

# Trabajo Fin de Grado

## LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR: LÍMITES Y GARANTÍAS

### ADMINISTRATIVAS

#### THE FREEDOM CHOICE OF SCHOOL: ADMINISTRATIVE LIMITS AND GUARANTEES

Autora

Marina Pacheco Monreal

Directora

M<sup>a</sup> del Carmen de Guerrero Manso

Facultad de Derecho

Curso 2020 – 2021

## **ÍNDICE:**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS .....</b>   | <b>3</b>  |
| <b>II. INTRODUCCIÓN.....</b>   | <b>5</b>  |
| 1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....   | 5         |
| 2. RAZÓN DE ELECCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS .....   | 6         |
| 3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO .....  | 8         |
| <b>III. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR.....</b>   | <b>9</b>  |
| 1. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR DENTRO DE LA<br>EVOLUCIÓN DE LAS LEYES EDUCATIVAS .....   | 9         |
| 2. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR, ¿DERECHO<br>FUNDAMENTAL O LIBERTAD? .....  | 15        |
| <b>IV. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ESCOLARIZACIÓN Y<br/>CONCIERTO COMO LIMITACIÓN Y GARANTÍA A LA LIBRE ELECCIÓN<br/>DE CENTRO ESCOLAR .....</b> | <b>21</b> |
| 1. PROGRAMACIÓN GENERAL DE LA ENSEÑANZA. DEL PODER<br>ESTATAL AL AUTONÓMICO.....   | 21        |
| 2. PROCEDIMIENTO DE ESCOLARIZACIÓN .....   | 23        |
| 2.1 Normativa reguladora y exposición del procedimiento de escolarización en<br>Aragón .....   | 24        |
| 2.2 Análisis de la tendencia jurisprudencial aragonesa en materia de<br>escolarización .....   | 27        |
| 3. PROCEDIMIENTO DE CONCIERTO .....  | 32        |
| 3.1 Normativa reguladora y exposición del procedimiento de régimen de<br>conciertos en Aragón.....   | 32        |
| 3.2 Análisis de la tendencia jurisprudencial aragonesa en materia de concierto<br>.....  | 34        |
| <b>V. CONCLUSIONES .....</b>   | <b>38</b> |
| <b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>42</b> |
| <b>VII. ANEXOS .....</b>   | <b>44</b> |

|  |    |
|--|----|
| ANEXO I – COMUNICADO OFICIAL DEL MINISTERIO SOBRE LIBERTAD DE ENSEÑANZA..... | 44 |
| ANEXO II – FICHAS PRONUNCIAMIENTOS ESCOLARIZACIÓN .....                      | 48 |
| ANEXO III – FICHAS PRONUNCIAMIENTOS CONCIERTOS.....                          | 60 |

## **I. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS**

art. – Artículo

Adm. - Administración

BOA – Boletín Oficial de Aragón

BOE – Boletín Oficial del Estado

CCAA – Comunidades Autónomas

CE – Constitución Española

D. – Decreto

GA – Gobierno de Aragón

JCA – Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LGE – Ley 12/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa

LJCA – Ley 29/1998, de 13 de febrero, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LODE – Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

LOE – Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

LOECE – Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, de Estatuto de Centros Escolares.

LOGSE - Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

LOMCE – Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de Calidad Educativa.

LOMLOE – Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LOE.

LOPEG - Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes.

RD – Real Decreto.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJ – Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

TC – Tribunal Constitucional.

TS – Tribunal Superior.

TSJ – Tribunal Superior de Justicia

## II. INTRODUCCIÓN

### 1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

La presente investigación trata la cuestión relativa a la libertad de elección de centro educativo. Se intentará aportar luz sobre el debate de si esta es un derecho fundamental de los padres, madres y tutores amparado por el art. 27 de la CE, o si bien es una libertad emanada del derecho a la educación, que no tiene carácter fundamental aunque cuenta con un sistema de protección y control.

Nos referimos a la distinción entre derecho, en especial del tipo fundamental, y libertad en el epígrafe III, apartado 2 porque son acepciones diferentes en Derecho. La libertad consiste en la facultad del ser humano de hacer o no hacer bajo responsabilidad propia, y el derecho es la norma positiva por la que la ley reconoce esa libertad. Es relevante la distinción entre los dos conceptos para ser conscientes de qué son titulares los padres, madres y tutores en la libertad de elección de centro docente y cuál es el alcance del derecho que podrán aducir ante nuestro ordenamiento jurídico.

Para resolver esta cuestión, revisaremos el concepto de libertad de elección de centro en el marco de las leyes de educación. Haremos un análisis de la doctrina asentada al respecto por el Tribunal Constitucional y la concepción actual de académicos que existe sobre esta.

En el epígrafe IV, ilustraremos cómo tras la transferencia de competencias educativas, del Estado a las CCAA, es el Gobierno de Aragón mediante el Departamento de Educación, Cultura y Deporte el encargado de dar respuesta y protección jurídica a la libertad de elección de centro en nuestra comunidad mediante los procedimientos relacionados con la incorporación del alumnado a los centros docentes, los cuales respetan los principios de igualdad y de legalidad.

El instrumento principal es la programación general de la enseñanza. Mediante la programación se designan los colegios y las respectivas plazas que se ofertarán en cada curso escolar. La Administración educativa, gestiona la oferta de plazas en los centros públicos y en centros de titularidad privada sometidos al régimen de concierto. Es a través de los procedimientos de concierto y escolarización la manera en la que se garantiza la posibilidad de la libre elección de centro escolar para los padres, madres y tutores así como las características de la educación de gratuidad y obligatoriedad.

El régimen de conciertos permite sostener con fondos públicos centros de titularidad privada, y por tanto ofertar plazas escolares en estos centros, y el de escolarización permite que la admisión del alumnado en un colegio concertado sea totalmente igualitaria

y gratuita que en el resto de centros públicos. Pero esta libertad de elección es limitada porque las plazas se distribuyen siguiendo los criterios que establece el Gobierno de la comunidad como pueden ser aumento de plazas en determinadas zonas, disminución en otras, localización de los centros o distribución equilibrada de alumnos con necesidades educativas. En definitiva, en cada curso escolar existen centros, en mayor medida centros concertados, donde la demanda de plazas es superior a la oferta. Por esta razón se establece el procedimiento de escolarización que garantiza los derechos de las familias con unos criterios establecidos previamente.

En el mismo epígrafe IV, abordaremos el asunto de la libertad de elección de centro docente desde un estudio jurisprudencial de los tribunales contencioso-administrativos en el ámbito autonómico. He elaborado una serie de fichas de pronunciamientos especialmente seleccionados en materia tanto de escolarización como de régimen de conciertos para observar el tratamiento que se le da a la libertad de elección de centro desde las distintas partes de los pleitos: los titulares de este derecho o libertad (padres, madres, tutores), la Administración educativa y los Magistrados que conforman los tribunales y juzgados contencioso-administrativos. También marcamos en las fichas puntos de interés que generan esos procedimientos, ya sea como hemos dicho sobre directamente la libertad de elección de centro, o sobre cuestiones relativas a los trámites de los procedimientos administrativos que están también relacionados.

## 2. RAZÓN DE ELECCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Las cuestiones precedentes que me llevaron a escribir sobre este tema, se deben al debate producido tras la publicación de la última reforma educativa de la ministra Celaá. Esta reforma se produce en la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (LOMLOE) la cual modifica la pasada Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

El debate concreto se asienta sobre la concepción del derecho a la libre elección de centro escolar a lo largo del desarrollo de nuestra sociedad y la nueva acepción adjudicada por el Ministerio de Educación de la XIV legislatura española. Las consecuencias materiales de esta modificación en la LOMLOE en materia de interés para este trabajo se dan en el art. 84 y en el artículo 109. En el art. 109 se suprime la demanda social como una circunstancia a tener en cuenta a la hora de ofertar plazas escolares y que beneficiaba a la enseñanza concertada. Se añade que las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de modo que garanticen la existencia de plazas públicas suficientes,

especialmente en las zonas de nueva población. Lo que ha sido interpretado como un ataque a la enseñanza concertada.

El artículo 84 se ocupa de la admisión de alumnos, tanto en centros públicos como privados-concertados. En la nueva redacción de este artículo, la LOMLOE insiste en erradicar causas segregacionistas en la educación, y así lo demuestra con el párrafo añadido al apartado 1. del art. 84 con la implantación de: «medidas necesarias para evitar la segregación del alumnado por motivos socioeconómicos o de otra naturaleza»; en el apartado 2. añade nuevos criterios prioritarios en caso de no existencia de plazas suficientes en el proceso de admisión como la previsión de alumnos en familias monoparentales, con violencia de género o terrorismo; o en el apartado 3, donde se elimina el segundo párrafo que se encontraba en la redacción de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), por el cual no se consideraba razón de discriminación ni fundamento para la no concesión de concierto la educación diferenciada por sexos.

Cuando en el XV Congreso de Escuelas Católicas celebrado en Madrid en noviembre de 2019, la Ministra de Educación y Formación Profesional, María Isabel Celaá Diéguez reiteró<sup>1</sup> la idea de libertad y no de derecho sobre la elección de centro escolar de los padres y tutores, se produjo una reacción inmediata en la sociedad.

Los medios de comunicación publicaban titulares como «El PP sienta la ‘Ley Celaá’ ante el Constitucional para «salvar la libertad»»<sup>2</sup>; «La UE investigará la ‘Ley Celaá’ tras pedirle amparo la concertada»<sup>3</sup>; «Concertados abocados a ser públicos por la infrafinanciación»<sup>4</sup>; «La concertada enreda el debate en las cortes por el modelo educativo»<sup>5</sup>.

Por otro lado, las familias defensoras de la libertad de elección de centro como derecho fundamental organizaron numerosas movilizaciones en protesta por las

---

<sup>1</sup> «El derecho de los padres a escoger una enseñanza religiosa o a elegir un centro educativo no son una emanación estricta de la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 de la Constitución española.» CELAÁ, XV Congreso de Escuelas Católicas celebrado en Madrid en noviembre de 2019.

<sup>2</sup> Stegmann G., J. «El PP sienta la ‘Ley Celaá’ ante el Constitucional para «salvar la libertad»». en *ABC*, pág 38 de 29 de marzo de 2021.

<sup>3</sup> Stegmann G., J. «La UE investigará la ‘Ley Celaá’ tras pedirle amparo la concertada.» en *ABC*, pág 17 de supl, de 17 de marzo de 2021.

<sup>4</sup> Sanmartín R., O. «Concertados abocados a ser públicos por la infrafinanciación» en *El Mundo*, pág 12 de 01 de marzo de 2021.

<sup>5</sup> Lahoz, A. «La concertada enreda el debate en las cortes por el modelo educativo.» en *El Periódico de Aragón*, pág 10 de supl. De 28 de abril de 2021.

consecuencias que puede provocar la Ley Celaá en colegios concertados ordinarios y concertados de educación especial.

En la lectura de tales artículos periodísticos, y bajo criterio de cualquier ciudadano, es conocida la dimensión política y jurídica que engloba todo este debate. Se abre, una vez más, una brecha entre la enseñanza pública y la enseñanza concertada.

La reacción de los asistentes obligó al Ministerio de Educación y Formación Profesional a emitir un comunicado explicando y justificando jurídicamente esta afirmación, que será posterior objeto de estudio.

No siendo necesario, pero sí interesante que un TFG abarque el estudio de un tema de actualidad, decidí aprovechar la polémica que se desató en materia de educación, y abordarla desde una perspectiva estrictamente jurídica, y más en concreto administrativa para generar conclusiones originales al respecto.

Leyendo e investigando, me di cuenta del gran papel que desempeñaban los poderes públicos, en concreto la Administración educativa y el Gobierno de nuestra CCAA por la transferencia parcial de las competencias en educación, respecto al cumplimiento del derecho o libertad (no determinado, todavía) de elección de centro escolar, y consideré que podía ser un tema interesante que abordar desde el ámbito administrativo y no político.

### 3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La metodología empleada se sustenta en primer lugar en la tipología elegida para el trabajo. Estudio de doctrina jurisprudencial y de órganos administrativos. Me adentré en la búsqueda de pronunciamientos y sentencias que me llevaran a puntos en común, con la simultánea lectura de artículos periodísticos, al debate generado alrededor de la libertad de elección de centro escolar y su manifestación en la Administración de justicia y la Administración educativa.

Tras ello, al identificar los conflictos dados en los distintos ámbitos, me dediqué a escoger bibliografía y artículos doctrinales que aportaran una visión académica de tales disyuntivas.

Una de las herramientas más importantes de mi trabajo ha sido la propia legislación de las diferentes materias que abarca el trabajo. Las leyes orgánicas de educación para acercarme a un sistema no del todo conocido como es el de la educación, comprender la evolución histórica del objeto del trabajo y del sistema, y la inseparable dimensión política que rodea a la educación y que genera la evolución estudiada. La normativa



referente a los procedimientos concretos, fundamentalmente escolarización, autorización de centros y conciertos, tanto de carácter estatal como de carácter autonómico.

Lo más complicado del trabajo, ha sido ir reconduciendo las ideas iniciales para dar consistencia a este TFG y que su inserción en el área de Derecho Administrativo estuviera siempre presente en el mismo a pesar de la deriva natural a ahondar sobre el concepto central: la libertad de elección de centro educativo, que me llevaba hacia el Derecho Constitucional, que como es lógico es el «padre» del Derecho Administrativo, por ser donde se sustentan sus bases.

### **III. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR**

#### **1. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR DENTRO DE LA EVOLUCIÓN DE LAS LEYES EDUCATIVAS**

En la evolución de las leyes educativas en España se distinguen claramente dos etapas, una previa a la democracia y a la Constitución Española y otra posterior. En la primera de ellas, que fue de más de cien años de duración, el desarrollo legislativo fue prácticamente nulo. A diferencia de ello, la etapa posterior a la Constitución Española ha experimentado «una excesiva proliferación de leyes que ha traído una constante inestabilidad legislativa»<sup>6</sup> provocada por el bipartidismo y el deseo de representación de las ideologías en los sistemas educativos.

A continuación, vamos a hacer un repaso en todas ellas atendiendo al concepto de la libre elección de centro escolar. Este mismo ha sido objeto de cambio y transformación en los cambios legislativos, por eso es interesante contemplar su presencia en cada una y su comparación.

El sistema educativo moderno español tiene su origen en la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 (Ley Moyano). Es la primera ley educativa en la que se regulan las enseñanzas y los centros públicos y privados, el profesorado, su formación inicial y el acceso, y finalmente la administración de la instrucción pública.

En esta ley no se reconoce la educación, en concreto la enseñanza elemental, como un derecho sino como un deber y así se refleja en los siguientes artículos:

---

<sup>6</sup> Benitez de Puelles, M. «Reflexiones sobre cuarenta años de educación en España o la irresistible seducción de las leyes », en *Revista Historia y Educación* [revista electrónica], nº3, 2016 (Ejemplar dedicado a: Las leyes educativas de la democracia en España a examen (1978-2013)), págs. 15-44. [Consultado el 15/06/2021]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/HME/article/view/14760/14118>

«Art. 7º La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores o encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas o en establecimiento particular.

