya debería haber quedado zanjado, con pronunciamientos anteriores.

La Administración sigue alegando la programación para justificar dar y quitar conciertos a su antojo, sin límites, según sus criterios, incluso políticos e ideológicos. Es cierto que la Administración educativa tiene la facultad de programar, pero ésta no es ilimitada ni arbitraria. Así se extrae directamente de la legislación de aplicación y, como no podía ser de otro modo, se reconoce, de nuevo, en esta jurisprudencia.

La STS de 25 de mayo de 2016, en su F.J. Octavo, dice: *“Conviene añadir que efectivamente en la programación de la red de centros rige la armonización para garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos, alumnas, padres, madres y tutores legales (artículo 109.1). Por lo que dicha programación, a la que ya se refería el artículo 15, ha de hacerse tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social (artículo 109.2)”*. Ídem en STS de 24 de mayo de 2017, F.J. Cuarto, y de forma muy semejante en STS de 11 de julio de 2017 (recurso 2165/2016), F.J. Sexto, 6, y STS de 11 de julio de 2017 (recurso 1756/2016), F.J. Segundo, 5º.

5. RECHAZO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

En realidad, tampoco este análisis del rechazo a la consideración de la escuela concertada como subsidiaria de la pública, resulta novedoso. Así, es recomendable ver, en este sentido, por su claridad, la anterior STS de 6 de noviembre de 2011 (recurso 1548/2006), que en su F.J. Séptimo ya recogía: *“(…) conviene antes que nada corregir la afirmación que contiene el texto de la Sentencia recurrida cuando en el fundamento tercero afirma que ‘en esta materia rige el principio de subsidiariedad, de modo que solamente ha de acudir al régimen de conciertos cuando la necesidad educativa no resulta satisfecha por los centros públicos (...)’*.

Esta afirmación no puede compartirse porque es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación. Y ello porque la invocación que hace el preámbulo de la ley al principio de subsidiariedad es radicalmente contraria al sentido en que la Sentencia utiliza ese término de que habiendo oferta pública que satisfaga las necesidades que existan, la misma debe prevalecer frente a la privada, de modo que no habrá lugar a concertar con centros privados. Cuando la Ley se refiere a ese principio en la exposición de motivos lo hace en relación con una situación pretérita en la que las insuficiencias del desarrollo económico y los avatares del desarrollo político, en diversas épocas, obligaron al Estado a hacer ‘dejaición de sus responsabilidades en este ámbito, abandonándolas en manos de particulares o de instituciones privadas, en aras del llamado principio de subsidiariedad’

No es esa la situación actual en la que la norma que desarrolla la Constitución, la Ley Orgánica del Derecho a la Educación quiere garantizar ‘al mismo tiempo el pluralismo educativo y la equidad’ y así se reconoce ‘la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio’,... e ‘incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, tal como se recoge en el art. 4º’. De ahí que distinga entre los centros privados y ‘los centros sostenidos con fondos públicos, y dentro de éstos los privados concertados y los de titularidad pública’, que



impartirán 'la educación obligatoria en régimen de gratuidad'. Por otra parte añade que la 'programación debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos'. Asimismo garantiza 'el régimen de conciertos a través del cual se materializa el sostenimiento público de los centros privados concertados que, junto con los públicos, contribuyen a hacer eficaz el derecho a la educación gratuita, y, de acuerdo con el art. 27.9 CE, establece los requisitos que deben reunir tales centros'. De ahí que el art. 27.9 de la Constitución utilice la expresión 'los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establece'.

(...).

En consecuencia el principio de subsidiariedad al que se refiere la Sentencia no puede aceptarse del modo que la misma lo entiende, de forma que existiendo oferta de enseñanza básica suficiente en centros públicos la misma es preferente a la existente en los centros privados que reúnan los requisitos legales que, en esos casos, no tendrán derecho al concierto”.

Ya en esta nueva jurisprudencia, resulta muy clara, transcribiendo además alguna de esas sentencias anteriores la STS de 25 de mayo de 2016, que en su F.J. Séptimo indica: “La interpretación, por tanto, que subyace en la motivación que la Administración esgrime en la orden impugnada en la instancia, sobre el requisito de la satisfacción de necesidades de escolarización, se concreta en que la llamada que hace la Ley Orgánica de Educación a los centros privados concertados, únicamente debe producirse, cuando no haya plazas vacantes para escolarizar en los centros públicos, pues cuando hay vacantes en estos centros han de suprimirse las plazas de los centros privados concertados . Se sigue, por tanto, un principio de subsidiariedad de la enseñanza privada concertada respecto de la enseñanza pública, pues aquella solo debe intervenir cuando esta no alcance la plena y completa escolarización.

