

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LOS PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA SOBRE LA ENSEÑANZA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA L.O.D.E

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Las cuestiones planteadas y el sentido de la respuesta jurisprudencial:* A) La admisión de alumnos. La problemática del acceso a la Universidad. B) La lengua y la enseñanza. C) Los padres como sujetos del sistema educativo. D) El contenido de la enseñanza: el caso del Derecho Canónico. E) La competencia para señalar los horarios en la enseñanza. F) Problemas relativos a disposiciones generales del Derecho de los funcionarios docentes. G) Autorización y revocación del funcionamiento de Centros docentes. H) La problemática de los conciertos educativos.—III. *Conclusiones.*—IV. *Apéndice jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

Pronto se cumplirán tres años de la aparición de la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio (suplemento al «BOE» número 170, de 17 de julio), en recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE). Esta sentencia salvó prácticamente todo el proyecto de Ley Orgánica, declarando su adecuación a la Constitución y dando fin, con ello, a una larga batalla jurídica y política que se inicia, en los tiempos constitucionales, con la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero (suplemento al «BOE» número 47, de 24 de febrero), en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE). Diversas concepciones desarrolladoras de lo regulado en el artículo 27 CE (1) fueron ensayadas durante el tiempo de gobierno de distintas fuerzas políticas y, al final, la Sentencia que citamos dio fin a una polémica y permitió —por la permanencia en el Gobierno de quien estuvo en el origen de la Ley— el desarrollo reglamentario y la aplicación administrativa de la LODE (2).

Esta ejecución de la Ley Orgánica ha sido administrativa, de muy

(1) Sobre los problemas generales de la enseñanza me remito a A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, junto con toda la bibliografía allí citada. Entre la bibliografía posterior puede verse a J. BARNES VÁZQUEZ, *La educación en la Constitución de 1978. Una reflexión conciliadora*, «REDC», 12, 1984, págs. 23 y ss.

(2) He estudiado la jurisprudencia constitucional sobre la enseñanza en mis prólogos al libro *Legislación sobre Enseñanza*, Ed. Tecnos, 1. ed., Madrid, 1985; 2.ª ed., Madrid, 1987.

diversas Administraciones Públicas, la del Estado y la de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de enseñanza, pero ha sido también en alguna medida ejecución judicial. Los recursos contencioso-administrativos que los presuntos perjudicados por la aplicación administrativa de la LODE han interpuesto e interponen, comienzan a dar lugar a una serie de sentencias de los Tribunales Ordinarios con cuya consulta es posible medir el grado de conflictividad educativa actual (3) y, también, los problemas jurídicos que suscita la aplicación de la Ley. En suma, establecer algunas conclusiones y ensayar la propia toma de posición ante las cuestiones más a menudo suscitadas ante los Tribunales.

Aunque pudiera parecer escaso el tiempo transcurrido desde la Sentencia de la LODE dado, también, el tradicional retraso en la resolución de los conflictos jurídicos por los Tribunales, lo cierto es que se cuenta ya con un cuerpo apreciable de doctrina de los Tribunales. A ello coopera el hecho de que en gran medida los recurrentes utilizan el procedimiento contencioso-administrativo diseñado por la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que permite la tramitación relativamente rápida del proceso y, por tanto, la aparición de la Sentencia.

En el presente trabajo se van a utilizar Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de algunas Audiencias Territoriales, sin que el autor desconozca la importancia que tendría la consulta a Sentencias de otras jurisdicciones como la Laboral. En efecto, el examen de las sentencias de las Magistraturas Laborales y, en su caso, del Tribunal Central de Trabajo, serviría para conocer de la problemática de la relación laboral de los profesores en los colegios privados que cuantitativamente forman un colectivo muy numeroso. Al mismo tiempo daría información sobre las razones esgrimidas por los titulares de los centros privados en los litigios laborales con sus empleados. Sin embargo, ello presenta el problema de la dificultad de la consulta y, por tanto, de lo sesgado de la muestra. No hay duda de que el establecimiento de alguna conclusión y de las líneas generales es facilitado por la limitación a las Sentencias de los Tribunales indicados en las que, por otra parte, se halla el núcleo de los problemas relevantes para el Derecho Administrativo.

Baste con indicar como último dato de esta introducción que para este trabajo se han utilizado como fuentes la publicación de Sentencias en el Repertorio de Jurisprudencia de la Editorial Aranzadi (Arz.) y de la revista «Actualidad Administrativa» (AA).

(3) No creo que pueda siempre mecánicamente establecerse la relación entre Sentencia y conflictividad social. La Sentencia es una plasmación, desde luego, de la conflictividad social, pero hay muchos problemas que no llegan a ser residenciados ante los Tribunales y respecto a los que tampoco existe Sentencia. No obstante, es un buen barómetro, uno más, para medir el sentido de la preocupación social sobre las instituciones.

II. LAS CUESTIONES PLANTEADAS Y EL SENTIDO DE LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL

Voy a estudiar sistemáticamente las sentencias aparecidas desde la publicación de la Sentencia constitucional sobre la LODE siguiendo este orden: problemas suscitados por la admisión de alumnos con referencia especial a la admisión en la Universidad (A); las lenguas habladas en nuestro país y la enseñanza (B); la posición de los padres como sujetos del proceso educativo (C); el contenido de la enseñanza con aplicación al caso del Derecho canónico (D); los horarios de la enseñanza y la competencia para señalarlos (E); problemas de derecho de funcionarios (F); cuestiones sobre la autorización y revocación del funcionamiento de los centros (G), y, por fin, problemática suscitada por la aplicación del régimen de conciertos educativos (H).

A) *La admisión de alumnos. La problemática del acceso a la Universidad*

En el ámbito de la Educación Preescolar, Enseñanza General Básica, Bachillerato y Formación Profesional, el hecho de que el centro esté «sostenido con fondos públicos», es determinante de la aplicación de un determinado régimen jurídico en la admisión de alumnos que está regulado por la misma LODE (art. 20) y desarrollado por normas reglamentarias, fundamentalmente por el RD 2375/1985, de 18 de diciembre, por el que se regulan los criterios de admisión de alumnos en los Centros docentes sostenidos con fondos públicos, así como las normas de las Comunidades Autónomas con competencia en materia educativa. Frente a esta regulación de origen legal, existe el principio de autonomía de los centros privados (art. 25 de la LODE).

Pues bien, el régimen jurídico de los centros sostenidos con fondos públicos es aplicable tanto a los de titularidad pública como a los de titularidad privada siempre que estos últimos, claro está, estén sostenidos con fondos públicos. La terminología puede parecer equívoca e inducir, incluso, a pesar en que el «sostenimiento» implicaría una titularidad privada y que, por tanto, el régimen jurídico de admisión se aplicaría sólo a estos últimos y no a los de titularidad pública respecto a los que puede parecer poco preciso hablar de «sostenimiento». Lo cierto es que esta interpretación no responde a los principios de la legislación aplicable como se ha preocupado de resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1987 (AA 236, de 1988) con muy buen sentido (4).