Art. 8º Los que no cumplieren con este deber, habiendo escuela en el pueblo o a distancia tal que puedan los niños concurrir a ella cómodamente, serán amonestados y compelidos por la Autoridad y castigados en su caso con la multa de 2 hasta 20 reales.

Art. 9º La primera enseñanza elemental se dará gratuitamente en las escuelas públicas a los niños cuyos padres, tutores o encargados no puedan pagarla, mediante certificación expedida al efecto por el respectivo Cura párroco y visada por el Alcalde del pueblo».

Deducimos de los anteriores artículos que la enseñanza elemental se declara, por tanto, obligatoria y gratuita.

En el último periodo de la dictadura franquista se publica la siguiente ley educativa, la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (LGE).

Es la primera ley educativa que reconoce el derecho a la educación y así lo anuncia en su introducción: «El sistema educativo nacional asume actualmente tareas y responsabilidades de una magnitud sin precedentes. Ahora debe proporcionar oportunidades educativas a la totalidad de la población para dar así plena efectividad al derecho de toda persona humana a la educación».

Como la anterior ley Moyano estuvo vigente durante 113 años, la LGE establece la necesidad del sistema educativo español de cambiar su marco legal anterior centenario para adaptarlo a los nuevos tiempos. Su objetivo presente en el preámbulo es «construir un sistema educativo permanente no concebido como criba selectiva de los alumnos, sino capaz de desarrollar hasta el máximo la capacidad de todos y cada uno de los españoles».

La primera vez que aparece el derecho a la elección de centros docentes es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. España se adhirió mediante el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 publicado en BOE el 30 de abril de 1976 en la transición hacia la democracia. El pacto desarrolla el contenido de la Declaración de los Derechos Humanos y España promete cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe. Ello supone la incorporación de

este en el cuerpo legislativo interno español, por lo que también se debe contar con este tratado en el examen de la evolución legislativa. En su art. 13.3 dice:

«Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Finalizada la transición y se da el comienzo a la etapa democrática con la elaboración de la Constitución Española de 1978, se asientan las bases del derecho a la educación en su artículo 27:

«1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca».

El derecho a la libre elección del centro, objeto de este trabajo, no aparece expresamente en el artículo 27. Sin embargo, se puede considerar que deriva parcialmente de los apartados 1, 3, 5 y 6 relacionados con la libertad de enseñanza, el derecho a la formación religiosa y moral, a la programación de enseñanza y la creación de centros. Si se permite la creación de centros docentes, el Estado diseña la programación para la oferta de plazas y los propios centros eligen libremente el ideario o el carácter de su enseñanza se está instituyendo el campo de acción real y práctico de la libre elección de centro.

Con el objeto de desarrollar el artículo 27 de la CE se elabora y se publica en el BOE la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, LOECE. Esta ley por diversas cuestiones políticas no llegó aplicarse. La LOECE fue elaborada por el gobierno de UCD, y el PSOE la recurrió ante el TC. El recurso impuesto se resuelve mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno del Tribunal Constitucional), num, 5/1981, de 13 de febrero de 1981. Este pronunciamiento es clave a la hora de fijar los límites de las libertades en la enseñanza ya que justamente se ocupan de ello en esta sentencia. Plantea como manifestaciones directas de la libertad de enseñanza, los apartados 1, 3 y 5 de la CE y delimita su alcance. La STC 5/1981, de 13 de febrero la veremos con más detenimiento en el apartado 2 de este mismo epígrafe.

Esta ley recogía expresamente la libertad de elección de centro como un derecho de los padres o tutores. Lo recoge el artículo quinto de la LOECE tal que así:

«Uno. Los padres y tutores tienen el derecho a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos o pupilos y a que éstos reciban, dentro del sistema educativo, la educación y la enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas, a cuyo efecto podrán escoger el centro docente que mejor se acomode a esas convicciones.

Dos. El Estado, mediante la correspondiente Ley de Financiación de la Enseñanza Obligatoria, garantizará la libertad fundamental de elección de centro educativo en los niveles de enseñanza que se establezcan como obligatorios y, consecuentemente, gratuitos».

Precisamente del art. 5º, no solicitó el PSOE la inconstitucionalidad, esto invita a pensar que al menos en la concepción de libertad de centro existía consenso. Desde este artículo se le añade una puntualización importante, y es que el derecho a elegir centro se incluye dentro de la enseñanza gratuita. Es el mismo Estado el que se compromete a garantizar esa libertad con el presupuesto destinado a la educación.

Cinco años más tarde, con el Gobierno socialista se promulga la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

Esta ley, aunque ha sufrido varias modificaciones por las leyes orgánicas posteriores que se han promulgado, nunca se ha derogado y se mantiene en vigor con total actualidad siendo la ley que generó en su momento la reestructuración organizativa del sistema educativo y la actualización de los conciertos educativos, proceso que va a permitir la creación de plazas escolares sostenidas con fondos públicos y por lo tanto va a permitir ampliar la posibilidad de ejercer la libertad de elección de centro.

En el preámbulo de la LODE (en su texto original) ya se plantea la posibilidad de escoger centro:

«Al Estado y a las Comunidades Autónomas, por medio de la programación general de la enseñanza, corresponde asegurar la cobertura de las necesidades educativas [...] Tal 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».

Según este texto la elección de centro no se considera un derecho sino una “libertad”. Sin embargo, en el artículo cuarto punto 1, apartado b) se recoge explícitamente como derecho:

«Artículo cuarto.

1. Los padres, madres o tutores, en relación con la educación de sus hijos e hijas o pupilos y pupilas, tienen los siguientes derechos:

[...]

b) A escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos».

La aparente ambigüedad de conceptos en esta ley, no lo es tanto. En definitiva la libertad de elección de centro, es un derecho, pero con limitaciones, es decir, se podrá ejercer la libertad, pero siempre supeditada a las limitaciones establecidas normativamente.

La posterior Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), cambió la organización del sistema. Supuso un cambio radical ya que implantó novedades como la educación obligatoria hasta los dieciséis años; se modificaron los niveles educativos, pues se pasó del sistema de EGB al sistema de la ESO; se impulsó una equidad educativa, con la creación de nuevos institutos, también en

beneficio de la escuela rural...<sup>7</sup> No obstante, no se centra especialmente en la libertad de elección de centro escolar.

Lo mismo ocurre con la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre (LOPEG), de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes. Se profundiza en ella la participación en todos los centros sostenidos con fondos públicos y establece un marco organizativo, regulando los órganos de gobierno de los centros docentes públicos. No recoge en su texto el asunto de la libre elección de centro educativo directamente.

Con el cambio de gobierno, en su segunda legislatura se elabora una nueva ley, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. (LOCE). En su artículo 3 establece explícitamente la libre elección de centro como un derecho de los padres.

«Artículo 3. Padres.

1. Los padres, en relación con la educación de sus hijos, tienen los siguientes derechos:

[...]

b) A la libre elección del centro».

Es la ley que introduce el concepto de demanda social como algo a tener en cuenta por las administraciones a la hora de ofertar plazas escolares en los centros concertados. (art 75.5 LOCE).

Un nuevo cambio de gobierno y una nueva ley educativa. La LOE En su texto original, el Capítulo III propio de la escolarización en centros públicos y privados concertados, se refiere a la libre elección de centro como una libertad de los padres, que deberá tener en cuenta la propia Administración al regular la admisión de alumnos, art. 84.

Posteriormente, en la siguiente legislatura, se promulgó la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), que se encarga de modificar la LOE. Respecto a la libre elección de centro no se produce ningún cambio sustantivo. De hecho, aparece en este texto consolidado la libertad de elección de centro no como un derecho, sino como una posibilidad con la que pueden contar los padres. Se vuelve a introducir la demanda social que la LOE había suprimido.

---

<sup>7</sup> Marchesi, A. Profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid. «La LOGSE en la educación española. Breve relato de un cambio histórico» en *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación en España* [revista electrónica], junio 2020. [Consultado el 15 de junio de 2021].

Lo mismo ocurre con la LOMLOE, tampoco modifica la concepción de libertad de elección de centro, que sigue siendo amparada por la Administración educativa, pero sigue sin aparecer la palabra derecho ligada a este concepto. Lo que llama la atención es que en la modificación que hace la LOMLOE de la LODE, su art. 4 b), nombrado anteriormente donde se establece el derecho a escoger centro docente, se mantiene.

Del análisis de la evolución legislativa, realizado en especial atención a si establecen o no la libre elección de centro como un derecho de los ciudadanos, se concluye que de las leyes actualmente vigentes, sólo se configura como un derecho en la LODE y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la CE no se conforma manifiestamente como un derecho fundamental, sino más bien a raíz de la interpretación jurisprudencial como un derecho emanado de otras libertades recogidas por el artículo 27 del derecho a la educación. Mientras que en la LOMLOE se recoge como una libertad.

Ya que de la disposición de las leyes y los preceptos normativos sobre este concepto se extraen diferentes catalogaciones de la libertad de elección de centro, finalizada la revisión nos corresponde analizar conforme a la doctrina del TC si se trata de un derecho fundamental o de una libertad desprovista de este carácter esencialmente protegido. Por otro lado, analizaremos el Comunicado del Ministerio de Educación en relación con la libertad de enseñanza y la justificación jurídica de sus manifestaciones sobre este asunto. Así mismo abordaremos el debate social ocasionado a raíz de la interpretación de nuestro objeto de trabajo, la libertad de elección de centro, desde la perspectiva de distintos académicos.

## 2. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR, ¿DERECHO FUNDAMENTAL O LIBERTAD?

Tras el repaso del concepto de libertad de elección de centro docente en las leyes educativas, nos toca hacer un análisis de la creencia revertida sobre este derecho desde distintas perspectivas.

En un primer lugar, nos centramos en el Comunicado del Ministerio de Educación del 14 de noviembre de 2019, sobre la Libertad de Enseñanza.<sup>8</sup> (Se adjunta mediante Anexo I por no estar más disponible en los medios oficiales del Ministerio de Educación).

---

<sup>8</sup> Adjunto en Anexo I.

Se expresa que hasta ahora la interpretación del art. 27 de la CE, sobre el derecho a la educación, ha sido una representación de las posturas que defienden la educación privada, frente a los poderes públicos como sujetos educativos.

Sin embargo, a través del análisis sistemático y en apoyo de la doctrina creada por el TC que realiza el Comunicado, pretenden despojar al art. 27 de la CE, de las ideas ya concebidas sobre este, y defender la postura del Ministerio de Educación de la legislatura XIV sobre el concepto de libertad de enseñanza, que es el fundamento de la articulación del derecho a la educación.

Reconoce que la libertad de enseñanza engloba como supraconcepto las libertades de creación de centros docentes y de cátedra. Excluye a su vez el derecho de los padres a escoger una enseñanza religiosa, o bien a elegir centro educativo de la libertad de enseñanza

Considera que es un tipo de derecho del que los padres serán titulares, bajo las condiciones legales determinadas y no como una emanación directa de la libertad de enseñanza ni del art. 27 de la CE.

Apoya su fundamento en la determinante STC de 13 de febrero de 1981, que a continuación abordaremos. También el mismo artículo 27 de la CE lo dice. «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus propias convicciones». Los poderes públicos encargados de cubrir esta garantía lo harán mediante el desarrollo legislativo y mediante la programación general de la enseñanza, que así se recoge en el apartado 5º del mismo artículo. «Los poderes públicos garantizan el derecho a la educación de todos, mediante una programación general de la enseñanza.»

Las afirmaciones realizadas nos remiten al análisis del derecho a la libre elección de centro desde la posición tomada por el TC, como máxima expresión doctrinal constitucional.

La STC de 13 de febrero de 1981<sup>9</sup>, a la que se refería Celaá para fundamentar el alejamiento de la libre elección de centro de la libertad de enseñanza y del art. 27, es el pronunciamiento más recurrente en esta materia, y es por la siguiente razón; esta sentencia enmarca como manifestaciones relativas a la libertad de enseñanza la libertad de creación

---

<sup>9</sup> STC de 13 de febrero de 1981, como hemos indicado en el apartado 1 sobre la evolución de las leyes educativas, esta es el resultado del recurso interpuesto por el PSOE ante la LOECE.



de centros docentes (art. 27.6 CE) y la libertad de cátedra (art. 27. 7) y por último el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3).

Así mismo, el propio Tribunal hace una puntualización sobre las emanaciones reconocidas de la libertad de enseñanza, y es que estos derechos cuentan con límites que surgen de su propia naturaleza. No tienen un alcance infinito, son condicionados por el propio desarrollo de sí mismos en el sistema educativo y el sistema de control ajustado que realizan los poderes públicos.

Lo que viene a decir la sentencia es que la ley y el ordenamiento jurídico ofrecen como parte de un estado democrático libertades propias de derechos fundamentales, y garantizan que estas tengan un cumplimiento proporcionado y efectivo en nuestra sociedad, pero es comprensible que todo debe tener unos límites que respetar y obedecer. De igual forma, valora que el derecho a la elección de una formación religiosa y moral concreta y el derecho a la libre elección de centro escolar, no coinciden en alcance y contenido.

La misma sentencia determina que no es ni el mismo, ni igual, el derecho a los padres de elección de un tipo de formación religiosa y moral acorde a sus convicciones que el derecho recogido por el art. 13.3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como ya hemos mencionado, el derecho recogido en el texto internacional reserva a los padres y tutores la elección de centro escolar para sus hijos fuera de las opciones creadas y de titularidad pública. No obstante, como extraeremos de la STC 86/1985, la posibilidad de elegir centros docentes diferentes de los creados públicamente, en relación con el precepto 27 de la CE que habla de la obligatoriedad y gratuidad de la educación, y la propia libertad de enseñanza, no quiere decir que se deba englobar en todos ellos la gratuidad educativa en cualquier centro privado.

La sentencia STC 86/1985 de 10 de julio es también considerada clave en la cuestión. En ella resumidamente se resuelve sobre la petición de impugnación contencioso-administrativa de determinados preceptos de órdenes denegatorias sobre subvenciones a centros docentes privados. Se recurre en amparo la vulneración del art. 14 y 27 de la CE por invalidar condiciones y criterios inculcados en la adjudicación de subvenciones que venían a distinguir a determinados Centros por parte de la Administración Pública.

De nuevo, el derecho recogido en el art. 27.3 de la CE, relativo al derecho a la formación religiosa y moral según las convicciones paternas, es enmarcado por el TC como un «derecho de libertad.» Recordemos que la anterior STC de 13 de febrero de 1981, diferenciaba y consideraba que no tienen un contenido y efectos equivalentes con el derecho a la libre elección de centro.

En el recurso ante el TC, se invoca de una manera genérica el art. 27 de la CE. Es una práctica usual, que apreciaremos en el estudio jurisprudencial realizados en el epígrafe IV. Al ser un derecho de los recogidos en el Título I, Capítulo II, Sección I, es de los considerados fundamentales y gozan de especial protección, así como de regulación propia. Pues bien el TC dice al respecto, que el alegarlo de forma general no permite obviar la distinta naturaleza jurídica de sus preceptos.