Pues bien, bastaría para desautorizar dicha interpretación con señalar que esta Sala Tercera ha declarado que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad en relación con la enseñanza privada concertada. Nos referimos a nuestras Sentencia de 6 de noviembre de 2008 (recurso de casación nº 1548/2006) y de 18 de noviembre de 2010 (recuso de casación nº 163/2007), al concluir la primera de ellas, y reiterar la segunda que ‘Esa afirmación no puede compartirse porque es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación’. La afirmación a que se refiere es la alusión expresa que hacía la sentencia de instancia, que fue casada, al principio de subsidiariedad”.

Y sigue en su F.J. Octavo: “Y es que la Ley reguladora del Derecho a la Educación de 1985 y la Ley Orgánica de Educación de 2006 establecen un régimen dual para la prestación del servicio educativo, en lo relativo a la enseñanza obligatoria y gratuita. Es decir, el sistema pivota sobre dos ejes, la enseñanza privada concertada y la enseñanza pública.

Así se pone de manifiesto en la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación cuando, en su exposición de motivos, declara que aunque hay centros privados que funcionan en régimen de mercado, mediante precio, y hay centros sostenidos con fondos públicos, dentro de estos están los concertados y los de titularidad pública. Calificando dicha red como una ‘red dual integrada por estos dos últimos tipos de centros’ (privados concertados y públicos) a los que ‘encomienda la ley la provisión de la educación obligatoria del régimen de gratuidad”.



(...)

De modo que el legislador ha considerado, a los efectos del artículo 27.4 de la C.E., que la ‘la enseñanza básica obligatoria y gratuita’, a que se refiere dicha norma constitucional, se presta por los centros públicos y los privados concertados”. Se transcribe todo en STS de 13 de febrero de 2017, F. J. Quinto. Y en idénticos términos en STS de 24 de mayo de 2017, F.J. Tercero y Cuarto.

En STS 25 de mayo de 2016, F.J. Noveno, y STS 24 de mayo de 2017, F.J. Quinto: *“No se otorga, en dicha regulación legal, a los centros privados concertados un carácter secundario o accesorio respecto de los centros públicos, para llegar únicamente donde no lleguen estos últimos, es decir, para suplir las carencias de la enseñanza pública, que es lo que se infiere de la motivación, para la supresión de una unidad, en la orden impugnada en la instancia”.*

La STS de 13 de febrero de 2017, F.J. Quinto in fine, que es la única relativa a un supuesto de ampliación de concierto, insiste: *“(…) no cabe aceptar que el ordenamiento jurídico establezca ese pretendido principio de subsidiariedad de la oferta educativa en centros a concertar respecto a los públicos, máxime cuando en este caso se afirma en la sentencia, y no se ha desvirtuado, que la oferta existente en centros públicos o en los ya concertados para la etapa solicitada, no alcanza en modo alguno a cubrir la demanda de escolarización que viene siendo atendida en el centro solicitante”.*

La STS de 11 de julio de 2017 (rec. 2165/2016), por su parte, en F.J. Sexto, 3º, afirma: *“La Sala censuró el criterio de la Junta de Andalucía del que se deduce que sólo procede concertar cuando no hay plazas vacantes en los centros públicos, pues cuando hay vacantes en estos centros ha de suprimirse las plazas de los centros privados concertados. En definitiva, que dicha Administración aplica un principio de subsidiariedad a la enseñanza privada concertada respecto de la enseñanza pública: sólo cabría concertar cuando los centros públicos no alcancen la plena y completa escolarización.*

(…) La razón de tal censura es que el sistema de conciertos implica y pivota en una red dual de centros –centros públicos y privados concertados-”. En igual sentido, STS de 11 de julio de 2017 (rec. 1756/2016), F.J. Segundo, 2 y 4).

Igualmente, la misma STS de 11 de julio de 2017 (rec. 2165/2016), en su F.J. Séptimo, 3 y 4, sobre reducción de concierto y aumento de la pública, dice: *“(…) la Junta de Andalucía aplica un inadmisibles criterio de subsidiariedad con el que viene a dejar sin efecto el régimen de conciertos mediante el expediente de aumentar, innecesariamente, una unidad en el centro público, lo que evidencia un criterio no compatible con la administración de los fondos públicos según los principios de economía y eficiencia, aparte de impedir el ejercicio del derecho a la libre elección de centro”. También en STS de 11 de julio de 2017 (rec. 1756/2016), F.J. Tercero.*