(4) La unidad de régimen jurídico en la admisión para centros de titularidad pública y centros concertados (sostenidos con fondos públicos) no impide que puedan existir determinadas diferencias más que justificadas por las situaciones de hecho. Por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de

El principio general relativo a la admisión de alumnos a los Centros es el de que «todos los alumnos tienen derecho a un puesto escolar que les garantice la educación básica» (art. 1 del RD 2375/1985, de 18 de diciembre, citado). Este principio exige, sin embargo, la imaginación de una serie de criterios para resolver el problema de que en un centro concreto haya más solicitudes para cursar los estudios que plazas. Estos criterios, para el artículo 20 de la LODE, son los de renta familiar, proximidad al centro y existencia de hermanos en el mismo centro. No obstante, el artículo 11 del RD citado permite la imaginación de otros criterios complementarios, concluyendo en su párrafo *d*) con la siguiente dicción: «Cualquier otra circunstancia libremente apreciada por el órgano competente del Centro, de acuerdo con criterios objetivos.»

La objetividad es pues, por tanto, junto con la legitimación en el órgano que encarna la representación del Centro —el Consejo escolar— quien fundamenta la existencia de criterios complementarios. Pues bien, en un Centro de Formación Profesional de titularidad pública, dentro del segundo grado —nótese que no se trata de enseñanza obligatoria— se introdujo el criterio de la edad para cursar los estudios. Un alumno de veintidós años —edad muy por encima de la habitual para cursar estos estudios— fue rechazado en función del criterio complementario de la edad y dada la falta de plazas escolares. Tras el correspondiente recurso, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de septiembre de 1987 (AA 12, de 1988), admitió la licitud de esta actitud del Centro, con unas palabras definidoras de una línea de interpretación que me parece plenamente razonable:

«Cdo. (...) De todo lo dicho resulta que, aunque no se encuentre recogida en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, no obstante la edad de los estudiantes es un factor de especialísima relevancia en la programación general de la enseñanza que compete a los poderes públicos y que, por tanto, puede ser tenida en cuenta como criterio de valoración en el momento de señalar las preferencias para acceder a los centros públicos en el caso de insuficiencia de plazas, que al ser lo que en definitiva se hizo por el acto impugnado, permite afirmar que al recurrente no se le ha violado derecho constitucional alguno y que procede confirmar la sentencia apelada, que así lo ha constatado.»

Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 27 de mayo de 1987 (AA 615), ha indicado que no es discriminatorio que los alumnos de Preescolar de Centros de Titularidad Pública no deban cumplir el requisito de la preinscripción para continuar la Enseñanza General Básica en el mismo Centro público y sí lo deban hacer los alumnos de Preescolar de Centros Concertados para continuar la EGB en ellos. La razón estriba, simplemente, en que los primeros ya fueron seleccionados conforme a los criterios legales al iniciar el Preescolar, mientras que no sucedió así con los segundos. La distinción en la situación de partida explica, también, la distinción a la hora de la cumplimentación de la preinscripción.

De menor a mayor, el último problema que falta por plantear en la admisión a centros es el de la legitimidad de la limitación en la admisión a los centros universitarios. El Tribunal Supremo afirmará la constitucionalidad de la limitación por razones de espacio de los citados centros siempre que los criterios para la limitación, como resulta en el caso, sean objetivos y no discriminatorios. El fundamento se encuentra en el carácter de derecho limitado y no ilimitado del derecho a la educación reconocido en el artículo 27.2 de la Constitución:

«Uno de esos límites del derecho reconocido a todos los españoles para el acceso a los diversos centros universitarios es el condicionado físicamente por la capacidad de aquéllos que obliga a las Universidades a determinar, con arreglo a módulos objetivos, criterios de valoración para el ingreso en las distintas Facultades y, por otra parte, a desarrollar en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria una política de inversiones tendente a adecuar dicha capacidad a la demanda social y demanda de población escolar, en el caso de autos, el criterio de selección seguido por las autoridades académicas de la Universidad Complutense para regular el acceso a la Facultad de Bellas Artes resulta objetivo y no discriminatorio, pues se basa en la media obtenida en los estudios previos por los aspirantes...»

La Sentencia no es la única que se ha producido en esta cuestión (5), ni pienso que tampoco será la última, dada la conflictividad evidente que existe en torno a este tema. La mención del Tribunal Supremo, a la necesidad de desarrollar «una política de inversiones tendente a adecuar dicha capacidad a la demanda social y demanda de población escolar» resulta, *a priori*, de una aplicación insospechada en cuanto que abriría aparentemente la posibilidad de una constatación por los Tribunales de lo insuficiente de las inversiones programadas y, en teoría, a deducir en sede jurisdiccional las consecuencias correspondientes (6).

(5) Por la calidad y rigor técnico querría destacar aquí la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de enero de 1988, en donde se rechaza la pretensión de libre entrada a las aulas universitarias de la Facultad de Derecho de Zaragoza como consecuencia del derecho a la educación proclamado por la Constitución.

(6) No es, ni mucho menos, aventurada la posibilidad que se intuye en el texto. Viene siendo frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, que después de ser constatada la constitucionalidad de una determinada medida de un Poder Público se indique que, de persistir o de ser reiterada en el tiempo, podría llegar a devenir en inconstitucional. El recuerdo de la limitación en cuanto a la fijación del monto máximo de las pensiones es bien representativo de lo que se dice. Una reiteración, por tanto, de supuestos de limitación en cuanto al acceso a algunas Facultades podría ser —si se demostrara la nula acción inversora— inconstitucional, según indica el Tribunal Supremo. El problema es el de la

B) *La lengua y la enseñanza*

Según mi trabajo de recopilación, al menos en tres ocasiones se han planteado al Tribunal Supremo supuestos en los que la relación entre la lengua oficial del Estado y la que, además, pueda ser oficial en las Comunidades Autónomas y su relación con la enseñanza, es el supuesto básico a examinar. En los tres casos, y desde mi punto de vista, el Tribunal ha hecho un examen modélico de la situación, llegando a soluciones ponderadas, defensoras a la vez del derecho a la educación del alumno y de la posición de la Administración educativa a la que no se le imponen más obligaciones que las razonables.

En la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 (AA 221, de 1988) se conoce de la pretensión de los padres de un Colegio situado en Palma de Mallorca que imparte la enseñanza en Preescolar y EGB en catalán. Los padres pretenden que lo haga también en castellano aduciendo, como fundamento jurídico de su pretensión, los artículos 14 (derecho a la igualdad) y 27 (derecho a la educación en su vertiente de derecho de los padres a la elección de centro docente) de la Constitución. El Tribunal Supremo niega la pretensión indicando que no se ha producido violación de ninguno de ambos preceptos constitucionales. En cuanto al derecho a la igualdad, se indica que de 47 centros públicos existentes en Palma que imparten enseñanza en Preescolar, 41 lo hacen en castellano y cuatro de ellos muy próximos al colegio concreto. Se niega también la violación del derecho a la educación, que, para el Tribunal Supremo, no ha podido tener lugar pues no cabe confundir «la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica (...) con el derecho de los padres o tutores para escoger, en todos los niveles educativos, el centro público o privado que estimen más adecuado para sus hijos o pupilos». La elección, de hecho, tuvo lugar y sólo cabría entonces hacer la objeción desde el punto de vista de la violación del derecho a la igualdad que, como se ha visto, tampoco se ha producido (7).