Por lo tanto, la gratuidad de la enseñanza obligatoria y elemental en España no se extiende a todos los centros privados y la adjudicación de subvenciones estatales no es dependiente de preferencias individuales. La administración se acoge a las reglas establecidas para la concesión de tales subvenciones, no juega ni el criterio subjetivo de la Administración Pública ni el de los centros solicitantes. Se tiene en cuenta la legalidad del proceso, que como recoge el apartado 5º será regularizado (cumpliendo con todos los principios y garantías del Estado de Derecho) conforme a las necesidades del momento. Esto afecta a los padres y a su derecho de elección de centro, pues como comprendemos, estará limitado en función de las actuaciones legítimas de la Administración Educativa en cuanto a los centros subvencionados públicamente y gratuitos para ellos.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala 3ª), num 94/2010 de 30 de marzo de 2012 fija doctrina especialmente relevante en lo que constituye un ejemplo claro de los límites que puede ocasionar la normativa en la libertad de elección de centro. La STS de 30 de marzo de 2021 dice lo siguiente:

«No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la LOE, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones».

En la práctica judicial la invocación del art. 27 para aducir el derecho a la libertad de formación religiosa y moral y la libertad de elección de centro por las partes contrarias a

las resoluciones administrativas, es muy común. Con el mismo precepto se alude a los dos derechos, cuando no comprenden capacidades análogas según el mismo TC. Por otro lado, como muestra la resolución de la STS 30 de marzo de 2012, no se puede quebrantar la normativa reguladora de este caso el procedimiento de escolarización y admisión únicamente para satisfacer estos derechos que definitivamente no son irrestrictos.

La libre elección de centro puede ser una consecuencia de la elección de un tipo de formación religiosa y moral según propias convicciones ya que esta no se impartirá de la misma manera en todos los centros. Pero, la libre elección de centro no puede considerarse en sí misma como un derecho fundamental derivado del anterior.

Como hemos introducido en la presentación de este trabajo, la controversia que se genera sobre el concepto de libertad de elección de centro versa sustantivamente en las posiciones encontradas entre la defensa de la educación pública y la defensa de la educación privada-concertada.

Mostramos la posición de Julio Rogero<sup>10</sup> como una representación generalizada de la defensa de la escuela pública a raíz del debate generado por la promulgación de la nueva ley LOMLOE. En su artículo «Libertad de centro y segregación escolar»<sup>11</sup> considera la libertad de elección de centro como un instrumento básico para el mantenimiento y defensa de la enseñanza concertada que no supone más que el sustento de «un modelo dominante de segregación» en nuestro sistema educativo. Es un mecanismo para disfrazar el mercado generado alrededor de la educación y una expresión más de una sociedad neoliberal, que produce una visión de la enseñanza pública ineficaz y poco competitiva.

El hecho de que por parte de la defensa de la libre elección de centro se fundamenten en una naturaleza constitucional que aporta cobertura absoluta a la voluntad de los padres es una excusa para que se financie con recursos públicos el negocio privado de la educación y conseguir su permanencia.

Expone así mismo, que se genera segregación por parte de este tipo de centros y según él, existe una demostración de la relación directa que hay. «Con los conciertos educativos las clases populares financian la educación de las clases medias y altas y se

---

<sup>10</sup> Julio Rogero es un maestro de educación primaria y miembro del Movimiento de Renovación Pedagógica Escuela Abierta de la Federación de MRP de Madrid. Publica artículos relacionados con la educación y la psicología en diversos medios. Tiene un amplio currículum en participación de proyectos sobre exclusión social y plataformas de defensa pública.

<sup>11</sup> Rogero, J. «Libertad de elección de centro y segregación escolar» en *El diario de la Educación* 21/01/2020.

reproduce con dinero público la segregación escolar y la desigualdad social» (Julio Rogero 2020).

Por otro lado, el catedrático de Derecho Eclesiástico Miguel Rodríguez Blanco<sup>12</sup>, nos ofrece otra visión en la entrevista «A propósito de la libertad de enseñanza y el derecho de elección de centros educativos».<sup>13</sup> Señala la carga del problema en la afección ideológica que se le ha asignado a la educación. Aun así, defiende que la libertad de enseñanza y la libre elección de centro están protegidos por la CE y por diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país. El catedrático reconoce la crisis actual en el mantenimiento de los centros escolares. En los últimos años ha ocurrido que varios colegios públicos han tenido que cerrar sus aulas por no llegar a la ratio fijada de niños en las aulas y a su vez los centros privados se han mantenido abiertos, subvencionados y ha habido proliferación de creación de este tipo de centros. Desde su postura defiende que la existencia de centros privados concertados es una manera de asegurar el derecho a la libre elección de los padres, y que es la misma ley española la que autoriza la financiación pública de estos colegios para que puedan ofrecer una enseñanza gratuita.

A pesar de haber esta diferenciación de posturas sobre la enseñanza, el Estado y los poderes públicos competentes en la regularización de este derecho se encargan de que su defensa esté comprendida desde el interior del sistema mixto dual que caracteriza la educación de nuestro país. Es la programación educativa el mecanismo necesario para ello. A través de esta y de la oferta de plazas escolares se limitan y garantizan el derecho de libertad de elección de centro escolar y la protección de los intereses de los padres y tutores, titulares de este derecho respecto a la educación de sus hijos.

En mi opinión sostengo que el sistema educativo implantado en nuestro país goza de una dualidad que comprende la existencia de centros docentes de titularidad distinta a la pública y su misma subvención para garantizar así la gratuidad de la enseñanza. Esto quiere decir que los centros docentes privados acogidos al régimen de concierto, que cumplen con las reglas establecidas para todos los centros de la programación de la enseñanza y de la normativa reguladora del concierto, tienen el mismo derecho a ser subvencionados y a garantizar la posibilidad de elección de centro escolar.

---

<sup>12</sup> El profesor Miguel Rodríguez Blanco es catedrático de la Universidad de Alcalá. Imparte como docente titular la asignatura «Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza» en el grado de derecho.

<sup>13</sup> Entrevista publicada en el Portal de Comunicación de la Universidad de Alcalá a día 24 de abril de 2020.

Respecto a este apartado, concluimos que la doctrina asentada en relación con la libre elección de centro, la alejan de una emanación directa de la Constitución y de una posición de derecho fundamental. A pesar de ello goza de protección y regulación en los procedimientos asociados a la programación general de la enseñanza, la cual tiene como objetivo su garantía. A continuación procedemos a la exposición de dos procedimientos que ejercen la limitación y la propia garantía para esta libertad y al análisis jurisprudencial de litigios relacionados con los procedimientos y la libertad de elección de centro.

#### **IV. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ESCOLARIZACIÓN Y CONCIERTO COMO LIMITACIÓN Y GARANTÍA A LA LIBRE ELECCIÓN DE CENTRO ESCOLAR**

Como hemos introducido en el apartado anterior, a continuación abordaremos el asunto de cómo los procedimientos administrativos, singularmente los procedimientos de escolarización y concierto, suponen un instrumento de garantías y limitaciones en el derecho a libre elección de centro. Para ello, introduciremos de manera inicial quién ostenta la competencia sobre la programación general de la enseñanza en la que se inserta toda la organización de los procesos educativos. De todos ellos el que tiene mayor relevancia con el asunto que nos ocupa es la de programar la oferta de plazas escolares sostenidas con fondos públicos. Las Administraciones educativas cuentan con una red de centros públicos y privados-concertados. Todos ellos deben someterse al proceso de escolarización, y es evidente que para contar con plazas concertadas es necesario tener un convenio entre los centros privados y las administraciones educativas, ese convenio se materializa con los conciertos educativos.

##### **1. PROGRAMACIÓN GENERAL DE LA ENSEÑANZA. DEL PODER ESTATAL AL AUTONÓMICO**

«La programación de la enseñanza se ocupa de fijar un esquema del proceso educativo, unido a la creación de una red de centros públicos en la que poner en marcha esa programación».<sup>14</sup> En España, las competencias educativas, son competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

---

<sup>14</sup> Nogueira Soriano, Rosario. *Principios constitucionales del sistema educativo español*. Ed. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Subdirección General de Documentación y Publicaciones, Madrid, 1988.

En el Título II de la LODE se asegura la colaboración entre el Consejo Escolar del Estado y las CCAA que se reúnen en la Conferencia Sectorial de Educación para llevar a cabo la programación de la enseñanza.<sup>15</sup>

El poder ejecutivo y la Administración estatal retienen todavía en sus tareas su papel regulador de los elementos básicos de la enseñanza, y así lo hace con la programación general de la enseñanza, recogido en los términos del art. 27 LODE. Sin embargo, la mayoría de acciones ejecutivas han sido asumidas por las autonomías. El Estado se encarga de lo sustancialmente normativo, mientras que las CCAA adquieren competencias fundamentalmente ejecutivas desarrollando la normativa básica.<sup>16</sup>

En Aragón se produjo el traspaso a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución, concretamente por su art. 19 del Título II. Se transfirió por este artículo la

«competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme el apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía».

Hasta enero de 1999, no se alcanza el traspaso completo, que se efectúa mediante el Real Decreto 1982/1998, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de enseñanza no universitaria. A raíz de él y con base al artículo 36.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón, se encarga el Gobierno de Aragón de lo recogido en el art. 149.1.30º de la CE, es decir, de la regulación de las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

---

<sup>15</sup> Báez Serrano, R. *Educación diferenciada y conciertos públicos*. Tesis Doctoral en la Facultad de Derecho,, Sevilla, 2015 [consultado electrónicamente el 15/06/2021], disponible en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/32427/Rafael%20B%C3%A1ez%20Serrano%20-%20Educaci%C3%B3n%20diferenciada%20y%20conciertos%20p%C3%BAblicos%20-%20Tesis%20Doctoral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>16</sup> Cotino Hueso, L. “Tratamiento constitucional de la descentralización y del sistema competencial de la educación y enseñanza en España.” en *Autonomía y evolución del modelo de educación en España*. Tutela Aranda, J (dir). Kölling, M (ed). Dirección actas nº7. Fundación Manuel Giménez Abad.

El art. 27.5 de la Constitución responsabiliza a los poderes públicos de la programación general con la participación efectiva de todos los sectores afectados. Esto quiere decir que en relación con el art. 149.1.30º CE señalado, corresponde a Aragón la regulación básica de la programación de la enseñanza. En nuestro trabajo, atenderemos especialmente la regulación autonómica en materia de escolarización y de conciertos (como procedimientos propios de la programación de la enseñanza) para analizar los límites y garantías que suponen estos dos procedimientos administrativos en la libertad de elección de centro escolar.

## 2. PROCEDIMIENTO DE ESCOLARIZACIÓN

El proceso de escolarización está indisolublemente unido a la programación de la enseñanza descrita en el artículo 27.5 de la CE. Así mismo, el artículo 20 de la LODE establece que por la programación adecuada de la enseñanza se garantiza la efectividad del derecho a la educación, así como la posibilidad de escoger centro docente. Uno de los procedimientos esenciales en la actividad de la programación es la escolarización. Como bien hemos señalado, una de sus funciones es la de dar efectividad al derecho de educación y a la posibilidad de escoger centro docente, pero esto se dará siempre en respeto de las normas previstas y desarrolladas en esta materia. Es decir, no es un derecho ilimitado, está supeditado al campo de acción establecido para la escolarización.

El proceso de escolarización de los alumnos en centros sostenidos con fondos públicos constituye el proceso administrativo más relevante en lo que respecta a garantizar plaza escolar en igualdad de condiciones para todos los alumnos y alumnas. Está recogido en la LOE en el art. 84 y ss donde se establecen las bases que todo el territorio español debe cumplir.

La regulación de este proceso al que deben acogerse todos los centros públicos y privados concertados resulta por un lado una limitación en la libertad de elección de centro y por otro lado una garantía de esa misma libertad. Limitación en el sentido de que no es posible respetar la elección de un centro por parte de una familia atendiendo únicamente a su deseo de formar parte de este por el hecho de compartir su proyecto educativo. Si existe mayor demanda que oferta de plazas escolares, es imposible conceder plaza escolar a todas las solicitudes. Por otro lado, garantía en la libertad en el sentido de que se establecen unos criterios al que están sometidos todos los solicitantes sin ningún tipo de discriminación personal o por centro solicitado. Si confluyen las condiciones requeridas, ese deseo se verá satisfecho.

Antes del traspaso de las competencias en educación, el gobierno regulaba el proceso de escolarización mediante un Real Decreto, y posteriormente lo desarrollaba con carácter anual en forma de Orden ministerial. Las CCAA, actúan de forma similar estableciendo decretos de escolarización que desarrollan mediante órdenes de sus Consejerías de Educación, siempre en respeto del Capítulo III de la LOE.

«Las relaciones entre normas de normas de diferente origen, no se rigen por el principio de jerarquía, sino por el principio competencial. Lo que puede una norma estatal, una ley general, es establecer el marco en el que ha de moverse un reglamento autonómico. [...] Lo que hace la norma estatal es abrir el paso a la norma reglamentaria autonómica y actuar de límite a la misma, pero en realidad la norma autonómica, como es sólo lo ocurra con los reglamentos, no es especificación y detalle de la estatal»<sup>17</sup>. Así explica Menéndez Rexach, A (2011), el tipo de relación que mantienen la LOE como reguladora genérica de la escolarización y los Decretos autonómicos.

## 2.1 Normativa reguladora y exposición del procedimiento de escolarización en Aragón

En este apartado vamos a realizar una exposición del procedimiento de escolarización como uno de los procedimientos adheridos a la programación general de la enseñanza, que suponen un instrumento de garantías y limitación a la libre elección de centro escolar. Como hemos concluido en el anterior apartado, Aragón tiene transferidas competencias educativas, entre las que se encuentra la regulación de las normas básicas de escolarización.

La primera norma de carácter autonómico fue el Decreto 135/2002, de 17 de abril, del Gobierno de Aragón. Le suceden tres decretos más, en el año 2007, otro en el 2016 y el último en el 2021. Estos decretos se desarrollan en órdenes anuales que convocan este proceso para cada curso escolar. En cada uno de ellos se han incorporaciones novedades legislativas de la propia LO y cuestiones procedimentales más adaptadas a los nuevos tiempos. Como por ejemplo la creación de oficinas de información o la regulación de la Comisión de garantías.

El Decreto 51/2021, de 7 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la escolarización del alumnado en centros docentes sostenidos con fondos públicos de las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato, formación profesional y en CEIP, CPI y CRA que

---

<sup>17</sup> Menéndez Rexach, Á. Solozábal Echevarría, JJ. *El principio de colaboración en el Estado Autonómico*. Colección Estudios nº4. Tutela Aranda, J (dir.). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Zaragoza, 2011.



imparten el tercer curso de las enseñanzas de primer ciclo de educación infantil, en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Este ha incorporado con respecto a los decretos anteriores nuevos criterios de baremación para obtener plaza escolar como la condición de familia monoparental. Lo más novedoso es la incorporación de la tramitación telemática en las diferentes fases del procedimiento de escolarización.