6. CAMBIO DE CRITERIO EN CUANTO AL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA RENOVACIÓN DE CONCIERTOS.

Uno de los aspectos preocupantes de esta nueva jurisprudencia, en cuanto a la defensa de la libertad de enseñanza se refiere, es la extraña actuación de la Sala frente a la regulación explícita del art. 43. 1 del Reglamento de conciertos, que reconoce la preceptiva renovación del concierto educativo, siempre que el centro no incurra en alguna de las tres causas tasadas, y que no son otras que seguir



cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no incurrir en incumplimiento muy grave de concierto y la existencia de consignaciones presupuestarias. Estas nuevas sentencias vacían de contenido este artículo, y con ello contradicen abundante jurisprudencia anterior de esta misma Sala, como STS 29-11-1990 (El Derecho 1990/10897), F.J. Quinto; 31 de julio de 2000 (El Derecho 2000/30044); 4 de octubre de 2000 (El Derecho 2000/33964); 7 de mayo de 2001 (El Derecho 2001/9422); 7 de abril de 2003 (El Derecho 2003/15174); 12 de mayo de 2003 (El Derecho 2003/17737). Lo hace además sin justificar ese cambio de criterio evidente. No es que realice una interpretación alternativa, es que simplemente lo deja inaplicado. Resulta en cierta medida incomprensible que si la Sala cuestiona la legalidad de ese artículo no actúe en consecuencia.

Véase, por ejemplo, la STS de 25 de mayo de 2016, que en su F.J. Sexto, afirma: *“Antes de nada debemos hacer dos advertencias preliminares. La primera es que esta Sala no comparte el argumento esgrimido por la recurrente sobre la imposibilidad de acordar la denegación de una unidad, salvo que concorra alguna de las circunstancias que establece el artículo 43.1 del Reglamento de normas Básicas sobre Concierto educativos. Hemos desautorizado este argumento en las recientes Sentencias de 17 de mayo de 2016 (recurso de casación nº 3291/2014) y 18 de mayo de 2016 (recurso de casación nº 2285/2014). Y la segunda es que en el presente caso no nos encontramos en ninguno de los supuestos que establece el art. 43.1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, es decir, que se hayan incumplido los requisitos que determinara la aprobación del concierto (1), que se haya incurrido en alguna de las causas de no renovación previstas en el artículo 62.3 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (2), o que no existan consignaciones presupuestarias disponibles (3), pues ninguno de ellos ha sido invocado por la Administración. Y no por ello la sentencia recurrida debió de declarar, como postula la recurrente, que la orden, allí impugnada, era disconforme a Derecho”.*

En semejantes términos STS de 24 de mayo de 2017, F.J. Segundo.

Por lo tanto, sin más justificación, deja de aplicar el art. 43.1 del Reglamento de conciertos. No interpreta, no realiza actuaciones para el pronunciamiento sobre su legalidad y derogación, etc., simplemente lo inaplica. Como bien dice la Sala al hablar del trasfondo político de las denegaciones de conciertos, se puede estar de acuerdo o no con la normativa de aplicación, incluso se puede cambiar por quien corresponda, pero la normativa actualmente es la que es, y debe aplicarse. No es eso, sin embargo, lo que parecen hacer estas sentencias, en este caso.

7. EL TRANSFONDO POLÍTICO DEL ACTUAR DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA REDUCIENDO CONCIERTOS.

En realidad, tras la actuación de algunas Administraciones educativas reduciendo conciertos educativos no está la programación, ni la realidad demográfica, ni criterios técnicos, económicos o presupuestarios. Lo que subyace son propuestas políticas-ideológicas contrarias al ejercicio de la libertad de enseñanza.

Así lo denuncia el voto particular del magistrado D. José Luis Requero Ibáñez, a la STS de 17 de mayo de 2016: *“Por tanto, la única razón que inspira el acto impugnado –y así lo explicita el recurso de casación- es que obedece a un postulado de política educativa que contraría los derechos fundamentales tal y como más abajo se expondrá y que se concreta en que se parte de la preferencia de cubrir plazas vacantes en centros públicos para lo que prescinde de las preferencias de los padres plasmada en el hecho no cuestionado de solicitudes, de ahí que la Administración*



infrinja el artículo 109.1 de la Ley Orgánica de Educación” (Voto particular a STS de 17 de mayo de 2016 y 18 de mayo de 2016, Fund. Primero C) 6º) y a STS 11 de julio de 2017, rec. 2165/2016, Fund. Primero D) 6º).