En la Sentencia de 14 de septiembre de 1987 (AA 756), el Tribunal Supremo niega la posibilidad de que pueda solicitarse ayuda económica para sufragar los gastos de transporte necesarios para llevar a

prueba, por supuesto, y también el del juego de otros principios igualmente constitucionales, como el de tributación personal, o vinculados a la elaboración de los Presupuestos. En última instancia pienso que sería necesario que, además de las limitaciones en la capacidad de los centros, los Tribunales utilizaran otros elementos interpretativos como el de la misma extensión del derecho a la educación a los niveles educativos no obligatorios. En ese sentido razona, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia zaragozana citada en la nota anterior 5, donde se indica que el hecho de que todos tengan derecho a la educación no quiere decir que todos tengan derecho a recibir una formación universitaria, ni mucho menos que lo sea en la especialidad que deseen, en el Centro que elijan y obviando cualquier otro condicionamiento.

(7) Me parece congruente esta interpretación del Tribunal Supremo sobre la delimitación del derecho a la educación. Cfr. A. EMBID IRUJO, *El contenido del derecho a la educación*, «REDA», 31, 1981, págs. 653 y ss.

un niño al colegio que dentro de la ciudad imparte la enseñanza en el idioma valenciano, que es el deseado por los padres. Para el Tribunal no se habría producido ninguna discriminación injusta (art. 14 de la CE), pues el gasto de transporte deriva, exclusivamente, de la distancia del domicilio paterno al centro concreto y la Administración «no tiene la obligación constitucional de instalar un Centro de estudios con las características que a cada ciudadano convenga a la distancia del domicilio de todos y cada uno de los ciudadanos». Igualmente, no hay violación del derecho a la educación porque no hay ninguna «traba o impedimento al ejercicio del derecho a la educación, cuando no se ha demostrado la imposibilidad de que ese traslado se haya de realizar por los propios medios del recurrente, así como que la comida pueda efectuarla en su propio domicilio; la comodidad o conveniencia no justifican la acción ejercitada en base a la protección a los derechos fundamentales de la persona contenida en la Constitución Española».

De la misma forma, también el Tribunal Supremo ha debido conocer de problemas derivados de la relación entre lengua y enseñanza dentro del nivel universitario. La Sentencia de 12 de junio de 1987 (Arz. 4038) confirma la apelada que anulaba determinados acuerdos de la Junta de Gobierno de la Universidad de Valencia que permitían al profesor impartir la enseñanza en el idioma que deseara. Para el Tribunal Supremo, el derecho del profesor a utilizar la lengua autóctona no es indiscriminado en cuanto que puede no adaptarse a la voluntad incluso mayoritaria de los alumnos ni a la realidad lingüística del auditorio. Es fundamental, para la resolución del Supremo, que la Administración, autora de la medida, no haya probado qué porcentaje de alumnos conoce el valenciano antes de adoptar las correspondientes medidas. Por último, sería también inconstitucional la disposición de la Universidad ordenando que en los primeros cursos de las Facultades hubiera grupos en las dos lenguas y que el de castellano no pudiera ser mayor que el de valenciano. De nuevo es la falta de adecuación a la realidad, según el Supremo, la que impide la constitucionalidad de estas medidas organizativas de la Universidad de Valencia. Como muestra de la forma del discurso judicial, transcribo el Considerando quinto —que se acepta— de la sentencia apelada:

«La precedente conclusión no es contraria al derecho, que otorgan a los profesores los artículos 7 del Estatuto de Autonomía y 17 de la Ley de uso y enseñanza del valenciano a utilizar la lengua autóctona, sino que lo armoniza con la efectividad del derecho fundamental a la educación, de carácter prevalente. Ha de significarse que en el ámbito docente el uso del lenguaje por el profesor no tiene una proyección exclusivamente unilateral, sino correlativa a la comprensión por parte de los alumnos, de tal manera que debe forzosamente existir una real intercomunicación entre aquél y éstos. En todo caso, com-

pete a los poderes públicos la actuación conformadora necesaria para garantizar el uso normal del valenciano en el ámbito universitario de esta Comunidad, su recuperación y respeto, como una realidad deseablemente próxima, en cumplimiento de lo que preceptúa el artículo 7.º del Estatuto y tiene su reflejo en el artículo 2.º de la Ley citada; pero no cabe imponer su uso de tal forma que implique menoscabo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.»

C) *Los padres como sujetos del sistema educativo*

Sólo en una de las sentencias de este período se trata, específicamente, de la posición jurídica de los padres dentro del proceso educativo aunque, igualmente, hay otras sentencia en que puede aparecer su posición como uno más de los temas tratados. Eso ha sucedido en una de las reseñadas en el apartado anterior, la de 3 de diciembre de 1987, donde se negaba a los padres accionantes la titularidad del derecho a la educación entendido como equivalente al de libre elección del centro, que se aducía como fundamento para solicitar la enseñanza en castellano.

Como indicaba, sólo una sentencia se refiere específicamente a la posición de los padres. Se trata de la Sentencia de 27 de noviembre de 1986 (Arz. 7093), en recurso deducido por la Confederación Católica de Padres de Familia y Padres de Alumnos contra el RD 2376/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Organos de Gobierno de los Centros Públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional. El motivo del recurso es un diferente tratamiento de la representación de los padres en el Consejo Escolar de los Centros Concertados (cuatro representantes) respecto a la representación en los Centros Públicos, del que forman parte «un número determinado de padres de alumnos y alumnos elegidos, respectivamente, entre los mismos que no podrá ser inferior a un tercio del total de los componentes del Consejo Escolar del Centro» —del art. 41.1.e) de la LODE—. El recurso aduce la falta de respeto al artículo 14 de la Constitución —principio de igualdad— por el Reglamento citado que, en realidad, no hace otra cosa que aplicar el precepto correspondiente de la LODE.

Pues bien, el Tribunal Supremo, tras hacer un minucioso examen de las normas reglamentarias y concluir en que la representación de los padres en los Consejos escolares de los centros públicos puede ser de tres, cuatro o cinco representantes, según los casos, indica en su Considerando séptimo que:

«El análisis y ponderación de todo lo expuesto revela que aun prescindiendo de la distinta naturaleza de los Centros docentes entre los que se verifica la comparación, que ya

supone un defectuoso punto de partida, frente a la participación de cuatro padres en el Consejo de los Centros concertados, se da la de cinco, cuatro o tres en el de los Públicos, es decir, virtualmente la misma, pero es que además y ello es decisivo, esas mínimas diferencias en más o en menos no resultan establecidas con ánimo discriminatorio alguno en lo que radica la esencia de la desigualdad de trato, sino derivadas del mandato contenido en el artículo 41 de la LODE y de lo dispuesto en el artículo 56 de la misma en relación con el artículo 28 del Reglamento que nos ocupa, no impugnado por la parte y por consiguiente no cabe apreciar que los preceptos examinados atenten al derecho fundamental de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.»