La convocatoria anual del procedimiento y el régimen jurídico aplicable se publica con la ORDEN ECD/328/2021, de 12 de abril, para el curso escolar 2021-2022. En esta orden se recogen todos los aspectos referentes a los trámites que conlleva la admisión como pueden ser la convocatoria del procedimiento, los requisitos de escolarización, criterios y baremo, o los plazos respectivos para la presentación de la documentación pertinente.

El procedimiento se desarrolla de la manera indicada por el Capítulo III de la LODE y el Decreto 51/2021 y la ORDEN ECD/328/2021. Como fase inicial se debe realizar la programación de la oferta pública de plazas escolares. En las enseñanzas obligatorias, previamente al inicio del procedimiento de escolarización tienen que estar determinadas las vacantes que ofertan los centros, establecidas por la administración y por las condiciones de promoción que se hayan producido en cada uno de los centros.

Previamente al proceso de escolarización se produce el proceso de adscripción. El proceso de adscripción está genéricamente desarrollado en la Orden de 19 de enero de 2001, del Departamento de Educación por la que se regula el proceso de adscripción y reserva de plaza. Cada año se renueva mediante resoluciones de los Directores Generales de Planificación y Equidad. En este curso 2020-2021, compete la Resolución de 18 de noviembre de 2020.

El proceso de adscripción sirve para evitar que al estar en los centros de titularidad pública, diferenciados los centros de educación primaria y los de educación secundaria se produzcan situaciones de desigualdad en el proceso de escolarización. Este proceso establece relaciones de continuidad de enseñanza entre los centros de las distintas etapas educativas basadas en criterios de zonas de escolarización, de la presencia de hermanos u otros familiares en tales centros... Se otorga prevalencia a las solicitudes que provengan de centros integrados en la lista de adscripción para intentar garantizar la continuidad.

En el consiguiente proceso de escolarización, los padres de los alumnos solicitan la reserva de plaza en uno de los centros que oferten plazas públicas. En el caso de que en un centro haya más solicitudes que plazas ofertadas, se tienen que baremar las solicitudes de acuerdo con los criterios de la norma de admisión. Realizado este paso se procede a la publicación de listas provisionales de alumnos. Es posible su reclamación ante la Administración educativa. Tras el plazo para la reclamación y su resolución se procede a la publicación de las listas definitivas. Por último se produce el envío de las certificaciones de reserva de plaza a los centros que entregarán a los interesados.

Se prevé en la norma la posibilidad de revisión de los actos de adjudicación de plazas en caso de no estar de acuerdo, en forma de recursos y reclamaciones:

En caso de reclamación frente las decisiones sobre escolarización de los Consejos Escolares de los centros públicos, será objeto de recurso de alzada ante las Direcciones de los Servicios Provinciales, cuya resolución pone fin a la vía administrativa. Cuando el objeto sean las decisiones de los titulares de los centros privados concertados, pueden ser reclamadas por los interesados en el plazo de un mes ante las Direcciones de los Servicios Provinciales de Educación, cuya resolución pone fin a la vía administrativa. Por último, las resoluciones de los Directores Provinciales podrán ser objeto de recurso de reposición.

Estas son las tres vías de reclamación en vía administrativa. Una vez finalizados los recursos propuestos por la Orden ECD/328/2021, se deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para la interposición de los recursos pertinentes, aunque no esté recogido expresamente por el Decreto o la Orden.

La libre elección de centro escolar está estrechamente relacionada con la participación de las familias en el proceso de elección de centro. Esto se debe a que los factores que se tienen en cuenta versan sobre la búsqueda de las mejores oportunidades educativas que pueda ofrecer un centro.

Las siguientes conclusiones las extraemos de la investigación realizada por Ramón Vera, Carlos (2017) sobre «La elección de centro escolar en Aragón».

Motiva especialmente a los padres y tutores el encontrar un buen colegio, ya que se tiene la creencia de la existencia de colegios buenos, regulares y malos. De esta manera ejercitan el derecho a la libre elección de centro activamente para evitar que sus hijos acudan a alguno de aquellos centros que ellos mismos consideran malos.

Juega en el proceso la capacidad adquisitiva ya que aporta mayor margen de actuación en la elección de centro. Se llega a la conclusión de que el sistema educativo español no cuenta con un método de acceso universal a los centros de titularidad pública, y que a su vez si favorece la creación de nuevos centros docentes y el mantenimiento de los ya creados que reproducen «dinámicas de segregación y polarización de la sociedad»<sup>18</sup>.

Como observamos la escolarización es un procedimiento en el que se integran circunstancias de diversa índole y naturaleza, con el objetivo de escolarizar a los hijos en el centro más conveniente según la familia en el ejercicio de su derecho a la libre elección de centro. Todos estos fenómenos se manifiestan en la relación entre las familias y la Administración educativa.

## 2.2 Análisis de la tendencia jurisprudencial aragonesa en materia de escolarización

Tras la exposición del procedimiento de escolarización y el estudio de su normativa nos encargamos en este apartado de presentar un análisis jurisprudencial realizado sobre una serie de sentencias escogidas sobre la materia de escolarización. Estas sentencias están esquematizadas mediante unas fichas numeradas recogidas en el anexo II. En estas fichas señalamos las cuestiones relevantes del litigio como son la normativa aplicada, un resumen de los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos, el fallo y los puntos de interés que suscitan.

Lo primero es distinguir los posibles procedimientos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, observados en las sentencias analizadas.

El procedimiento ordinario, se encuentra regulado en la LJCA, artículos del 43 a 77. Como ya hemos señalado, existe primordialmente una vía administrativa a la que acudir en caso de desacuerdo con los actos administrativos. Una vez finalizada, es cuando se accede al recurso contencioso-administrativo. Como parte del proceso, presente en todas sentencias, se entrega el expediente administrativo a las partes para poder presentar escritos al respecto de los hechos, fundamento y demás información en él recogida. Es en estos donde las partes realizan sus alegaciones.

En relación con este, se puede hacer petición y proposición en las alegaciones de adoptar medidas cautelares siguiendo los pasos de su regulación recogida en los art. 129

---

<sup>18</sup> Postura mantenida por Ramón Vera, C.

a 132 del Capítulo V de la LJCA. Se impondrán para asegurar la efectividad de las sentencias, y en proceso accesorio del principal.

Otro de los procedimientos observados es uno de los especiales para la protección de los Derechos Fundamentales de la persona, regulado en los arts. del 114 al 122 LJCA. Su objeto es limitado ya que en este procedimiento se revisan las cuestiones de legalidad ordinaria de las posibles violaciones de los derechos fundamentales invocados. Es decir, disponer si un acto administrativo o una disposición general de rango inferior a la Ley lesiona o no alguno de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la CE (arts. 14 a 29). De este modo sólo pueden hacerse valer estas pretensiones, no se entrará a cuestiones de legalidad ordinaria así como a la posible vulneración de otros preceptos constitucionales que no sean los referidos como fundamentales.

Observamos como el art. 27.3 CE en relación con el derecho a la libre elección de centro sirve como fundamento en todos los pleitos seleccionados en la parte de alegaciones de los actores, padres o tutores de los alumnos. Lo que se demuestra en la manera que invocan estos dos derechos es que existe una creencia errónea de las familias de que este derecho debe cubrir sus voluntades y pretensiones. Llegamos a esta deducción porque en todas ellas, a raíz de la aducción a estos dos derechos solicitan la escolarización de los menores sin tener en cuenta su alcance material.

En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº5 de Zaragoza, nº134/2020 de 1 de junio de 2021 (recogida en la ficha 1 del anexo II), la recurrente exora la escolarización de sus hijas, habiendo presentado la solicitud de admisión fuera del plazo ordinario en un centro escolar en el que no existen plazas vacantes. Acusa a la Adm. de haber faltado a la legalidad del procedimiento. Ante tal petición el Juez declara que el art. 27 de la CE no es un derecho absoluto y que de su propia naturaleza resultan una serie de límites. Concretamente, la disponibilidad de plazas escolares en los centros docentes. En este caso ni siquiera existen plazas en el centro donde se solicita, por lo tanto, a pesar de tener en cuenta la normativa vigente en el momento (D 30/2016 del GA), no puede asignarle los centros preferentes en su solicitud. La Administración ha seguido regularmente el procedimiento establecido para este tipo de casos, adjudicar plaza escolar en un centro donde existan plazas, aunque este no sea el deseado por la parte recurrente. Por estas razones el Juez desestima el recurso, señalando por otra parte que «no se puede

defender que únicamente en el supuesto en que se adjudique plaza en los centros elegidos por los padres no concurre indefensión»<sup>19</sup>.

En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Zaragoza, nº 17/2017, de 30 de enero de 2017 (recogida en el anexo II, ficha 2), la parte actora impugna la Resolución de la Directora del Servicio Provincial por la que se deniega una reclamación interpuesta por el actor por la no concesión de plazas escolares para sus hijas en el centro deseado por tener dislexia y retraso en algunos aspectos educativos. Este alega a su favor el derecho a la educación del art. 27 CE y el derecho a la elección de centro. Ante ello, el Juez señala que el procedimiento llevado a cabo por la Administración se encuentra dentro de los parámetros establecidos por los arts. 71 y 84 de la LOE, sobre los principios de escolarización del alumnado con con necesidad específica de apoyo y los criterios de escolarización, ya que no se hace una defensa efectiva de las necesidades de apoyo específico de las menores. Así bien, observamos de nuevo como por la simple invocación del art. 27 CE y de la libre elección se pretende el cumplimiento de las peticiones alegadas. En este caso el Juez, acude al art. 109.2 de la LOE para recordar que este derecho queda limitado por la disponibilidad de los medios y que se precisa para una interpretación permisiva de su alcance «un añadido de razones que justifiquen la excepción». Procede en este caso la desestimación del recurso.

Es interesante en este pronunciamiento que se menciona que a otra compañera del mismo centro anterior al solicitado, se le concedió una medida cautelar para su escolarización en el colegio solicitado por la parte actora de esta sentencia, por razón de capacidades especiales. Sin embargo, el Juez deniega la misma medida al recurrente para la salvaguardia de la legalidad y del normal funcionamiento del procedimiento de escolarización, que supone el interés general. Considera que se estaría creando jurisprudencia y doctrina contradictoria o mínimo que entra en conflicto con la propia aplicación de la normativa vigente, en la que no existe una laguna axiológica que cubrir por la que derrocar la norma.

En la siguiente Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº3 de Zaragoza se acude a la vía judicial por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. En este caso, se recurre la resolución de la Directora del Servicio Provincial de Zaragoza en relación con el procedimiento de admisión por el que se

---

<sup>19</sup> Comentario de la Magistrada Dña. Maria José Cia Benítez en la Sentencia nº134/2021 del Juzgado Contencioso-Administrativo nº5 de Zaragoza.

adjudica al hijo de los recurrentes una plaza escolar en un colegio público no solicitado. Consideran que la actuación de la Administración ha sido ilícita. Se solicita la declaración de vulneración del art. 27.3 de la CE, así como la liberación de plazas en el colegio solicitado por razón de necesidades educativas especiales y para que reciba la formación religiosa y moral deseada.

Ante tales peticiones, resuelve el Juez que ante la acusación de la actuación improcedente de la Administración no es cierta, puesto que la supuesta actuación ilícita se ha llevado a cabo por el propio colegio concertado y esta carece de relevancia en el procedimiento de protección de derechos fundamentales. Por otro lado, considera el Juez que no se ha visto vulnerado el derecho a la elección de centro por la actuación de la Administración puesto que ha aplicado la normativa procedente al caso. No se produce vulneración cuando la propia norma prevea la necesidad de atender a circunstancias concurrentes, como en este caso la ratio, al solicitar la parte recurrente la liberación de plazas escolares. Se desestima el recurso y señala el Juez que el art. 27.3 CE y en relación con el derecho a la libre elección de centro no son derechos absolutos y que «no todo tipo de alegaciones en materia de educación pueden ser articuladas por el procedimiento de protección de derechos fundamentales como ocurre en este caso».

En la última sentencia seleccionada en materia de conciertos, Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº2 de Zaragoza, nº 71/2018 de 16 de abril de 2018 (ficha 4, anexo II), cambia la tendencia de los juzgados que hemos observado en las anteriores sentencias. En este caso, la recurrente alega infracción del procedimiento, del art. 27.3 a la educación religiosa y moral y al derecho a escoger centro escolar. Así como la petición de abrir un aula mixta concertada en el centro deseado.

Estas pretensiones se deben a que por Resolución de la Dirección General de Planificación y Formación Profesional se declara provisionalmente la no renovación de concierto en la unidad concreta a la que correspondería a la hija de la recurrente. Por fallo de recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta razón, se le concede al centro la suspensión de la resolución que no permite la renovación provisionalmente del concierto. En este periodo de tiempo a la hija de la recurrente se le adjudica una plaza escolar provisional como medida cautelar. Finalmente, cuando se hace ejecutiva la denegación de renovación del concierto al centro escolar, la menor adquiere plaza definitiva en el colegio público de la localidad. Alega por estas razones, vulneración del art. 27.3 de la CE, así como el derecho a la libre elección de centro.

El Juez dictamina al respecto que en primer lugar, que los derechos invocados del art. 27.3 CE y de la libre elección de centro tienen limitaciones procedentes de su propia naturaleza, como en este caso, por razones presupuestarias por no haber ratio suficiente en el centro seleccionado. Así mismo, considera que el derecho a la formación religiosa se puede ver igualmente cumplido en un centro escolar público. Por otra parte, que no se ha visto vulnerado el art. 84 de la LOE referente a la escolarización ya que no hay conflicto entre criterios y la gestión de la solicitud simplemente por la inexistencia de aula concertada.

A pesar de las consideraciones referentes a la normativa que según considera no ha sido vulnerada, opta por la estimación del recurso y en consecuencia la posibilidad del aula mixta concertada donde pueda cursar las enseñanzas la hija de la recurrente. Lo justifica por la valoración realizada sobre razones de conciliación familiar y admite que en el mundo rural es muy común esta medida. Impone las condiciones para esta medida cautelar de que se mantenga mientras esté cursando la educación infantil y se mantenga el concierto de una unidad en años venideros. Esta sentencia nos demuestra que no siempre existe una respuesta jurídica correcta. Nos deja entender que no hay siempre una respuesta jurídica correcta.

Las conclusiones generales que extraemos del análisis jurisprudencial realizado, es que la escolarización como procedimiento administrativo está regido por instrucciones claras y precisas, recogidas en sus leyes reguladoras. Estas instrucciones sirven como instrumento de garantía de la efectividad del proceso, prevé alternativas para cuando no se dan circunstancias estrictas al proceso ordinario, en el sentido de solicitar plaza que haya suficientes y se le sea concedida y se vean todos los deseos concedidos sino que se encarga también de dar respuesta y apoyo a las situaciones como las que hemos estudiado en los casos, de no haber plazas, o precisar de una plaza especial, o bien de problemas de conciliación, o simplemente no haber presentado la solicitud en plazo.

En consecuencia, se produce una serie de limitaciones a la libertad de elección ya que como se menciona repetidamente no es un derecho absoluto, y es su propia naturaleza de estar intrínseco en los procesos de la vida escolar y en los mismos procedimientos administrativos, la que lo limita, pues está sujeto a ellos.