Y también: *“su lógica llevará a que mientras existan plazas vacantes en centros públicos, se cercenará el derecho fundamental de los padres para llevar a sus hijos a un colegio de su elección en el que se impartan las enseñanzas obligatorias en régimen de gratuidad” (Fund. Segundo en STS de 17 y 18 de mayo de 2016 y de 11 de julio de 2017, en rec. 2165/2016).*

Y efectivamente, eso es lo que viene a reconocer la STS de 25 de mayo de 2016, tras rechazar el principio de subsidiariedad, F.J. Noveno, y también en STS de 24 de mayo de 2017, F. J. Quinto; STS 11 de julio de 2017 (rec 2165/2016), en F.J. Sexto, 8º y STS 11 de julio de 2017 (rec. 1756/2016), en F.J. Segundo, 7º: *“En fin, la solución contraria a la que sostenemos determinaría que la Administración educativa podría ir incrementando plazas en los centros públicos, y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor/alumnos), haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización, y por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previsto en la ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la Ley Orgánica de Educación, violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad que esta Sala Tercera ya ha desautorizado”. En este apartado, por cierto, puede verse con claridad otra referencia a la necesidad del doble requisito para justificar la reducción de concierto por disminución demográfica, bajada de demanda y no cumplimiento de ratio, que ya analizamos en su momento.*

Hasta aquí nos parece que la Sala desenmascara correctamente qué se esconde detrás del proceder, nada aséptico en estos casos al menos, de la Administración educativa. Sin embargo, sorprendentemente, como pretendiendo justificar su proceder, quizás excusarse, o, lo que resultaría aun peor, dando pistas sobre qué actuar no sería rechazable, continúa: *“Este tipo de decisiones, en consecuencia, no corresponden a la Administración educativa, corresponden al legislador mediante la correspondiente modificación legislativa, en el marco constitucional que regula el artículo 27 sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El legislador, en definitiva, podría haber diseñado otro modelo, o establecer modulaciones o correcciones al vigente, en lo relativo a la prestación del servicio público de la educación (enseñanza obligatoria y gratuita), pero el que establece la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación de 1985 y la Ley Orgánica de Educación de 2006, que debemos aplicar, sigue el régimen que apuesta por una duplicidad de redes en los términos que hemos descrito”. Ídem en STS de 24 de mayo de 2017, F.J. Quinto.*

También en STS de 11 de julio de 2017 (rec. 2165/2016), en F.J. Sexto, 9; en semejantes términos: *“En definitiva, el legislador podría haber diseñado otro modelo, o establecer modulaciones o correcciones al vigente, pero con la LODE y la LOE se mantiene un régimen basado en esa red dual de centros sin que en esas normas se otorgue ‘a los centros privados concertados un carácter secundario o accesorio respecto de los centros públicos, para llegar únicamente donde no lleguen estos últimos, es decir, para suplir las carencias de la enseñanza pública, que es lo que se infiere de la motivación, para la supresión de una unidad, en la orden impugnada en la instancia. Recordemos que bastará, en consecuencia, con la mera existencia de plazas vacantes en los centros públicos”. Igual en STS de 11 de julio de 2017 (rec. 2165/2016).*



No entendemos, y nos sorprende, por qué la Sala hace esta reflexión. Y ello, por muchas causas. En primer lugar, porque parece que está excusándose, justificándose ¿frente a quién? En segundo lugar, porque da la apariencia de pretender dar pistas de actuación a la Administración. Es manifiesto que las posibilidades del administrado de cambiar la legislación son exiguas, pero las opciones de la Administración de cambiar las normas, mediante sus grupos parlamentarios, no tanto. En tercer lugar, porque tampoco tiene mucho sentido, porque lo que dice no deja de ser una obviedad: que esto es fruto de la legislación existente y que otra cosa sería si esa legislación fuera otra. Pero eso siempre es así. Y, finalmente, porque, no hace la reflexión contraria, cuando falla a favor de la reducción del concierto, no ha venido a decir que si la legislación fuera otra, el resultado también (por ejemplo, mediante la aplicación del principio de subsidiariedad original, que suponía que la sociedad debe prestar por sus medios un servicio y solo donde no llegue y para garantizar el mismo, está justificada la intervención de la Administración), y el concierto se habría mantenido.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN.

La mayor parte de estas sentencias son favorables a la renovación de los conciertos cuestionados. Luego el hecho innegable es que, al menos los fallos, siguen siendo favorables a los intereses de los centros y al ejercicio de la libertad de enseñanza, pero eso no debe ocultar los movimientos y cambios, la evolución (o involución), que se vienen produciendo en cuanto a su fundamentación.