D) *El contenido de la enseñanza: el caso del Derecho Canónico*

Aun cuando hubo algún planteamiento anterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la LODE, con posterioridad a esta Sentencia en una ocasión ha vuelto a llegar al Tribunal Supremo la discusión acerca de si la inclusión en el Plan de Estudios de la Licenciatura de Derecho del Derecho Canónico, podría violar la libertad ideológica de profesores o alumnos (8). El Tribunal Supremo negará esta afección a la libertad ideológica, siendo su criterio congruente con el utilizado por el Tribunal Constitucional para definir la libertad de cátedra (9) y relacionando, por fin, la exigencia del Derecho Canónico como asignatura con el sentido general del ordenamiento español, donde existe un reflejo de las normas canónicas en algunas instituciones como, por ejemplo, en el matrimonio (arts. 42 y ss. del Código Civil). Veamos las palabras claves de la Sentencia de 18 de septiembre de 1987 (AA 13, de 1988) a la que me refiero:

«En relación a la vulneración al derecho de libertad religiosa e ideológica del artículo 16 de la Constitución, procede reiterar las acertadas consideraciones del Tribunal de primera instancia referentes a que no se acredita que el estudio de la materia cuestionada se imponga en el Plan de Estudios con contenido apologético o de modo que determina violencia a las particulares creencias de los alumnos, sino meramente orientado a mejorar su for-

(8) Antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional que hemos tomado como punto de partida cronológico para este estudio, el tema había sido resuelto por el Tribunal Supremo en el mismo sentido en la Sentencia de 17 de septiembre de 1984 citada por la Sentencia apelada.

(9) Sentencia imprescindible para el conocimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de cátedra, reconocida en el artículo 20 de la Constitución, es la 5/1981, de 13 de febrero.

mación jurídica; de modo que el estudio de ese sector del Derecho Canónico no tiene por qué suponer profesión expresa o tácita de fidelidad por parte del alumno a los dogmas de la Religión Católica, pues como hizo notar el Fiscal en sus alegaciones de primera instancia, resulta superfluo decir que la valoración crítica del citado ordenamiento puede realizarse libérrimamente desde la perspectiva de la libertad de cátedra ideológica o del pluralismo cultural» (10).

E) *La competencia para señalar los horarios en la enseñanza*

La repartición de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas sobre la enseñanza ha ocupado repetidamente la labor del Tribunal Constitucional (11); sin embargo, este tema ha pasado casi inadvertido para la jurisprudencia ordinaria, probablemente porque el conflicto reseñado representa, en sí, siempre un problema constitucional y, por tanto, es solucionable normalmente por la vía del recurso de inconstitucionalidad o del conflicto de competencias, ambos, claro está, residenciables ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el problema puede variar cuando la iniciativa del recurso la tome un particular, no un poder público, recurriendo contra un acto administrativo que represente una determinada interpretación del sistema de reparto de competencias. Eso sucede en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de mayo de 1987 (Aranzadi 3566). El Arzobispado de Valencia recurre contra la fijación del horario de religión por la Consellería correspondiente de la Generalidad Valenciana que dispone la reserva de una hora semanal para la asignatura de Religión o de Ética. El Tribunal Supremo anulará la actuación valenciana recordando la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 88/1983, de 27 de octubre), según la cual corresponde al Estado señalar las enseñanzas mínimas y los horarios mínimos que han de impartirse. En el caso concreto, está vigente la Orden del Ministerio de Educación de 16 de julio de 1980 que fija un horario de hora y media

(10) Quizá hubiera sido conveniente utilizar, además de la referencia al artículo 16 de la Constitución española, la del artículo 20, donde se reconoce expresamente la libertad de cátedra. Algunas expresiones concretas del considerando citado sólo son entendibles si se piensa que, al menos subliminalmente, se está utilizando ese precepto.

(11) Me remito al trabajo propio que cito en la nota 2. Debo advertir, además de esta remisión, que las Sentencias más importantes del Tribunal Constitucional sobre la materia son, al margen de las dos relativas a la LOECE y LODE, respectivamente, la 137/1986, de 6 de noviembre, en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley vasca 15/1983, de 27 de julio, por la que se crea el Instituto Vasco de Ikastolas, y, en menor medida, la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

a dos semanales, por lo que la Sentencia establece que el horario debe ser el de hora y media semanal, anulando por inferior la disposición autonómica (12).

F) *Problemas relativos a disposiciones generales del Derecho de los funcionarios docentes*

Agrupo en este apartado una serie de Sentencias que tienen la base común de referirse a disposiciones generales relativas al Derecho de funcionarios docentes. Guardan, por tanto, una relación muy directa con la enseñanza pero por su afección a los derechos y deberes de uno de los sujetos del proceso educativo, los profesores, no tanto porque se refieran a derechos fundamentales, contenido de la enseñanza, competencias de las Administraciones Públicas, etc., que son los temas fundamentales que tratamos en el presente trabajo. Con esta advertencia previa comienzo la exposición de la correspondiente doctrina del Tribunal Supremo.

En la Sentencia de 29 de mayo de 1987 (AA 587) se hace una interpretación del artículo 112 de la Ley General de Educación, indicándose que para el acceso al Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato, igual que a los Licenciados debe admitirse—aunque el precepto no lo diga expresamente—a los Arquitectos, siempre y cuando hayan seguido los correspondientes Cursos de los Institutos de Ciencias de la Educación (13).

La Sentencia de 19 de octubre de 1987 (AA 16, de 1988) conoce de la exigencia de un recurrente según la que, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional 15.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, donde se dispone la creación del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, Cuerpo que supone la integración de otros varios, la Administración estaría obligada a proceder a un concurso de traslados unitario, para todos los Cuerpos integrados, y no a varios separadamente. El Tribunal Supremo responde, con buen sentido, que el mandato de creación del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria está dirigido al «Gobierno para que dicte las normas necesarias al efecto, de modo que, mientras no se dé cumplimiento a dicho mandato legal y se dicten

(12) Dicha Orden habría sido modificada por el RD 3087/1982, de 12 de noviembre, que fijó la de hora y media, pero éste, relativo al ciclo superior de la EGB, fue declarado en suspenso por el RD 607/1983, de 16 de marzo, por lo que hay que entender que sigue en vigor la Orden de 1980.