### 3. PROCEDIMIENTO DE CONCIERTO

#### 3.1 Normativa reguladora y exposición del procedimiento de régimen de conciertos en Aragón

En los anteriores apartados hemos contemplado el proceso de escolarización como un factor condicionante en el ejercicio de la libertad de elección de centro desde una perspectiva teórica y analítica del ámbito jurisprudencial relacionado con la materia. A continuación, procedemos mediante el mismo al estudio del procedimiento de conciertos que también actúa como determinante en la libertad de elección de centro escolar en los procesos judiciales.

El concierto educativo constituye un proceso que regula el derecho de libre elección de centro en el sentido de que permite el sostenimiento económico de plazas escolares que forman parte de la oferta que realiza las Administraciones educativas en su programación de la enseñanza.

Es una figura más compleja que una simple subvención que realiza el Estado pues conlleva una serie de requisitos que el centro debe cumplir para solicitarlo y que debe mantener posteriormente.

Resulta muy interesante la definición que realiza Marcos Pascual (2019):

«El centro concertado tiene una naturaleza mixta, es un terreno intermedio entre el centro privado y el centro público, no deja de ser privado, teniendo un titular, que puede ser una persona física o jurídica, quién tiene una responsabilidad sobre la gestión del centro y siendo el responsable de garantizar el carácter propio del centro. Al mismo tiempo al estar sufragado por la Administración Pública, se somete al control de ésta y a su intervención y control, ejerciendo además un servicio de interés público, conforme al art. 27 de la CE que establece que la función del centro subvencionado o concertado es hacer posible la libertad de enseñanza en sus facetas de libertad de creación de centros y derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos. No se trata de una subvención, sino que el concierto tiene una naturaleza contractual, del que nacen derechos y obligaciones para las dos partes, Administración y colegio».<sup>20</sup>

El origen del concierto, tal como lo conocemos hoy día se sustenta en la LODE que fue en su momento una ley muy polémica con una fuerte oposición de la escuela

---

<sup>20</sup> Marcos Pascual, E. «Los Conciertos Educativos y la libertad de elección de centro educativo» en Revista de Derecho UNED, núm. 25, 2019.



concertada pero que sentó las bases de una regulación de un sistema mixto y dual conformado por centros sostenidos con fondos públicos, a los que la Ley encomienda la enseñanza obligatoria gratuita.

A partir de ese momento se genera una regulación de los conciertos educativos con el Real Decreto 2377/1985 de 18 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

Previamente al concierto que establece la Administración con un centro privado, éste ha tenido que ser autorizado para impartir las enseñanzas que solicite bajo el principio de la «libertad de enseñanza» y «creación de centros docentes» recogidos en el artículo 27 de la CE. La norma que regula la autorización es el Real Decreto 332/1992, de 3 de abril, sobre autorizaciones de Centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias.

Para que los centros privados sean autorizados necesitan cumplir unos requisitos mínimos de espacios, instalaciones, profesorado o ratios. Todo ello está recogido en el Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria.

En definitiva, el proceso por el cual un centro de titularidad privada sea un centro concertado se conforma de una serie de trámites administrativos que comienzan con la autorización, siempre que se cumplan unos requisitos mínimos, y con la aplicación de las normas de conciertos.

De todos los requisitos que debe tener el centro para obtener y mantener el concierto destacamos los dos siguientes que analizaremos en el análisis de las sentencias trabajadas:

(1) Que cumplan necesidades de escolarización. Aspecto más controvertido al quitar la LOMLOE la demanda social<sup>21</sup>. (2) Que la unidad escolar tenga una relación media alumnos-profesor no inferior a la que la Administración determine teniendo en cuenta la existente para los centros públicos de la comarca, municipio, o, en su caso, distrito en el que esté situado el centro.

Toda la normativa mencionada es de ámbito estatal aunque son las Comunidades Autónomas las que tienen la competencia de autorizar el concierto. Esta autorización sigue las instrucciones publicadas en una orden anual de origen autonómico.

---

<sup>21</sup> Explicación recogida en el apartado -Razón de elección y justificación de su interés-del epígrafe I. Se retira en la LOMLOE el concepto de demanda social incorporado en el art. 109 el cual justificaba la apertura de centros docentes, mayormente concertados.

La última orden publicada es la ORDEN ECD/1345/2020, de 18 de diciembre, por la que se convoca el procedimiento para el acceso, renovación y modificación de los conciertos educativos, para el curso académico 2021-2022.

En esta orden se recoge el procedimiento que debe iniciar el centro educativo con la solicitud y la documentación pertinente. El órgano encargado de resolver es la Dirección General de Planificación y Equidad, quien teniendo en cuenta el presupuesto destinado a conciertos educativos y la valoración de las necesidades de educación dictará resolución provisional. Los centros presentarán alegaciones, si es necesario y después de su estudio formulará la resolución definitiva que elevará al Consejero de Educación, Cultura y Deporte quien dictará la orden por la que se resuelva sobre el acceso, la renovación y la modificación de los conciertos educativos solicitados. Contra dicha resolución, que agota la vía administrativa, los centros podrán interponer recurso potestativo de reposición, o recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Una vez que el centro establece el concierto con la administración, es lo que se denomina acceso al concierto. El concierto, si desea ser mantenido por el centro, debe renovarse y también puede modificarse si se suprimen aulas o se establecen nuevas enseñanzas. Por esta razón puede producirse la denegación del concierto en su totalidad como analizamos en las sentencias de los colegios Montearagón y Sansueña y el colegio Ánfora o bien la denegación de aulas concertadas tratado en la sentencia de escolarización de una alumna en el Colegio Santa María de la Esperanza de Pina de Ebro en el que no hay plaza escolar porque no está concertada un aula concreta. Este asunto ha sido tratado con gran profundidad por Juan Carlos Zapata Híjar en la ponencia que presentó en el Foro de Derecho Aragonés de 2019.<sup>22</sup>

### 3.2 Análisis de la tendencia jurisprudencial aragonesa en materia de concierto

En este apartado vamos a realizar un análisis jurídico respecto a una selección de sentencias que tratan la materia del régimen de conciertos explicado en el apartado anterior. En la materia concreta de concierto, los recursos han sido efectuados por el TSJ en su sala de lo contencioso-administrativo. Siguiendo la misma técnica de análisis

---

<sup>22</sup> Zapata Híjar, JC. «Libertades públicas y escuela aragonesa: controversias jurisprudenciales en materia de apertura de centros, conciertos educativos, clases de religión y educación en centros exclusivamente femeninos y masculinos». En Foro de Derecho Aragonés 2019, vigesimonovenos encuentros. Presidente de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Zaragoza, 12 de noviembre de 2019.

jurisprudencial que en materia de escolarización, hemos realizado una ficha sobre cada pronunciamiento señalando los aspectos más importantes y los puntos de interés que entrañan. Estas están recogidas y numeradas en el anexo III y nos referiremos a cada ficha según su número y nos remitiremos a ellas.

Las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) nº 155/2019 de 16 de abril de 2019 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) nº356/2018, de 7 de septiembre de 2020 (recogidas en las fichas 1 y 2 del Anexo II) son especialmente interesantes debido a que generan un cambio de criterios en la normativa respectiva a los conciertos. En estas dos sentencias coinciden las partes actoras, las partes demandadas que es el Departamento de Educación de Aragón y las actuaciones recurridas. Las actuaciones recurridas son ambas dos resoluciones del Secretario General Técnico del departamento de Aragón que implican el mismo contenido y efecto aunque de diferentes años. Las resoluciones determinan la ratio establecida para los centros concertados, es decir, la relación entre el número de alumnos que debe existir por número de profesores.

Hasta ahora, la ratio para los centros públicos y los centros privados concertados estaba establecida por la Administración de forma diferente. Según la STSJ nº 155/2019, recogida en la ficha 1 del anexo III, la ratio previamente establecida en Aragón suponía la vulneración del art. 16 del Reglamento de Conciertos por las diferencias existentes en su establecimiento.

Para los centros privados, la relación media de alumno/profesor se fijaba según el municipio donde se situaba, y no según la zona de escolarización. En las zonas de escolarización se establece la ratio según el resultado del cociente entre el número de alumnos en centros públicos y el nº de aulas ofertadas en ellos en cada etapa educativa. Generalmente la ratio establecida en los municipios es menor que en las zonas de escolarización, es decir, se admite menor número de alumnado en las aulas. Ello implica una oferta inferior de plazas en los centros concertados frente a los centros públicos a pesar de estar ubicados en la misma zona de escolarización, lo que produce una situación de desigualdad.

Por esta razón solicita la parte actora una modificación de criterio de las ratios para los centros concertados y privados. Requiere que en lugar de basarse la ratio en la establecida para los municipios, se base en la misma que para los centros públicos. Es decir, según el resultado del cociente entre el número de alumnos en centros públicos y

el número de aulas ofertadas en ellos por cada etapa educativa y así evitar la imposición de cargas más gravosas para los centros privados.

La estimación de este recurso junto con el nº 356/2020, (anexo III, ficha 2), suponen un cambio jurídico en la normativa correspondiente a la fijación de ratios, art. 16 del Reglamento de Normas Básicas sobre conciertos para los centros en el curso 2021-2022. Ha sido en la Resolución de 4 de febrero de 2021 donde se ha expuesto el cambio de criterio en la asignación de la ratio fijándola igual para centros públicos y concertados.

La siguiente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), núm.. 58/2017 de 22 de febrero de 2017 (anexo III, ficha 3), trata otro de los temas claves en materia de concierto. El criterio de la necesidad escolar por zonas de escolarización. En este caso se deniega el acogimiento de dos centros de los mismos titulares por razón de falta de necesidad escolar en esa zona. Según la Administración, la necesidad escolar de esa zona concreta está cubierta por la oferta de plazas públicas, sin embargo, el Tribunal tiene una opinión diferente y acude a doctrina del TS por la STS de 25 de mayo de 2016 la cual dictamina la imposibilidad de denegación de concierto por razón de existencia de plazas vacantes en colegio público. Resuelve también sobre que aquellos centros que reúnan los requisitos y criterios contemplados por las leyes se les deberá permitir el acceso al régimen de conciertos y de financiación pública en virtud de los arts. 108 y 109 de la LOE. Como es el supuesto de este caso, pues los centros cumplen con los requisitos del RD 2377/1985 (sobre normas básicas para la concesión de conciertos) como las ratios o la oferta de atención a alumnos con necesidades especiales o iniciativas de interés pedagógico.

Finalmente, el TSJ reconoce y estima el recurso debido a que el concepto “necesidad de escolarización”, tiene un tratamiento complejo puesto que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad, en un sistema reconocido por la ley como mixto y dual por lo tanto aunque haya plazas escolares públicas suficientes, si hay alumnos matriculados es que se cumple la necesidad de escolarización de los mismos así, como el resto de criterios del régimen de conciertos.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) nº 168/2019, de 2 de abril de 2019, anexo III ficha 4, ha sido un caso conflictivo, por incluir diversidad de temas. La parte recurrente son 59 padres del Colegio “Ánfora” y acuden al TSJ por la vía del procedimiento de protección de derechos fundamentales por dos motivos (1) «la vulneración del derecho fundamental a la educación por parte de los padres, reconocido en el art. 27 CE -libre

elección de colegio sostenido con fondos públicos-». Se alega que se produce mediante Resolución del Director General de Planificación y Formación Profesional del Departamento de Educación al denegar la autorización de apertura y puesta en funcionamiento.

La denegación se debe a la elaboración de un informe desfavorable por una serie de deficiencias respecto del proyecto edificatorio del centro, emitido por la Arquitecta Técnica de la Unidad Técnica de Construcción del Servicio Provincial de Zaragoza. En el enjuiciamiento se declara que esta inspección no fue ajustada al Derecho (RD 332/1992, art.7), ya que se produjo una inspección no advertida, se requirieron documentos en un plazo de 24 horas, realizarse en el mismo día una nueva inspección... Posteriormente, se realiza una inspección por parte del Arquitecto Técnico del Ayuntamiento quien alega que se han visto subsanadas las anomalías señaladas en el informe técnico del Departamento de Educación, salvo una corta enumeración. Según este no impiden la concesión de licencia de obra y notifica favorablemente la ocupación y uso del centro. Pero no hay resolución modificativa de la denegación por parte de la Administración.

Por otro lado, tras tales informes, se acude previamente al recurso en el presente analizado a la misma Sala para la solicitud de una medida cautelar para la apertura y funcionamiento del centro. Esta es concedida por considerarse que las faltas señaladas en el informe desfavorable que provoca la denegación de apertura del centro no son incompatibles con la normal actividad del centro.

Sin embargo, al ejecutarse esta tras el periodo de escolarización, muchos de los padres que habían solicitado en un inicio este colegio, tuvieron que acceder a otros ofrecidos por la Administración. De esta manera se vulneró el propio derecho de las familias a la elección de centro educativo. Y por razón de la falta de alumnos y no llegar entonces al número establecido de la ratio para el régimen de concierto, se le retira la condición, supuesto por el que también alegan vulneración del mismo art. 27 CE refiriéndose a la libertad de elección de centro al no disponer de un concierto educativo, fundamento reiteradamente aceptado por jurisprudencia del TS.

El TSJ en este caso, establece la relación indisoluble de la obligación del régimen de enseñanza obligatoria y gratuita, con la creación de centros docentes de régimen concertado causada por la existencia del sistema dual o mixto de educación en España. Finalmente estima el Tribunal el recurso interpuesto por considerar que a través de las actuaciones realizadas por la Administración se ha producido una efectiva vulneración

del art. 27 CE, no habiendo sido estas justificadas de una manera proporcional y justa. Dicho de otro modo, que han sido actuaciones improcedentes que han afectado a numerosas familias en el derecho a la libre elección de centro por razones injustificadas.

Del análisis jurisprudencial de esta materia infiero una tendencia distinta a la materia de escolarización. Como norma general existe una clara predisposición por parte del TSJ en la estimación de recursos en los que se invocan el art. 27 CE en relación a los centros concertados aragoneses. También cabe mencionar que el derecho que aquí acaece se da en variedad de vertientes, desde la creación de un colegio, hasta la ratio con la que cuentan los centros privados para poder acogerse al régimen de concierto.

Por otro lado, observamos que la tendencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se orienta hacia la estimación de este tipo de recursos por considerar nulas muchas de las actuaciones de la Administración pública, lo que conduce a cuestionar si es que existe un trato desfavorable por parte de esta hacia los centros privados, o existe una defensa institucional hacia la educación privado-concertada y especial protección al art. 27 de la CE.

## V. CONCLUSIONES

Llegando al final del trabajo es necesario elaborar una síntesis con todas las ideas deducidas en la realización de este trabajo.