Es una buena noticia para la libertad de enseñanza que esta jurisprudencia vuelva a incidir en que el criterio fundamental para la existencia de los conciertos educativos es la demanda social, por encima de programaciones, intereses u opciones políticas e ideológicas de los partidos políticos y sus representantes en las Administraciones educativas; es la elección de un centro educativo por los padres, elemento o contenido más característico de la libertad de enseñanza, lo que debe primar.

Ante el descenso demográfico, el criterio de determinación de qué unidades deben disminuirse, en caso de ser necesario, sigue siendo la demanda social. Si la disminución de natalidad no afecta a la demanda de un centro, no es éste el que tiene que reducir aulas.

Otro elemento importante es la confirmación de que las redes pública y concertada son complementarias y no subsidiarias. La razón de ser del concierto educativo está en la libertad de enseñanza (la elección de los padres de un centro que ofrece un ideario particular) y no en el derecho a la educación (que existan plazas escolares para todos a fin de permitir la escolarización universal). De este modo, aun cuando los centros públicos pudieran ofrecer plazas suficientes para permitir la plena escolarización de la población en edad escolar, eso no supondría en absoluto la reducción de aulas concertadas, siempre que éstas tengan demanda social y sean elegidas por los padres.

En este sentido, como ya reconocía anterior jurisprudencia, la facultad de programación de la Administración no es ilimitada, ni arbitraria, sino que viene marcada por el respeto a los derechos y libertades individuales de las familias (libertad de enseñanza) y por la demanda social. Así lo dice la normativa y la jurisprudencia.

Por el contrario, esta reciente jurisprudencia parece haber dejado vacío de contenido la referencia explícita del Reglamento de conciertos sobre la renovación preceptiva del mismo, mudando la jurisprudencia anterior, sin explicar dicho cambio de criterio, sin cuestionar que la norma no diga eso (la norma es demasiado explícita en



ese sentido), sin discutir la legalidad de la norma, simplemente viene a decir que eso no puede ser así... y no obstante, lo cierto es que así es, así lo dice la norma. No entendemos esta actuación.

Tampoco acabamos de comprender que las sentencias acaben autojustificándose, más de lo debido, en que los centros tienen derecho a la renovación de estos conciertos porque así lo dice la legislación vigente y que sería distinto si la norma de aplicación, dijera otra cosa. ¡Claro! ¿No pasa siempre eso? Todas las sentencias de la Sala en aplicación de la legislación serían distintas si la legislación fuera otra, pero esto no supone que la Sala incida en esto en cada caso. Parece que tuviera que justificar su fallo... y eso no es buena señal.

También esta jurisprudencia nos pone de manifiesto una evidencia: que pleitear contra la Administración siempre es una lucha desigual, de David contra Goliat. Así, existe una abundante jurisprudencia asentada sobre conciertos educativos, pero eso nunca va a suponer que las Administraciones educativas acepten la situación y la estabilicen, sino que seguirán intentando reducir conciertos, cambiando la argumentación o incluso instando a cambiar la norma. Cuando un particular, un administrado, pierde un pleito contra la Administración, ahí suele acabar el recorrido del conflicto. Cuando lo pierde la Administración, por el contrario, ésta opta por insistir en la misma actuación, o por buscar nuevos criterios y probar suerte, o por cambiar la legislación en aquello que las sentencias le han dicho que no es conforme a su interpretación o sus intereses, o simplemente por esperar que cambien los miembros de la Sala y con ellos se vaya modificando su criterio. Es la ventaja de pagar los juicios con dinero público. La línea entre la defensa de los intereses generales y los propios, basados en los postulados ideológicos del partido que gobierna, a veces es delgada, sobre todo cuando se dogmatiza, o se quiere imponer obcecadamente una propuesta, aun por el supuesto beneficio social, como un "iluminado". Ciertamente, en muchos de estos juicios pueden apreciarse con claridad los intereses espurios y la temeridad a la hora de litigar por parte de la Administración educativa.

En general, de esta jurisprudencia se extrae, que aun siendo favorable mayoritariamente a la renovación del concierto y rechazando el proceder de las Administraciones públicas, la jurisprudencia puede variar (incluso sin justificación aparente y sin causa legal, como en la interpretación sobre la renovación preceptiva del concierto) y no supone una garantía absoluta para el mantenimiento y el respeto de la libertad de enseñanza. Eso sí, aún es favorable, y eso da tiempo para que el debate sobre la libertad de enseñanza, más que en el limitado recorrido judicial, se traslade y se centre en el ámbito público. La libertad de enseñanza no se ganará definitivamente en los tribunales, aún las victorias que puedan producirse, sino en la calle, en el debate social, en la reflexión y conciencia de los ciudadanos y la no aceptación del cuestionamiento, la minoración o la pérdida de una libertad pública e individual trascendente.