(13) El artículo 112 de la LGE dispone que el 50 por 100 de las plazas sean reservadas a Profesores Agregados mediante concurso de méritos, y el 50 por 100 restante proveídas mediante concurso-oposición entre Licenciados que hayan seguido los cursos de los ICE. No parece que haya razones objetivas, como dice el Tribunal Supremo, para considerar excluidos a los Arquitectos, cualidad que tenía el recurrente, quien, por cierto, por no poseer el curso del ICE vio denegado el recurso en el que pretendía el nombramiento correspondiente, pues fue excluido de nombramiento en el acto final del concurso-oposición, que había superado en todas sus pruebas.

las normas necesarias para que la integración se lleve a efecto, resulta imposible la realización de concursos de traslados unitarios para el nuevo Cuerpo».

La mayor de las problemáticas jurídicas de este apartado se plantea en algunas sentencias con tema común: si los Profesores de Religión pueden ser elegidos y ejercer el cargo de Directores de Centros Públicos. El tema no está expresamente regulado en ninguna norma aunque, bien es verdad, puede llegarse a una determinada conclusión negativa en base a los siguientes argumentos: el artículo 37.2 de la LODE pide para el aspirante al cargo de Director un año de permanencia en el centro y tres de antigüedad en la docencia. Por su parte, el artículo 6 del RD 2376/1985, de 18 de diciembre, aprobador del Reglamento de los órganos de gobierno de los Centros Públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional, añade a todo ello la característica de tener «destino definitivo» en el centro. Los profesores de Religión, por su parte, son nombrados para cada año escolar por la Autoridad académica entre los que le proponga el Ordinario Diocesano, tal y como indica el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979. Dificilmente, por lo tanto, podría decirse que tendrían destino «definitivo» en los términos del RD citado, dada la necesidad de renovación anual del cargo.

En ese sentido, dos Sentencias del Tribunal Supremo resuelven negativamente la pretensión de profesores de Religión de ser nombrados Directores de Centro: son la de 26 de abril de 1987 (AA 474) y la de 13 de octubre de 1987 (AA 77, de 1988). No obstante, en la segunda de ellas hay un voto particular del Ponente (ROSAS HIDALGO) postulando la admisibilidad de los profesores de Religión para ese cargo, dado que el RD habría operado con la mención al «destino definitivo» una reducción de lo dispuesto simplemente en la LODE (un año de permanencia en el centro y tres de antigüedad). Por su parte, la primera de las sentencias rechaza el recurso en cuanto no advierte inconstitucionalidad en la prohibición a los profesores de Religión de ser Directores. Como se trata de un recurso basado en la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, no cabe hacer otros pronunciamientos relativos a mera aplicación de la legalidad ordinaria.

A la vista del voto particular y de la remisión a problemas de legalidad ordinaria del tema, podría pensarse en una resolución no definitiva de la cuestión. Mi opinión es, sin embargo, que un examen detenido de las exigencias de la LODE para el acceso al cargo de Director, junto con el importante argumento de la estabilidad en el puesto (14),

(14) El mandato de los Directores de los Centros públicos no está regulado en la LODE, probablemente por un olvido, pues, sin embargo, sí que está regulado el mandato de los Directores de los Centros Concertados, tres años (art. 59.3). Ese mismo mandato de tres años aparece como plazo para los Directores de los Centros públicos en una norma de nivel puramente reglamentario, el artículo 4 del RD 2376/1985, de 18 de diciembre, antes citado.

hará que si se replantea el caso vuelva a ser negada la pretensión de quien por el carácter de renovación anual de su nombramiento da, por naturaleza, poca estabilidad al ejercicio del cargo de Director. En el supuesto de falta de proposición por parte del Ordinario, esa ausencia no sólo determinaría la pérdida de su cualidad de Profesor, sino también la vacante en el puesto de Director del Centro, lo que no parece que pueda ser defendido, aunque sólo sea desde puntos de vista de eficacia organizativa o de autonomía del Centro correspondiente, valores queridos expresamente por la LODE.

El RD 816/1986, de 25 de abril, por el que se regula de forma transitoria las situaciones de los funcionarios del Cuerpo de Directores Escolares, ha sido objeto en dos ocasiones de recurso directo por funcionarios de dicho Cuerpo pretendiendo su anulación. El motivo es bien simple: en función de lo dispuesto en la LODE, los Directores de los Centros escolares son elegidos por el Consejo escolar. En lógica congruencia, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, dispuso en su disposición adicional 15.ª la supresión del Cuerpo de Directores Escolares y su integración en la Escala Docente de Maestros. Los recurrentes, discutiendo las normas de un RD, pretenden, en el fondo, obviar lo dispuesto en norma de rango legal y perpetuar su posición de Directores. El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 22 de abril de 1987 (Arz. 2996) y 11 de mayo de 1987 (Arz. 3326), rechaza los recursos, negando el pretendido derecho al cargo y afirmando, por el contrario, la lógica de desarrollo de norma de rango legal que tiene el RD impugnado.

Mayor éxito tendrá la impugnación de la disposición transitoria cuarta del RD 730/1986, de 11 de abril, sobre situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado. Los impugnantes son profesores de la Universidad de Navarra que se encontraban en situación de supernumerario. Por su impugnación, y en función del principio de igualdad, consiguen tener la opción por la vuelta al servicio activo o por la excedencia voluntaria, cuando en la primitiva redacción se imponía obligatoriamente la excedencia voluntaria. El RD 1361/1987, de 6 de noviembre, ejecutará formalmente la Sentencia operando la consiguiente modificación del RD impugnado.

Por fin querría citar la Sentencia de 17 de diciembre de 1986 (Aranzadi 7471), Sentencia que surge tras un recurso en interés de la Ley contra una Sentencia de la Sala de Valencia, de 11 de noviembre de 1985, que en un recurso se había permitido modificar los criterios del Tribunal calificador de unas pruebas de idoneidad llevando a cabo, incluso, el nombramiento formal del profesor correspondiente. La Sentencia del Supremo corrige, aunque sólo sea desde el mero plano de los principios, el evidente exceso del juzgador que no tiene conocimientos técnicos para poder llevar a cabo tal actuación. La Sentencia tiene un evidente interés no sólo para el Derecho educativo, sino para el Derecho Administrativo en general en cuanto que se afirman principios, para mí muy correctos, sobre la posición de los Tribunales en el

control de la Administración. Transcribo, por ello, las líneas finales del tercero de los Considerandos:

«... por tanto, la competencia exclusiva para calificar las pruebas en razón de los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes, está plenamente atribuida a la Comisión calificadora; la revisión de esa actuación, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, se refiere a la conformidad con las normas que regulan su actuación, no a la decisión que por razón de los conocimientos científicos, artísticos o técnicos del concursante sea la procedente, conocimientos que no son presumibles posea el órgano administrativo superior, en este caso la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, dada la multiplicidad de materias de índole diversa que constituyen toda la gama del saber que es el contenido de la Universidad, e igualmente aplicable a los Magistrados componentes de los Tribunales de Justicia, incapacitados para decidir todas las cuestiones relativas al completo saber humano».