En primer lugar, abordar la cuestión de la libertad de elección de centro desde una perspectiva personal. Tras la disparidad de opiniones y consideraciones respecto a esta, debo reconocer que finalmente la comprendo como una libertad (también recogida como derecho) mas no como un derecho fundamental. Resulta coincidente con la misma línea de Cotino Hueso (2012)<sup>2324</sup>, en la que conjetura, que a pesar de lo fundamental que supone la decisión de elección de centro para las familias, no corresponde con «el alcance y utilidad» del derecho a la elección de centro, no fundamental. Cotino Hueso establece una vinculación entre el derecho de libertad de la libre elección de centro y la propia libertad de enseñanza manifiesta en la existencia de centros públicos y privados. Así mismo, considero yo misma que existe una relación directa entre ambos dos, y de hecho

---

<sup>23</sup> Cotino Hueso, L. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

<sup>24</sup> Lorenzo Cotino Hueso es catedrático en la Universidad de Valencia de Derecho Constitucional. Ha sido también como Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la sala de lo contencioso administrativo desde el año 2000 al 2019. A parte cuenta con una extensa lista de publicaciones académicas así como de participación en congresos.

así lo he comprobado mediante el estudio de las materias de escolarización y concierto de los apartados 2 y 3 del epígrafe IV.

Por otro lado, opina que su concepción como derecho fundamental se basa en la correspondencia que obra entre el derecho del art. 27.3 de la CE y el derecho a la libre elección de centro, siendo este último «instrumento de logro efectivo» del primero. Aunque a su vez afirma que le parece más «una general proyección del principio de libertad» del art. 1.1 CE, de dudosa naturaleza fundamental.

Desde mi punto de vista, también valoro la relación entre el derecho a la libre elección de centro y el derecho a la libre elección de formación religiosa y moral, como instrumental. Empero así lo considero también con el resto de preceptos relacionados con la libertad de enseñanza (art. 27 CE, apartados 3, 5 y 6).

De esta manera, contravengo con la afirmación realizada en el Comunicado sobre la libertad de enseñanza del Ministerio de Educación, con fecha de 14 de noviembre de 2019 (adicionado mediante el Anexo I), sobre que el derecho a la libre elección de centro y la libre elección de formación religiosa y moral están en el exterior de los márgenes de la libertad de enseñanza. Mantienen una vinculación directa con la creación de la posibilidad de la libre elección de centro.

Mi posición se debe a varias razones. La CE en su texto no recoge expresamente una disposición que catalogue la libertad de elección de centro escolar como un derecho. Sí recoge el derecho a la formación religiosa y moral según propias convicciones con el que aunque está claramente relacionado, tal y como se dictamina en la STS de 13 de febrero de 1981 no son el mismo. La libertad de elección de centro está presente en las leyes educativas españolas en la LODE (art. 4.b)) y como derecho y en la LOE, LOMCE y LOMLOE, como una posibilidad de los padres a escoger centro. El hecho de que esté reconocida como un derecho, incluso actualmente por encontrarse de forma expresa en la LODE todavía en vigor, es importante. Es la manera de recoger la libertad en un derecho positivo accionable, a pesar de que esto no sea lo mismo que una naturaleza constitucional y fundamental y que consecuentemente su alcance sea más limitado.

Doctrinalmente continúa habiendo mucha discrepancia. Realizando un recorrido extenso entre las leyes educativas y pronunciamientos del TC ni siquiera llega a quedar claro qué es lo que realmente recoge la ley. Son muchos años de legislación educativa, en los que considero que cuestiones como las que ocupan el trabajo deberían tener un tratamiento señalado e igualitario independientemente de la defensa a la educación pública o privada como actualmente se separa y se reduce el debate.

Del análisis jurisprudencial realizado mediante la selección de diversos pronunciamientos e incorporación de su contenido en fichas esquemáticas adjuntas en los Anexos II y III, dependiendo de la materia, he aducido diferentes resultados.

En primer lugar, no encuentro correcto el uso y el tratamiento que se le da a esta libertad o derecho en las relaciones entre la Administración educativa y las familias particulares. En el análisis jurisprudencial en materia de escolarización del punto 1.2 del apartado IV de este trabajo, es repetidamente extraíble la determinación de los jueces sobre que el art. 27 CE y el derecho a la libre elección de centro, no son un derecho absoluto. Es en este caso a lo que me refiero con el uso incorrecto, ya que considero que por una creencia generalizada se invocan conjunta y genéricamente estos dos preceptos cuando no son el mismo. Se convierte su acción por parte de las familias en una alegación para un uso arbitrario de la normativa para satisfacer un derecho no ilimitado.

Ciertamente, se cuenta con la legitimidad necesaria para su ejercicio en la articulación de la defensa de los procesos judiciales. Es el objetivo de los artículos 27 CE y 4.1.b) de la LODE que se respete la voluntad de los padres en el proceso de elección de centro escolar para sus hijos. Y esto mismo pretende cumplir los procedimientos administrativos como indica la CE otorgando la responsabilidad a los poderes públicos, aunque a veces no se coincida en resultado. Es la programación general de la enseñanza el instrumento esencial para materializar el campo de ejercicio de la libre elección de centro. Por eso, existe siempre con base en los principios de igualdad, garantía e interés público la posibilidad de recurso, pues al fin y al cabo el Derecho Administrativo es «el resultante histórico de la lucha por equilibrar el poder del Estado y los derechos de los particulares».<sup>25</sup> Así queda de manifiesto en todas las sentencias analizadas de escolarización que se tramitan tanto por un procedimiento ordinario como por el procedimiento de derechos fundamentales en cuanto los padres alegan que ese derecho no se ha cumplido.

En el caso de los conciertos educativos, del análisis jurisprudencial, extraigo que cubrir necesidades de escolarización es un concepto crucial puesto que remite a la existencia de un sistema dual y mixto, y no debe recurrirse a un principio de subsidiariedad. Nuestra Administración educativa no lo interpreta siempre así. Como

---

<sup>25</sup> García de Enterría Martínez-Carande, E. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)». Publicado en la *Revista de administración pública* nº 38, págs 159-208, 1962. [Consultado electrónicamente el 15/06/2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>



vemos en la ficha 4 del anexo III, es el TSJ quien se encarga de recordar y fijar esta interpretación.

En este sentido la inclusión de «demanda social» en las leyes orgánicas promulgadas con gobiernos del Partido Popular, desde mi punto de vista, pretendía amparar la interpretación que hace la doctrina legal, si hay demanda social, hay necesidad de escolarización y por lo tanto se deben ofertar más plazas escolares concertadas.

El hecho de que la nueva LO suprima este concepto no significa que deba alterarse el concepto profundamente arraigado de la coexistencia de un sistema dual formado por centros sostenidos con fondos públicos, públicos y privados. Entiendo por lo tanto, que el conflicto entre escuelas que se ha desatado no tiene suficiente justificación. Los defensores de la escuela concertada están suficientemente amparados por la normativa y el sistema mixto existente y, los defensores de la escuela pública deben entender que en la medida de lo posible las Administraciones públicas deben garantizar la libertad de centro sea público o privado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Báez Serrano, R. *Educación diferenciada y conciertos públicos*. Tesis Doctoral en la Facultad de Derecho,, Sevilla, 2015 [consultado electrónicamente el 15/06/2021], disponible en:  
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/32427/Rafael%20B%C3%A1ez%20Serrano%20-%20Educaci%C3%B3n%20diferenciada%20y%20conciertos%20p%C3%ABlicos%20-%20Tesis%20Doctoral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Benitez de Puelles, M. «Reflexiones sobre cuarenta años de educación en España o la irresistible seducción de las leyes », en *Revista Historia y Educación* [revista electrónica], nº3, 2016 (Ejemplar dedicado a: Las leyes educativas de la democracia en España a examen (1978-2013)), págs. 15-44. [Consultado el 15/06/2021]. Disponible en:  
<http://revistas.uned.es/index.php/HME/article/view/14760/14118>
- Cotino Hueso, L. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional.*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Cotino Hueso, L. “Tratamiento constitucional de la descentralización y del sistema competencial de la educación y enseñanza en España.” en *Autonomía y evolución del modelo de educación en España*. Tutela Aranda, J (dir). Kölling, M (ed). Dirección actas nº7. Fundación Manuel Giménez Abad.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)». Publicado en la *Revista de administración pública* nº 38, págs 159-208, 1962. [Consultado electrónicamente el 15/06/2021]. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>
- Marchesi, A. Profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid. «La LOGSE en la educación española. Breve relato de un cambio histórico» en *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación en España* [revista electrónica], junio 2020. [Consultado el 15 de junio de 2021].
- Marcos Pascual, E. «Los Conciertos Educativos y la libertad de elección de centro educativo» en *Revista de Derecho UNED*, núm. 25, 2019.
- Menéndez Rexach, Á. Solozábal Echevarría, JJ. *El principio de colaboración en el Estado Autonomico*. Colección Estudios nº4. Tutela Aranda, J (dir.). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico. Zaragoza, 2011.
- Nogueira Soriano, Rosario. *Principios constitucionales del sistema educativo español*. Ed. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Subdirección General de Documentación y Publicaciones, Madrid, 1988.
- Ramón Vera, C. «La elección de centro escolar en Aragón. Razonamientos y estrategias de los padres en la elección de centro escolar» en *Dialnet* [Tesis

Doctoral] [Consultado el 24/04/2021]. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=132920>

- Rodríguez Blanco, M. «A propósito de la libertad de enseñanza y el derecho de elección de centros educativos» en Portal de Comunicación, Universidad de Alcalá, 24/04/2020 [Revista electrónica] [Consultado el 11/03/2021]. Disponible en: <https://portalcomunicacion.uah.es/diario-digital/entrevista/a-proposito-de-la-libertad-de-ensenanza-y-el-derecho-de-eleccion-de-centros-educativos.html>
- Rogero, J. «Libertad de elección de centro y segregación escolar» en El diario de la Educación 21/01/2020 [Revista electrónica] [Consultado en 11/03/2021]. Disponible en: <https://eldiariodelaeducacion.com/2020/01/21/libertad-de-eleccion-de-centro-y-segregacion-escolar/>
- Zapata Hjar, JC. «Libertades públicas y escuela aragonesa: controversias jurisprudenciales en materia de apertura de centros, conciertos educativos, clases de religión y educación en centros exclusivamente femeninos y masculinos». En Foro de Derecho Aragonés 2019, vigesimonovenos encuentros. Presidente de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Zaragoza, 12 de noviembre de 2019.

## VII. ANEXOS

### ANEXO I – COMUNICADO OFICIAL DEL MINISTERIO SOBRE LIBERTAD DE ENSEÑANZA



MINISTERIO  
DE EDUCACIÓN  
Y FORMACIÓN PROFESIONAL

Madrid, 14 de noviembre de 2019

#### LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La articulación del derecho a la educación se realiza a través de la libertad de enseñanza: que también garantiza y reconoce nuestra Constitución.

La realidad establecida por la Constitución española de 1978 en su artículo 27.1 va mucho más allá de los contenidos que a la libertad de enseñanza se le han atribuido en nuestra historia jurídica y educativa española.

Como regla general ha sido representativa de aquellas posiciones que postulaban una defensa activa de los centros educativos en manos privadas, frente a la posición de los poderes públicos como sujetos educativos. Que esta expresión haya significado usualmente esto en nuestro país, no implica que su utilización por la Constitución española de 1978 responda a las premisas históricas descritas.

El estudio de la Constitución en sí misma, despojada de prejuicios históricos e ideológicos, estudiada de forma sistemática y con la ayuda de la doctrina del Tribunal Constitucional, nos ofrece una pluralidad de contenidos sobre la proclamación de la libertad de enseñanza. Significa, en principio, **la imposibilidad de un monopolio educativo del Estado, la apertura de la enseñanza a la iniciativa de los particulares**. Y, además, la libertad de enseñanza **cubre también la posición del docente específicamente contemplada por la libertad de cátedra del artículo 20.1.c) CE**, precepto contenido dentro de un artículo dedicado a la **libertad de expresión**. Sin olvidar nunca la obligación de los poderes públicos para hacer efectivo este derecho a “todos”,

prestando el servicio público de la educación desde el pueblo más alejado en cualquiera de nuestras cordilleras hasta en las urbes más desarrolladas y pobladas del país.

La libertad de enseñanza se configura como un **supraconcepto** que cubre tanto la **libertad de creación de centros docentes** como la **libertad de cátedra**. Sirve, en el fondo, para **amparar a todo aquel que se dedica a la transmisión ordenada y sistemática de conocimientos, dentro o fuera del sistema docente oficial**. Sirve para decir que **todo español es libre de desarrollar una actividad de enseñanza, de difusión de conocimientos hacia sus ciudadanos**.

Este concepto de libertad de enseñanza sirve también para **distinguir, al menos conceptualmente, a la libertad de creación de un centro docente con la mera libertad de empresa**. La diferencia estriba en la **posibilidad de aportar a los niveles de enseñanza impartidos una dirección ideológica concreta que se puede plasmar en un programa, en un ideario educativo, en un carácter propio** dentro de las condiciones legales establecidas.

Pero del concepto de libertad de enseñanza ha de expulsarse algunos contenidos que determinados autores han pretendido incluir dentro de la expresión. **De ninguna manera puede decirse que el derecho de los padres a escoger una enseñanza religiosa, o a elegir centro educativo**, podrían ser parte de la libertad de enseñanza. Estos hechos **formarán parte del haz de derechos que puedan tener los padres en las condiciones legales que se determinen**, pero nunca ser emanación de la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 de la CE. Esta afirmación tiene su origen en la ya antigua STC de 13 de febrero de 1981 (FJ 7 Y 8) en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares.

La **regulación que hemos hecho del principio de libertad de enseñanza** durante estas décadas de democracia ha sido equilibrada y consensuada, lo demuestra, entre otras cosas, la larga vigencia del régimen de conciertos, por cierto, tras las vacilaciones que al respecto manifestaron en su momento los partidos conservadores.

Este modelo, casi inédito en Europa, ha permitido estabilizar las proporciones de estudiantes atendidas por las redes pública y concertada, estando matriculado en la primera el 67,2% del alumnado en 1992 y el mismo porcentaje en el curso que acabamos de terminar. Estas cifras son una demostración de ese equilibrio.

Si se pretende llevar a cabo la **creación de un centro docente para impartir enseñanzas de niveles oficiales, la libertad de enseñanza adopta la modalidad de libertad de creación de centros docentes** (art. 27.6 CE). **Si el docente va a ejercer la actividad en un centro —sea público o privado—, la libertad de enseñanza adopta la modalidad de libertad de cátedra.** Pero si este docente, ahora considerado **como mero ciudadano, fuera de un centro o del sistema oficial educativo, pretende llevar a cabo una actividad educativa, puede hacerlo** porque le cubre ese gran supraconcepto que es la libertad de enseñanza.

27.3 CE “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Dar cumplimiento a este mandato significa desarrollarlo por el legislador, y hay muchas formas de poder hacerlo, teniendo en cuenta el 27.5 donde “Los poderes públicos **garantizan el derecho de todos a la educación,** mediante una **programación general de la enseñanza,** con la participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”. Este concepto de programación es constitucionalmente novedoso.

## **ENSEÑANZA NO UNIVERSITARIA**

### **1) EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. PRINCIPALES NORMAS.**

*A) El art. 27 de la CE y su desarrollo normativo.*

1) Tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por España en esta materia. a) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, arts. 2, 3.n y q, 149 y 150.

b) Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, arts. 18 y 26.

c) Convenio para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), art. 9.

d) Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las

libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991), art. 2.

e) Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (BOE núm. 262, de 1 de noviembre de 1969).

f) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977), art. 18.

g) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977), art. 13.

h) Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Acuerdos Culturales (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979).

## 2) Leyes fundamentales del sistema educativo español.

a) Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (BOE núm. 159, de 4 de julio).

b) Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo), modificada parcialmente por la LO 8/2013, de 9 de diciembre para mejora de la calidad educativa (BOE núm. 295, de 10 de diciembre).

c) Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la Formación Profesional (BOE núm. 147, de 20 de junio).

d) Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE núm. 307, de 24 de diciembre), modificada parcialmente por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (BOE del 13).

3) Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa y SSTC sobre la derogada LOCE SSTC 6/2013, 17 de enero, 214/2012, 213/2012, 212/2012, de 14 de noviembre y 184/2012, de 17 de octubre. SSTC LOMCE 31/2018, 10 de abril.

*B) Contenidos más relevantes del derecho a la educación:*

- 1) Derecho a cursar la enseñanza que en cada momento sea considerada como básica por la legislación ordinaria.
- 2) Derecho a acceder a niveles superiores de educación en función de las propias aptitudes, sin que pueda existir discriminación en el acceso.
- 3) Derecho al acceso a los centros de enseñanza sin más limitaciones que las establecidas por razones de interés público, mediante el instrumento normativo adecuado.
- 4) Derecho a una educación impartida sin discriminación alguna.
- 5) Derecho a una participación responsable en los órganos de gobierno del centro, participación medida en función de la edad del alumno y características de la función en que se participe.
- 6) Derecho a recibir una educación que asegure el pleno desarrollo de la personalidad.

**ANEXO II – FICHAS PRONUNCIAMIENTOS ESCOLARIZACIÓN**

Ficha 1:

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N°5 de Zaragoza. |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 133/2021 / PROCED. ORDINARIO                    |
| <b>FECHA</b>                   | 01/06/2021  |



|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <b>PONENTE</b>                | Dña. María José Cía Benítez   |
| <b>FUENTE</b>                 | CENDOJ  |
| <b>NORMATIVA<br/>APLICADA</b> | <p>Decreto 30/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón sobre la regulación la escolarización de alumnos en centros docentes públicos y privados concertados: Art. 24, sobre solicitudes de admisión presentadas después de la finalización del plazo establecido en convocatoria. Art. 25 de criterios de escolarización, sobre el baremo. Art. 37 sobre escolarización de alumnado con necesidades de apoyo educativo.</p> <p>Interpretación del art. 27 de CE.</p>  |
| <b>HECHOS</b>                 | <p>Recurrente – Dña. Mirela Martínez</p> <p>Recurrido – Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida – Resolución de 6 de noviembre de 2019, notificada por el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte.</p> <p>Madre de dos niñas presenta solicitud de admisión fuera del plazo señalado por el Decreto vigente en el momento en materia de escolarización. La resolución dictamina la negación a la petición por no existir plazas escolares en nivel y centro seleccionado.</p> <p>La recurrente pide la anulación y que se deje sin efecto la resolución impugnada. Ante la negación de la solicitud de admisión por la razón de no existir vacantes en las pretensiones de la demandante, alega esta falta de motivación y en consecuencia indefensión. Así como la obviedad de las necesidades especiales de las menores y de haber prescindido del procedimiento legalmente establecido.</p> <p>La parte demandada pide que se desestime la reclamación por ser la actuación conforme a Derecho.</p> |

|                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| <p><b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b></p> | <p>Ante esto el Juez señala:</p> <p>(1) Que por el art. 24 del D 30/2016 del GA, los Servicios Provinciales adjudicarán las plazas en función del orden de entrada, de los criterios fijados por la orden anual de convocatoria del proceso de escolarización y de las plazas vacantes existentes después del plazo ordinario de matrícula.</p> <p>Este el procedimiento que ha seguido la Administración educativa, cumpliendo con su legalidad.</p> <p>(2) Que en este caso no estamos ante un supuesto del art. 25 D 30/2016 que remite a criterios especiales, sino directamente ante la inexistencia de vacantes.</p> <p>(3) Que el art. 27 CE no es un derecho absoluto, sino que tiene límites necesarios, básicamente la disponibilidad de plazas escolares.</p> <p>(4) Se tiene en cuenta el art. 37 del D 30/2016 sobre necesidades de apoyo educativo pero no supone un cambio de criterio ante la inexistencia de plazas vacantes en el centro seleccionado.</p> <p>(5) Que no se puede defender que únicamente en el supuesto en el que se adjudique las plazas en los centros elegidos, es cuando no se incurre en indefensión.</p> |
| <p><b>FALLO</b></p>                  | <p>Procede la desestimación del recurso, por ser la resolución conforme a derecho. No hay imposición de costas.</p> <p>.</p>  |
| <p><b>PUNTOS DE INTERÉS</b></p>      | <p>Muy relevante la señalización de los límites que genera el proceso de escolarización en la naturaleza no absoluta del art. 27 CE (falta de plazas, ratios, criterios de admisión).</p> <p>Así como la llamada de atención ante alegaciones de indefensiones o vulneraciones arbitrarias según se dé cumplimiento a las voluntades de las partes o no, obviando los procedimientos legales.</p>   |

Ficha 2:

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº2 de Zaragoza.  |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 17/2017 / PROCED. ORDINARIO  |
| <b>FECHA</b>                   | 30/01/2017   |
| <b>PONENTE</b>                 | D. Javier Albar Garcia   |
| <b>FUENTE</b>                  | CENDOJ   |
| <b>NORMATIVA APLICADA</b>      | LPCA art. 54; Art 71, art 84 LOE sobre escolarización y necesidades especiales de apoyo específico; D 30/2016 art. 9; 109.2 sobre límites de medios LOE.   |
| <b>HECHOS</b>                  | <p>Recurrente – D. Jose María Lopez Gimenez</p> <p>Recurrido – Servicio Provincial de Educación del Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida – Resolución de la Directora del Servicio Provincial de Educación del Gobierno de Aragón, de fecha 03/06/16, por la que se deniega la reclamación</p> |

|   |  |
|---|--|
|   | <p>presentada por la recurrente, en escolarización de sus hijas en el curso escolar 2016-17 en un centro escolar concertado, como consecuencia de las necesidades específicas de apoyo educativo que ambas necesitan.</p> <p>Se alega falta de motivación, y la existencia de dislexia y retraso en según aspectos educativos en sus hijas, e invocan para cumplir sus pretensiones el derecho a la educación y elección de centro.</p>  |
| <p><b>FUNDAMENTO<br/>S DE DERECHO</b></p> | <p>Respecto a las alegaciones, señala el Juez:</p> <p>(1) Que debe rechazarse la falta de alegación ya que se da clara motivación y que el art. 54 L30/1992 no requiere contestación expresa a cada una de las alegaciones.</p> <p>(2) Que el procedimiento llevado a cabo por la Administración está dentro de los parámetros establecidos en las normas reguladoras en relación con la elección de centro y la falta de plazas (arts. 71 y 84 LODE). Que inevitablemente esta segunda supone un límite para la primera, ya previsto en la ley.</p> <p>(3) Que en la misma alegación del recurso, no se hace pide formalmente la medida del art. 87.2 LOE sobre la necesidad de las niñas a una educación especial. No se adjuntan documentos probatorios como indica el art. 9 del D 30/2016, aparte de que las necesidades especiales de las niñas son relativamente comunes y no precisan de una cobertura urgente como para imponer medidas cautelares en su escolarización en el colegio solicitado.</p> |
| <p><b>FALLO</b></p>                       | <p>Procede la desestimación del recurso, por ser la resolución conforme a derecho. No hay imposición de costas.</p>  |

|                          |   |
|--------------------------|---|
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b> | <p>En esta misma sentencia se menciona cómo a otra compañera del mismo colegio anterior al solicitado, sí se le otorgaba una medida cautelar para escolarizarla en el mismo centro solicitado por el recurrente por motivo de capacidades especiales ya que esta hace expresa referencia a la existencia de plazas específicas relativas a niños con capacidades especiales. Por otro lado, se produce un conflicto de intereses que resuelve el juez mediante ponderación. Aunque se tiene en cuenta el interés de las menores, no se la conceden al recurrente por la salvaguardia de la legalidad y el normal funcionamiento del procedimiento de escolarización, que es el interés general.</p> |
|--------------------------|---|

Ficha 3:

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N°3 de Zaragoza. |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 251/2016 / PROCED. DERECHOS FUNDAMENTALES       |
| <b>FECHA</b>                   | 21/12/2016  |

|                               |  |
|-------------------------------|--|
| <b>PONENTE</b>                | D. Luis Carlos Martín Osante   |
| <b>FUENTE</b>                 | CENDOJ   |
| <b>NORMATIVA APLICADA</b>     | LOMCE art.84.1 sobre admisión en escolarización; L9/2013 de transparencia e información pública; OECD/281/2016 orden con instrucciones sobre el aspecto autista en criterios de escolarización; D30/2016 anterior norma autonómica de escolarización.  |
| <b>HECHOS</b>                 | <p>Recurrente – Marta Tobed , Fernando García</p> <p>Recurrido – Gobierno de Aragón, Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida – Resolución de 8 de junio de 2016 de la Directora del Servicio Provincial, en la adjudicación de una plaza escolar para el hijo de los recurrentes en un colegio público no solicitado.</p> <p>Solicita la declaración de plazas libres en el Colegio solicitado, por haberse saltado el procedimiento. Así como la declaración de vulneración de los derechos fundamentales del art. 27.3 CE.</p> |
| <b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b> | <p>Nos encontramos ante Proced. de Derechos Fundamentales, sobre las alegaciones de la parte recurrente dictamina:</p> <p>Sobre la lesión del derecho fundamental de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa conforme a</p>   |

|              |  |
|--------------|--|
|              | <p>sus propias convicciones del art. 27.3 CE en relación con el derecho a la libre elección de centro:</p> <p>(1) No se considera vulnerado el derecho de elección de centro por la actuación de la Administración.</p> <p>(2) La actuación de la Administración ajustada a su ejercicio legal. La aplicación de la normativa vigente no garantiza este derecho.</p> <p>(3) No juega únicamente la voluntad de los padres. La no vulneración de estos derechos no implica que tenga que verse el derecho satisfecho.</p> <p>(4) No se produce vulneración cuando la propia norma prevea implícitamente la necesidad de valorar circunstancias concurrentes como la demanda de plazas, la ratio, la necesidad de apoyo educativo...</p> <p>En cuanto a la impugnación de la actuación de la Administración por error corregido de manera ilícita por esta, aclara el Juzgado que:</p> <p>(1) La actuación objeto de impugnación no pertenecía a la Administración sino al propio colegio concertado, el cual es de titularidad propia.</p> <p>(2) Aunque sea de titularidad propia, su ejercicio se encuentra sometido a al control de la Administración, no son actos administrativos los que se impugnan.</p> <p>(3) Carecen de relevancia en el procedimiento de protección de derechos fundamentales.</p> |
| <b>FALLO</b> | <p>Procede la desestimación del recurso, por ser la resolución conforme a derecho. No hay imposición de costas.</p>  |

|                          |   |
|--------------------------|---|
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b> | El tratamiento que le da la parte actora tanto al procedimiento de protección de derechos fundamentales como a los derechos a la libre formación religiosa y de elección de centro, no es ajustada a Derecho. |
|--------------------------|---|

Ficha 4:

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N°2 de Zaragoza.  |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 71/2018 / PROCED. ORDINARIO  |
| <b>FECHA</b>                   | 16/04/2018   |
| <b>PONENTE</b>                 | D. Javier Albar Garcia   |
| <b>FUENTE</b>                  | CENDOJ   |
| <b>NORMATIVA APLICADA</b>      | Orden ECD/615/2017; RD 1537/2003; LO 2/2006; L 9/2014; D 30/2016; Jurisprudencia STSJ 129/2015; LJCA; LODE |



|                      |   |
|----------------------|---|
| <p><b>HECHOS</b></p> | <p>Recurrente – Dña. Beatriz Perez Jiménez</p> <p>Recurrido – Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida – Resolución de 10 de julio de 2017 por el que se adjudica a la hija de la recurrente plaza en el centro público del municipio donde residen.</p> <p>Alega infracción en el procedimiento de escolarización, infracción del derecho del art.27.3 CE a la educación religiosa y a escoger centro para los hijos. Violación del art. 84.2 LOE. Solicita la posibilidad de que haya un aula mixta concertada.</p> <p>En el proceso de acceso, renovación y modificación de conciertos, la Resolución de 5 de abril de 2017 de la Dirección General de Planificación y Formación Profesional recoge provisionalmente la no renovación del concierto en una unidad de primer curso de segundo ciclo de ed. Infantil en el colegio concertado solicitado, el cual ha puesto recurso contencioso-administrativo contra esta resolución, en el Juzgado de la misma jurisdicción nº4, y se ha accedido a la medida cautelar de suspensión hasta la conclusión del proceso de escolarización.</p> <p>Posteriormente es declarada ejecutiva por el TSJ de Zaragoza.</p> <p>Mientras estaban las medidas cautelares, la hija de la recurrente fue incluida en las listas de admitidos en el colegio Santa María de la Esperanza y se le adjudicó una plaza provisional como medida cautelar. Cuando se hace ejecutiva la Orden por el TSJ y desaparece la unidad escolar se adjudica plaza definitiva a la niña en el colegio público de la localidad.</p> |
|----------------------|---|

|   |  |
|---|--|
| <p><b>FUNDAMENTO<br/>S DE DERECHO</b></p> | <p>La sentencia señala que no se cuestiona el concierto sino la posibilidad, pese a la inexistencia de aula en el colegio concertado, de escolarización de la hija de la recurrente.</p> <p>Sobre las alegaciones realizadas se dicta:</p> <p>(1) Sobre el art. 27 y la vulneración de los derechos de elección de centro y de formación religiosa, que el derecho recogido en este artículo no es un derecho absoluto y que su limitación esta fundada en razones presupuestarias por no haber ratio suficiente en el centro.</p> <p>(2) En relación con el derecho a la libertad religiosa y a la elección de esta formación, el juez señala que la religión forma parte de los currículos de los centros públicos y que bien se puede ver satisfecho tal derecho en cualquier tipo de centro. Aunque reconoce que no es lo mismo la formación religiosa en una asignatura programa que en el ámbito y ambiente interno de un colegio.</p> <p>(3) Sobre la violación del art. 84 de la LOE, no se admite puesto que no existe un conflicto entre los criterios de admisión y la gestión de la solicitud de la recurrente, simplemente porque no hay plazas ofertadas porque no hay aula concertada.</p> <p>(4) Sobre la posibilidad de que se siga con un aula mixta, admite el juez que al igual que es muy común en el mundo rural, las diferencias entre las edades de educación infantil no suponen diferencias relevantes en su formación elemental, por lo que admite su posibilidad.</p> <p>(5) Que por razón de la conciliación familiar, la solución más ajustada es la de permitir que continúe la niña en el centro María de la Esperanza en el aula mixta, mientras se encuentre en infantil, y si se mantiene el concierto de una unidad en años venideros.</p> |
|---|--|

|                          |   |
|--------------------------|---|
|                          |   |
| <b>FALLO</b>             | <p>Procede la estimación total del recurso contra la desestimación de la Resolución de 10 de julio de 2017 por la que se adjudica plaza en el centro público Ramón y Cajal de Pina de Ebro. Se anula mediante esta sentencia la misma resolución reconociendo el derecho de la hija de la recurrente a permanecer escolarizada en el Colegio Nuestra Señora de la Esperanza mientras se encuentre en infantil y siempre que se mantenga el concierto de la unidad mixta en años venideros, y cuando el informe del Director ratifique el progreso y sea esta solución adecuada.</p> |
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b> | <p>Es curioso como en la conjugación de todos estos factores el Juez racionaliza muchos puntos que pueden llevar a la desestimación del recurso, y sin embargo opta por acogerse a los criterios prioritarios de escolarización en caso de que no haya plazas suficientes para en este caso la inexistencia de aula y acepta la proposición de la continuidad de la medida cautelar en un aula mixta en el centro solicitado. Esta decisión se basa en la ponderación del interés de la menor sobre la situación formal.</p>  |