G) *Autorización y revocación del funcionamiento de Centros docentes*

Aun cuando los artículos 21 y ss. de la LODE contienen un régimen jurídico nuevo sobre las condiciones de apertura y cierre de los colegios de titularidad privada, no creo que pueda considerarse completamente derogado el viejo Decreto 1855/1974, de 7 de junio, sobre régimen jurídico de las autorizaciones de Centros no estatales de enseñanza. Al menos no podría defenderse tal postura en su integridad, porque en ese caso faltarían las reglas mínimas sobre tramitación procedimental de los expedientes de apertura y revocación de centros y, en ese sentido, el Decreto 1855/1974 no es, ni mucho menos, incompatible con lo dispuesto en la LODE. Debe, eso sí, aplicarse exclusivamente la LODE en aquellos puntos que se consideren de imposible compatibilidad (15).

Esta es, también, la postura que puede deducirse de la jurisprudencia donde se utiliza normalmente el Decreto 1855/1974, para cuestiones de apertura o de revocación de centros aun frente a las alegaciones de derogación de los particulares. En ese sentido puede verse la Sentencia de 3 de abril de 1987 (Arz. 2857). Por su parte, la Sentencia de 14 de septiembre de 1987 (AA 44, de 1988) no lleva a cabo pronunciamiento alguno porque considera que ése sería un problema de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad, y el recurso se fundamenta en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

(15) Esta es la postura que he defendido en las anotaciones correspondientes a los artículos 21 y ss. de la LODE en mi *Legislación sobre enseñanza*.

En la primera de las Sentencias citadas, la de 3 de abril de 1987, se considera la revocación de un Centro de una importancia tal que sólo puede llegarse a ella cuando se haya dado la oportunidad al Centro de que se subsanen las deficiencias observadas, pero nunca directamente como primera medida. En ese sentido, nunca la insuficiente titulación del profesorado, dirá el Supremo, podrá constituir el grave incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización previsto en el artículo 15.1.c) del Decreto 1855/1974 que, consiguientemente, podría dar lugar a la revocación. Se anula, por ello, la medida revocatoria dictada por la Administración.

En lógica consecuencia con la anterior Sentencia, la de 27 de abril de 1987 (Arz. 3163), referida al mismo centro, indica que no tiene sentido la denegación del concierto educativo basándose en la revocación de la autorización para funcionamiento porque ésta ha sido anulada por resolución judicial.

H) *La problemática de los conciertos educativos*

El mayor número de sentencias y, también, la mayor problematidad jurídica se ha planteado en torno a la figura de los conciertos educativos que, probablemente, supone la mayor de las novedades de la LODE: la sustitución del sistema de subvenciones a la enseñanza privada por la firma de unos conciertos que hace nacer una nueva categoría de centros de titularidad privada, los centros concertados, que tienen un régimen jurídico de prestación del servicio de la enseñanza semejante casi de forma completa al de los centros de titularidad pública. Los dos son recogidos muchas veces por el derecho, para predicar el mismo estatuto jurídico, dentro de la expresión «centros sostenidos con fondos públicos».

La aplicación del régimen de conciertos fue concebida por la LODE como de forma gradual. Teniendo conciencia de la dificultad de su aplicación instantánea por el mayor esfuerzo de aportación económica del Estado que supondría, la disposición transitoria tercera de la LODE previó un régimen transitorio consistente en la incorporación sucesiva durante un tiempo de tres años de los «centros privados actualmente subvencionados» (párrafo primero de la disposición). Durante ese tiempo el Gobierno establecería un régimen singular de conciertos para estos centros, en el que se fijarían las cantidades que pudieran percibir de los alumnos en concepto de financiación complementaria (disposición transitoria tercera de la LODE, en su párrafo segundo). Pues bien, en torno a este régimen transitorio ha existido la primera de las polémicas jurídicas, resuelta, por cierto, de forma distinta por el Tribunal Supremo en sus sentencias.

En una de ellas, la de 8 de mayo de 1987 (Arz. 3315), se da prioridad interpretativa a las condiciones implícitas en la subvención que,

según el Tribunal, era para el curso 1984-1985 y con carácter «improrrogable», lo que hace que no pueda acogerse a la posibilidad de firma de un concierto singular de los previstos en la disposición transitoria tercera, segundo, de la LODE (16).

Sin embargo, la mayor parte de las sentencias desprecian el dato de la «improrrogabilidad» y atienden, exclusivamente, al hecho de ser un «centro privado actualmente subvencionado», por lo que otorgan el derecho —que había negado la Administración educativa competente— a firmar el concierto singular. En este sentido pueden verse las Sentencias de 22 de abril de 1987 (Arz. 2995), 22 de abril de 1987 (Arz. 2997) y 26 de mayo de 1987 (Arz. 3481).

Otro grupo de sentencias plantean el interesante tema del derecho subjetivo a la firma de un concierto pleno, es decir, del que cubriera completamente cualquier tipo de gasto producido y que hace que no pueda cobrarse ningún tipo de cantidad adicional a los alumnos. La respuesta del Tribunal Supremo, coincidente por otra parte con la configuración general del derecho a la gratuidad de la enseñanza desarrollada por el Tribunal Constitucional (17), es la de la negativa a que exista el derecho a la firma de ese concierto pleno. En ese sentido pueden verse las Sentencias de 6 de marzo de 1987 (Arz. 1457), 10 de abril de 1987 (Arz. 2933), 28 de abril de 1987 (Arz. 3165) y 22 de junio de 1987 (Arz. 4259). Destaco, como prueba de la forma de razonamiento del Tribunal Supremo, las siguientes muestras:

«El derecho de todos los españoles a recibir una educación básica, que es obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en el de formación profesional de primer grado (...) no puede ser confundido con el pretendido derecho de los Centros priva-

(16) Indica el considerando primero de la Sentencia que referimos que «lo cierto es que ha de estarse subvencionado al entrar en vigor el régimen general de conciertos educativos previstos en la Ley y en ese momento el Centro no lo estaba, como tampoco lo estaba a la entrada en vigor de la Ley Orgánica reguladora del derecho a la educación *por el carácter transitorio, excepcional e improrrogable del concierto que tenía, razón por la cual carece de derecho a un concierto particular...*».

(17) Al margen de otras referencias, hay una Sentencia del Tribunal Constitucional fundamental a estos efectos, y es la Sentencia 86/1985, de 10 de julio (suplemento al «BOE» núm. 194, de 14 de agosto), en recurso de amparo suscitado por el Ministerio Fiscal contra Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985 (Arz. 250) que había estimado, en parte, los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra varias Ordenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 16 de mayo de 1984, sobre régimen de subvenciones a centros docentes. En dicha Sentencia se afirma que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 27.9 de la Constitución, no nace de ella un derecho a la prestación, a la gratuidad de la enseñanza, sino que éste y su extensión dependerá fundamentalmente de lo dispuesto en la Ley, que, por supuesto, no será enteramente libre en la determinación de su contenido. Esta postura fue la que defendí con anterioridad en mi libro *Las libertades...*, págs. 245 y 342 y ss., y la Sentencia del Tribunal Constitucional, junto con su comentario, puede verse en las págs. 29 y ss. de *Legislación sobre enseñanza*, op. cit.

dos que impartan estos niveles de enseñanza, ni siquiera en el caso de que estuviesen subvencionados con arreglo al régimen legal anterior, a obtener de la Administración un concierto pleno o general. Queremos decir que no existe un derecho subjetivo a la celebración de este tipo de conciertos por la insoslayable limitación de las disponibilidades presupuestarias...» (Cdo. cuarto de la Sentencia de 28 de abril de 1987 [Arz. 3165]).

«Ahora bien (...) se ve obligada a proponer una construcción ciertamente aventurada de un nuevo derecho fundamental no proclamado expresamente en el artículo 27 de la Constitución. Tal sería el derecho de los Centros —fundado con apoyo en la libertad de enseñanza en su modalidad de libertad de creación de Centros— a recibir subvenciones totalmente compensatorias de los costes de la enseñanza básica. Precisamente toda la extensa especulación sobre la gratuidad, en relación con la libertad de enseñanza general y con la incidencia que pudiera tener en ella las alegaciones de limitación presupuestarias trata de apuntalar esa nueva figura de derecho fundamental incondicionado que no podría tener otros titulares que los Centros de enseñanza privados creados libremente» (Cdo. tercero de la Sentencia de 6 de marzo de 1987 [Arz. 1457]).

El sentido de la jurisprudencia es claro: no existe esa pretensión configurada como derecho subjetivo a la firma de un concierto pleno, ni tampoco puede sostenerse que pueda confundirse ese pretendido derecho de los Centros con el derecho de educación o ser una derivación del mismo (18).

Por fin, y dentro de este apartado, sólo queda hacer mención de una Sentencia que ha considerado ilegal, por contrario a la LODE, un precepto de uno de sus Reglamentos de desarrollo. Me estoy refiriendo a la disposición adicional primera del Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se establece el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, que dispone que «los centros de niveles obligatorios que a la entrada en vigor del presente Real Decreto *hayan obtenido la autorización definitiva* y, en su caso, clasificación definitiva, podrán acogerse al régimen de conciertos...». La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1987 (Arz. 1604), indica que este requi-

(18) Sólo la Sentencia de 9 de mayo de 1987 (Arz. 3319) podría considerarse en cierta forma como una excepción a lo que aquí se dice, en cuanto que en su considerando cuarto se afirma que el derecho fundamental de la educación también se extendería a los titulares de los Centros para la libre creación o mantenimiento de los ya abiertos con la necesaria ayuda estatal, pero, en cualquier caso, indica el Tribunal para negar la pretensión de los recurrentes, sólo sería esto referido a los Centros de niveles obligatorios. Es una excepción, y no muy clara, además, a lo que se dice en el texto.

sito de la «autorización definitiva» no es perdido por la disposición transitoria tercera de la LODE (antes utilizada) que a los efectos de la firma de un concierto singular dispone, únicamente, que los centros estuvieran «actualmente subvencionados», sin preocuparse del requisito administrativo de la autorización definitiva. Ello hace que, en el caso, el recurrente, aun sin poseer la autorización definitiva, tenga derecho a la firma de ese concierto singular por aplicación de la disposición transitoria tercera de la LODE que nunca podría ser obviada, en virtud del principio de la jerarquía normativa, por la norma reglamentaria citada.

Esta interpretación del Supremo puede parecer adecuada en función de los datos que se manejan, pero olvida, a mi parecer, un requisito esencial establecido en el régimen jurídico de la concesión de las subvenciones y es que éstas sólo podían ser solicitadas por los Centros que estuvieran debidamente autorizados, no bastando con la autorización provisional, sino siendo necesaria la definitiva (19). En cualquier caso, si el centro referido no la poseía y disfrutó de subvención, habría que achacar a la Administración otorgadora de la subvención tal defecto, pero no puede reprocharse en modo alguno al RD 2377/1985, de 18 de diciembre, falta de congruencia con la LODE sino, solamente, el desarrollar una prescripción que una Ley Orgánica no tenía por qué contener expresamente siendo, como parece, consustancial al sistema. En todo caso, lo que esta Sentencia pone también, implícitamente, de manifiesto, es la necesidad de elaborar una norma que desarrolle los artículos 21 y ss. de la LODE sobre tramitación administrativa de las autorizaciones de los centros de titularidad privada, que sustituya al viejo Decreto 1855/1974, con reproches de ilegalidad (20), y solucione, así, un problema jurídico que, dada su escasa entidad, no tendría por qué plantearse siquiera.

III. CONCLUSIONES

Tras la narración y breve comentario de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa producidas tras la aparición de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE, es obligado intentar la realización de unas a modo de conclusiones generales.

1. Creo que debe empezar por resaltarse lo amplio de la muestra utilizada. Han sido nada menos que treinta y dos las sentencias utilizadas en este trabajo, la gran mayoría de ellas de las Salas de lo con-

(19) Cfr., en ese sentido, el artículo 3.1.a) de la normativa aplicable en aquel momento, y constituida por la Orden de 16 de mayo de 1984, por la que se regula el régimen de subvenciones a centros docentes privados de EGB para el curso 1984-1985 y se fijan nuevos módulos de subvención.

(20) Recuérdese en este sentido cuanto se ha afirmado en el punto anterior sobre la vigencia de este Decreto 1855/1974 y los reproches que los recurrentes de las sentencias comentadas hacían a su vigencia.

tencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Treinta y dos sentencias producidas en alrededor de dos años y medio y en las que se tratan, como el lector paciente habrá tenido ocasión de comprobar, muy diversos temas, incidiendo también diversas sentencias sobre las mismas cuestiones, lo que facilita la labor de síntesis y, también, la afirmación de que puedan existir ya líneas consolidadas.

2. En una buena parte de estas sentencias, el recurrente utiliza el procedimiento especial regulado por la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Lo hace porque entiende que algunas medidas de la Administración pública violentan sus derechos fundamentales —de igualdad, de educación, de creación de centros, etc.—, lo que facilita, y es la razón real que posibilita este comentario, la rápida aparición de respuestas jurisprudenciales.

3. Sin embargo, lo cierto es que en muy pocas de estas sentencias afloran los grandes temas resueltos por la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE. No se plantea de forma dramática, tensa, la violación de derechos fundamentales. Más bien parecen cuestiones menores —diferente representación de los padres en los Consejos escolares de los Centros públicos o concertados, derecho a abono de los gastos de transporte para acudir a Centro que imparte la enseñanza en la lengua deseada por el padre...— las que dan lugar a la alegación del derecho fundamental violado.

4. En buena relación con lo aquí dicho, llama la atención el escaso uso del llamado recurso directo contra los muy diversos reglamentos que han desarrollado la LODE. Escaso uso al menos según la jurisprudencia hasta ahora producida, lo que no supone desconocer el hecho, por supuesto, de que puedan aparecer nuevas sentencias en el futuro. No son, entonces, los grandes textos desarrolladores de la LODE los sometidos a enjuiciamiento de los Tribunales sino, en la mayor parte de las ocasiones, solamente medidas administrativas concretas.