### ANEXO III – FICHAS PRONUNCIAMIENTOS CONCIERTOS

Ficha 1:

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera   |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | Sentencia nº 155/2019. Procedimiento Ordinario.   |
| <b>FECHA</b>                   | 16/04/2019  |
| <b>PONENTE</b>                 | D. Juan José Carbonero Redondo  |
| <b>FUENTE</b>                  | CENDOJ  |
| <b>NORMATIVA APLICADA</b>      | Art. 16 RD 2377/1985<br>Jurisprudencia basada en la STS 2132/2001   |
| <b>HECHOS</b>                  | <p>Recurrente – Federación Autonómica de Educación y Gestión de Aragón.</p> <p>Recurrido – Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida – Resolución del Secretario General Técnico del Departamento de Educación de Aragón de 11 de abril de 2017, concretamente, por la que se desestima un recurso de alzada interpuesto frente a otra Resolución del 2 de febrero de 2017, sobre la determinación de la relación media alumnos/profesor por unidad escolar para los centros privados, ya que esta vulnera el art. 16 del RD 2377/1985. Solicita la parte recurrente la modificación de la relación media alumnos/profesor</p> |

|                               |   |
|-------------------------------|---|
|                               | <p>de los centros privados por la establecida para los centros públicos. También la revocación de un concierto denegado por Orden de 12 de mayo de 2017.</p> <p>El Departamento de Educación solicita la desestimación del recurso por ser el acto ajustado a Derecho.</p>  |
| <b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b> | <p>Ante las alegaciones decide el Tribunal:</p> <p>(1) Que no es justa la actuación de la Administración conforme al art. 16 del RD de conciertos respecto a la relación media de alumnos/profesor impuesta a los colegios privados, que es por municipio, a la de los colegios públicos que es por zona de escolarización.</p> <p>(2) Que se desajustan entonces las posibilidades de concesión de conciertos por tener estos la obligación del mantenimiento de aulas con la media de alumnos por profesor en los conciertos otorgados y siendo más complicado por la media y referencia que manifiesta la resolución impugnada.</p> <p>(3) Que es contraria la Resolución a la doctrina del TS, por la que se fija que la ratio de los centros concertados debe tener la misma referencia que la de los públicos. Que crean desigualdad obrando en los criterios de la resolución impugnada.</p> |
| <b>FALLO</b>                  | <p>Estimación del recurso contencioso-administrativo, por el que se anula la Resolución de 11 de abril de 2017 del Secretario General Técnico del Departamento de Educación. Reconocimiento del derecho de la recurrente a la fijación de la ratio alumnos/profesor por unidad escolar a los centros escolares concertados por cociente entre el número de alumnos en centros públicos, y el número de aulas ofertadas en ellos dentro de cada etapa educativa, igual que los centros públicos. Y la condena a la Administración a costas por el art. 139 LJCA.</p>   |
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b>      | <p>Servirá esta sentencia como doctrina jurisprudencial y como fundamento jurídico para situaciones análogas como será el caso de la STSJ posterior con nº 356/2020.</p>  |

Ficha 2:

|               |  |
|---------------|--|
| <b>ÓRGANO</b> | <p>Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera</p> |
|---------------|--|

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 356/2020 / PROCED ORDINARIO /RECURSO 132/2018   |
| <b>FECHA</b>                   | 07/09/2020  |
| <b>PONENTE</b>                 | D. Juan José Carbonero Redondo  |
| <b>FUENTE</b>                  | CENDOJ  |
| <b>NORMATIVA APLICADA</b>      | Art. 16 RD 2377/1985<br>Jurisprudencia basada en STS 2132/2001<br>Jurisprudencia basada en STSJ 155/2019  |
| <b>HECHOS</b>                  | <p>Recurrente – Federación Autonómica de Educación y Gestión Aragón.</p> <p>Recurrido – Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida –Resolución del Secretario General Técnico del Departamento de Educación de Aragón de 4 de abril de 2018, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto frente a otra Resolución del 5 de febrero de 2018, sobre la determinación para los centros concertados en Aragón de la relación media alumnos/profesor por unidad escolar ya que esta vulnera el art. 16 del RD 2377/1985. Solicita la parte recurrente la modificación de la relación media alumnos/profesor en base a la establecida para los centros públicos del municipio o zona de escolarización. También la revocación de un concierto denegado por Orden de 12 de mayo de 2017.</p> <p>El Departamento de Educación solicita la desestimación del recurso por ser el acto ajustado a Derecho.</p> |

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b> | No se considera más justo que los centros concertados tengan ratio basada en el municipio donde se encuentren y esto produzca más limitaciones en el acceso de los alumnos, y la de los centros de titularidad pública tenga como referencia las zonas de escolarización, lo que implican zonas de ratio máxima baja, lo que les favorece, y todo esto decidido por los Servicios Provinciales. Se justifica por Jurisprudencia reiterada que en el análisis del precepto reglamentario que corresponde al art. 16 del RD 2377/1985 se dice que se debe aplicar el resultado del cociente entre el número de alumnos escolarizados en centro públicos del municipio o zona de escolarización de un determinado nivel educativo, entre el número de aulas ofertadas en aquellos centros. Es decir que deberá fijarse ratio por zonas de escolarización |
| <b>FALLO</b>                  | Procede la estimación del recurso contencioso-administrativo nº132/2018, contra la resolución impugnada, la cual se anula, reconociendo el derecho de la recurrente a la fijación de la ratio alumnos/profesor por unidad escolar para los colegios concertados por referencia la que resulte para los centros públicos.  |
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b>      | Que el TSJ, ya se había pronunciado sobre asunto idéntico, y esto le vincula a aplicar fundamentos idénticos para que se de la misma resolución en virtud del principio de seguridad jurídica. Por otro lado, esta sentencia junto a la nº 155/2019, servirán como fundamento legal para el cambio de criterios oficial sobre la relación media de alumnado por unidad escolar que se dará a partir de la Resolución de 4 de febrero de 2021, por la que se terminan las ratios del art. 16 RD 2377/1985 para el curso escolar 2021-2022.   |

Ficha 3:

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 58/2017 / PROCED ORDINARIO / RECURSO Nº180/2015                                       |

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <b>FECHA</b>                  | 22/02/2017  |
| <b>PONENTE</b>                | D. Juan Carlos Zapata Hjar  |
| <b>FUENTE</b>                 | CENDOJ  |
| <b>NORMATIVA<br/>APLICADA</b> | RD.2377/1985 de normas básicas sobre conciertos educativos. LO 2/2006 de Educación. LO 8/2013 de la mejora de la calidad educativa. Orden de 30 de diciembre de 2014 de convocatoria de procedimiento de acceso y modificación de los conciertos educativos para curso 2015/2016. Art. 27 de la Constitución Española. Jurisprudencia   |
| <b>HECHOS</b>                 | <p>Recurrente – Fomento de Centros de Enseñanza Aragón, SA. Recurrido – Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.</p> <p>Actuación recurrida - Orden de 1 de junio de 2015 de Consejera de Educación, por la que se resuelven los expedientes de acceso y modificación de los conciertos educativos para el curso académico 2015/2016.</p> <p>Solicita la parte actora el concierto para dos colegios en los módulos de Infantil, Primaria y la ESO. Los colegios son Colegio Sansueña y Colegio Montearagón.</p> <p>Comparten proyecto educativo por el cual se cumplen los requisitos de acceso al régimen educativo. Gozan de preferencia del art. 21 RD 2377/1985 por atender a</p> |



|                               |   |
|-------------------------------|---|
|                               | <p>poblaciones en situación socioeconómica desfavorable, por contar con actividades de interés pedagógico y por satisfacer necesidades de escolarización. Sin embargo, se deniega el acceso por el no cumplimiento de satisfacción de necesidades de escolarización. En contra, alega la parte actora falta de motivación y vulneración del art. 24 RD 2377/2985 y art 54.1.f) de la ley 30/1992. Y solicita la concesión del régimen de concierto por cumplir con todos los requisitos.</p> <p>La Administración Educativa pide la desestimación del recurso y la confirmación del acto recurrido.</p>   |
| <b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b> | <p>(1) Sobre la falta de motivación, coincide el TSJ en las alegaciones de la parte actora, considerando que no existe y que es un requisito indispensable en el procedimiento de la negación de conciertos. Se considera un primer motivo por el que poder estimar el recurso. Alude a diversas sentencias del Tribunal Supremo (STS de 25 de septiembre de 2021 y STS de 19 de febrero de 2013), quien ya se ha pronunciado al respecto en situaciones análogas creando este tipo de doctrina.</p> <p>(2) Sobre el cumplimiento de los requisitos para conceder el concierto. A los centros privados en base a los art. 108y 109 de la LO 2/2006 en relación con el art. 116 de la misma ley, se les permite el acceso al régimen de conciertos y de financiación pública siempre y cuando se cumplan unos requisitos. Este tipo de régimen forma parte del principio dual que sustenta el sistema educativo español y no debe ser la subsidiariedad la que condicione su admisión.</p> <p>(3) Por otro lado, para resolver sobre la razón dada por la Administración Pública para justificar que no hay falta de necesidad escolar por haber numerosos colegios en la zona</p> |

|                          |  |
|--------------------------|--|
|                          | <p>con plazas libres, se acude a la STS de 25 de mayo de 2016 que reconoce la imposibilidad de denegación de concierto por razón de existencia de plazas vacantes en colegio público. Seguidamente, a raíz de la documentación aportada por la parte recurrente y sin contradicción alguna por la demandada, se extrae que los colegios litigantes cumplen con las condiciones del RD2377/1985, por cumplir con las ratios publicadas y aprobadas para el curso 2015-2016 por la Resolución de 21 de enero de 2015; por cubrir necesidades de escolarización que son conocidas por todos de la zona sur de la ciudad así como del corredor del Huerva; como por la no valorada atención a alumnos con necesidades especiales, con condiciones socioeconómicas deficientes y las iniciativas programas de interés pedagógico.</p> |
| <b>FALLO</b>             | <p>Procede la estimación del recurso y en consecuencia:</p> <p>(1) Declarar no conforme a Derecho la Orden recurrida denegatoria del concierto educativo a los Colegios Montearagón y Sansueña.</p> <p>(2) Reconocer como situación jurídica individualizada el derecho al concierto educativo de los Colegios Montearagón y Sansueña.</p> <p>(3) Imponer en costas el recurso a la Administración Pública.</p>  |
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b> | <p>El Tribunal obliga a la interpretación del concepto de necesidad escolarización sin aplicación del principio de subsidiariedad.</p>   |

Ficha 4:

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| <b>ÓRGANO</b>                  | Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera  |
| <b>TIPO DE PRONUNCIAMIENTO</b> | SENTENCIA 168/2019 / PROCED. ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / RECURSO 174/2015   |
| <b>FECHA</b>                   | 2/04/2019  |
| <b>PONENTE</b>                 | D. Juan Carlos Zapata Hjar   |
| <b>FUENTE</b>                  | CENDOJ   |
| <b>NORMATIVA APLICADA</b>      | Procesalmente se procede por el capítulo de la LJCA referente al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en sus artículos 114 a 122. Las actuaciones proferidas de las Administraciones se basan en el RD 132/2010 de 12 de febrero, sobre requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas del 2º ciclo de Ed. Infantil, Ed. Primaria y Ed. Secundaria; Reglamento aprobado por RD 2377/1985 de 18 de diciembre sobre |

|                                |   |
|--------------------------------|---|
|                                | <p>normas básicas de concierto educativos, en su art. 5. Jurisprudencia.</p>  |
| <b>HECHOS</b>                  | <p>Recurrente – 59 padres del centro educativo “Internacional Ánfora”</p> <p>Recurrido – Diputación General de Aragón</p> <p>Acción recurrida – (1) Resolución, de 20 de agosto de 2015, del Director de Planificación de Educación, por la que se deniega la apertura y funcionamiento del centro docente privado. (2) Resolución del 30/Agosto/2015 de la Consejera de Educación, por la que suspende la orden emitida en junio de 2015 sobre el acceso y modificación de ese mismo curso siguiente. (3) Resolución del 17/Noviembre/2015 del Director General de Planificación , por la que se modifica el concierto educativo concreto del “Internacional Ánfora”.</p>  |
| <b>FUNDAMENTO S DE DERECHO</b> | <p>Que por razón de la actuación improcedente de la Administración, probada por las siguientes razones:</p> <p>(1) Que por una inspección no ajustada al reglamento, se le deniega la apertura y el funcionamiento al centro escolar, a pesar de no existir incompatibilidad entre las deficiencias manuscritas y la apertura segura del centro, y habiendo sidas subsanadas.</p> <p>(2) Que por esta primera resolución se le denegó el concierto ya asignado, en fechas posteriores, por supuestamente no haber centro por la denegación por informe desfavorable técnico.</p> <p>(3) Que aún habiendo impuesto la sala, la medida cautelar de autorización provisional a la apertura del colegio, tiempo mínimo más tarde se encargó de nuevo la</p> |

|                          |  |
|--------------------------|--|
|                          | <p>Administración en modificar y denegar el concierto educativo del colegio.</p> <p>(4) Que por razón de estas actuaciones de la Administración se ha visto vulnerado el derecho de los padres a la libertad de elección de centro por la sensación de incertidumbre contravenida por la Administración, no facilitando lo que insta la LODE respecto a esta libertad.</p> |
| <b>FALLO</b>             | <p>Estimación de recurso por verse efectivamente vulnerado el derecho constitucional a la libertad de educación del art. 27.4 de la CE por actuación improcedente de denegación y suspensión de concierto de la Administración.</p> <p>Imponer costas a la Administración por el art. 139 LJCA.</p>  |
| <b>PUNTOS DE INTERÉS</b> | <p>Conexión entre el concierto y la libertad de elección de centro directa. No se garantiza la libre elección de centro si no se oferta suficientes plazas escolares, en este caso, concertadas.</p>   |