5. La utilización en muchas ocasiones del procedimiento de la Ley 62/1978 es causa de la limitación de los poderes de examen del Tribunal. Una vez constatada la no violación del derecho fundamental —como sucede en la mayor parte de las ocasiones—, el Tribunal debe cesar en sus indagaciones, ya que, entonces, traspasaría el límite objetivo del procedimiento y debería entrar en cuestiones de mera legalidad ordinaria, lo que no está permitido dentro de la Ley 62/1978.

6. Son muy escasas las medidas administrativas objeto de anulación por parte de los Tribunales. Quien leyera estas sentencias y tratara de deducir a través de ellas la corrección del comportamiento de las Administraciones educativas, debería concluir, sin duda, en lo adecuado del mismo en función, como digo, de las escasas anulaciones producidas.

7. Todo contribuye a pensar en la poca conflictividad actual, al menos a nivel judicial, de los derechos e intereses que se mueven en torno al hecho educativo. Esto es más resaltante si se tiene en cuenta que bastantes de las sentencias comentadas —sobre todo las relativas a los con-

ciertos educativos— se relacionan con la aplicación en un primer momento de la LODE, con un derecho transitorio específicamente previsto por ella, de duración limitada —tres años— para firmar conciertos singulares por los centros anteriormente subvencionados que no pudieran firmar un concierto pleno por insuficiencia de medios económicos públicos. Esto quiere decir que el supuesto de hecho de estas sentencias, el transcurso de los tres años, prácticamente ha desaparecido ya.

8. La muestra —creo que bastante completa— jurisprudencial examinada permite también poner de relieve la necesidad de adecuar alguna norma preconstitucional a los principios contenidos en la LODE. Me refiero al Decreto 1855/1974, sobre condiciones de autorización y revocación de centros, respecto al que pueden plantearse, incluso, dudas sobre su vigencia. Esas dudas yo las he resuelto negativamente, lo que no impide que ignore la realidad de las dificultades de aplicación correcta de normativa tan dispar y sobre la que ha operado en alguna de sus partes, sin duda, un mecanismo de derogación.

9. Llama la atención el escaso uso de la cláusula constitucional del «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 de la CE) en la jurisprudencia examinada. Sólo la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1987 (AA 724) hace uso de la misma y para un supuesto escasamente significativo (21). Creo, no obstante, que en el futuro la jurisprudencia deberá referirse con más profusión a esta cláusula que será muy útil a la hora de la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, tal y como sucede en otros países (22).

10. Debe también resaltarse la limitación de los Tribunales a la hora de apoyar pretensiones dirigidas contra la Administración Pública. Sin duda uno de los más claros motivos de desvalorización jurídica de los derechos fundamentales puede estribar en su capacidad sin fin de fundar pretensiones económicas contra unos Poderes públicos respecto a los que se podrían formular mil y una peticiones de ayuda para posibilitar el ejercicio de esos mismos derechos fundamentales. Esa concepción supone una completa dependencia de la Sociedad frente al Estado y es, en el fondo, negadora de un adecuado y autónomo desarrollo social. Lo que no quiere decir, por supuesto, que los poderes públicos, cumpliendo obligaciones constitucionales (artículo 9.2 de la CE), no deban subvenir ciertas necesidades, postular derechos y restaurar igualdades perdidas injustamente. Pues bien, en la jurisprudencia examinada hay un cuidadoso uso de las pretensiones frente a la Administración, rechazándose las claramente irrazonables, aunque se presenten bajo la veste protectora del derecho fundamental.

(21) Para fundar la licitud de que se permita la obtención del título de Graduado Escolar a un alumno que ha concluido los estudios de EGB antes de la edad reglamentada. El «libre desarrollo de la personalidad» exigiría esta concesión, para que no pudiera impedirse su paso a otro nivel educativo. La normativa ordinaria ya recoge hoy sin problemas este hecho.

(22) Me remito al detalle expuesto en las págs. 210 y ss. de mi libro *Las libertades...*, op. cit.

11. Por último, que la conclusión general que pueda extraerse de las conclusiones parciales aquí formuladas sea la de la escasa conflictividad actual del proceso educativo y, también, la de su relativa pacificación no supone que el autor transcurra su existencia en el limbo y no sea consciente de los muy graves problemas que últimamente se viven (23). No, lo único que sucede es que éstos son de distinta naturaleza a los anteriormente habidos y que debió conocer la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE, difícilmente planteables en un plano jurisdiccional y, por tanto, de muy difícil encuadramiento —ahora y en el futuro— en un comentario jurisprudencial. Lo cual no quiere decir que se niegue su importancia, su trascendencia, incluso directa a la hora de la pacificación o de la definitiva declaración de guerra, del tradicional conflicto educativo que hoy aparece adormecido.

IV. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Como se ha indicado en el texto, las fuentes consultadas han sido el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (Arz.) y la revista «Actualidad Administrativa» (AA). Tras la fecha de la Sentencia se indica la correspondiente referencia.

Sentencias del Tribunal Supremo

24 de noviembre de 1986 (Arz. 6368); 27 de noviembre de 1986 (Aranzadi 7093); 17 de diciembre de 1986 (Arz. 7471); 6 de marzo de 1987 (Arz. 1457); 30 de marzo de 1987 (Arz. 1604); 3 de abril de 1987 (Arz. 2587); 10 de abril de 1987 (Arz. 2933); 22 de abril de 1987 (Aranzadi 2995); 22 de abril de 1987 (Arz. 2996); 22 de abril de 1987 (Arz. 2997); 26 de abril de 1987 (AA 474); 27 de abril de 1987 (Arz. 3163); 28 de abril de 1987 (Arz. 3165); 8 de mayo de 1987 (Arz. 3315); 9 de mayo de 1987 (Arz. 3319); 11 de mayo de 1987 (Arz. 3326); 26 de mayo de 1987 (Arz. 3481); 29 de mayo de 1987 (AA 587); 12 de junio de 1987 (Arz. 4038); 22 de junio de 1987 (Arz. 4259); 9 de septiembre de 1987 (AA 12, de 1988); 14 de septiembre de 1987 (AA 44, de 1988); 18 de septiembre de 1987 (AA 13, de 1988); 18 de septiembre de 1987 (AA 724); 13 de octubre de 1987 (AA 77, de 1988); 19 de octubre de 1987 (AA 16, de 1988); 3 de diciembre de 1987 (AA 221, de 1988); 7 de diciembre de 1987 (AA 236, de 1988).

(23) Se concluye este trabajo el día 20 de mayo de 1988, todavía con el conflicto de la huelga de los profesores de enseñanzas no universitarias sin solucionar.

Sentencias de Audiencias

Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: 27 de mayo de 1987 (AA 615); Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza: 14 de enero de 1988 (aún no publicada).

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Valencia