

# Reflexiones sobre el desarrollo reglamentario de la LODE

ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR

Cuando se analiza la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE) y las circunstancias que concurrieron en su tramitación y aprobación acaso destaque, sobre los aspectos estrictamente jurídicos, el clima psicológico que la acompañó: un clima de honda desconfianza del sector privado hacia la política educativa del Gobierno y hacia la Administración llamada a gestionarla. Quizás, de haberse podido hacer una lectura sin recelos y sin sentimientos de persecución, la LODE hubiera podido ser considerada como una Ley aceptable (a pesar de sus evidentes deficiencias técnicas y de su reglamentismo procesal) y aún, en algunos aspectos, generosa con la enseñanza privada.

Pero acontece que ese «estado de desconfianza» no puede imputarse seriamente ni al capricho arbitrario ni al sectarismo ideológico, sino que tiene un evidente fundamento objetivo. Sin necesidad de remontarse excesivamente en el tiempo, parece razonable no confiar en quien primero tuvo como horizonte la desaparición de la enseñanza privada, después se opuso a constitucionalizar la libertad de enseñanza, se negó, con éxito en este caso, a que se constitucionalizase el derecho a la dirección de los titulares de los centros privados, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el derecho de los titulares a establecer un «ideario» o «carácter propio» del centro y se negó en la LODE a hacer explícitos los deberes que la existencia de tal carácter propio imponía al resto de los miembros de la comunidad escolar... y todo

ello, por hablar solo de los antecedentes y de los fundamentos jurídicos, sin extendernos en una acción administrativa que, sin perjuicio de su necesidad para garantizar el interés general y evitar abusos, ha tenido a veces caracteres inquisitoriales. Quien se aproxime con serenidad y desapasionamiento a la literatura y a los hechos del partido socialista en materia educativa deberá reconocer que el partido del Gobierno, sin duda hondamente comprometido con la libertad en otras esferas de la existencia social, había mantenido una actitud reticente y aún hostil hacia la libertad de enseñanza tal y como se entiende el en derecho comparado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE, al suministrar una interpretación objetiva amparada por la autoridad de quien es supremo intérprete de la Constitución, ha venido a restaurar la seguridad jurídica amenazada por las ambigüedades, equívocos y omisiones de la Ley (ciertamente agigantados por una lectura desde la desconfianza) y ha venido a situar el conflicto ideológico en un plano menor. Porque también hay que decir que quien se aproxime con serenidad y desapasionamiento a la evolución del conflicto ideológico-educativo en los últimos diez años, no podrá dejar de reconocer lo mucho que se ha avanzado en el entendimiento. Principios hasta hace poco combatidos han pasado a presidir pacíficamente el Ordenamiento jurídico. Baste pensar, como dato significativo, en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho a la fijación de un ideario o carácter propio, sentada con ocasión del recurso contra la LOECE y frente a la que entonces se opusieron en un voto particular cuatro magistrados, ha sido ratificada ahora por unanimidad. Y ello es extremadamente importante porque disipa el riesgo de que un cambio en la composición del Tribunal pudiera provocar una alteración de la jurisprudencia.

La LODE podría así pasar un marco razonable de mínimos que operase como punto de convergencia entre las posturas enfrentadas. Pero si el problema ideológico ha pasado a un segundo plano, subsiste la desconfianza y, sobre todo, subsisten las razones para la desconfianza. Quisiera abordar en éstas líneas los puntos más conflictivos que plantean los proyectos de reglamento que son, junto a la acción administrativa cotidiana, los que siguen alimentando el temor y el recelo. Han de ser las nuestras, necesariamente, reflexiones provisionales por cuanto hasta el momento no contamos más que con proyectos en trámite de dictamen por el Consejo de Estado.

## **1. Reglamento de Conciertos**

### *4. El derecho al Concierto*

La Constitución española, en su artículo 27.9 impone al legislador una obligación de ayuda a los centros privados que, en sí misma, no da

nacimiento a un derecho público subjetivo de prestación con cobertura constitucional, de suerte que el nacimiento del derecho requiere la mediación de la Ley.

La LODE, en cumplimiento del mandato judicial, establece las condiciones para el nacimiento del derecho, optando por un sistema de conciertos que asegure la gratuidad total, y por tanto la plena financiación pública, en el nivel de la enseñanza básica y obligatoria.

En su artículo 47.1 la LODE reconoce el derecho a acogerse al concierto a los centros que reúnan los requisitos establecidos en su título cuarto. De este modo, el concierto no puede configurarse como una concesión discrecional de los poderes públicos, sino como un derecho subjetivo, con costura legal, directamente ejercitable por quienes, al reunir los requisitos legales, se convierten en titulares del mismo. Tan sólo hay una limitación temporal para el ejercicio generalizado del derecho, y es la que se desprende de la Disposición Transitoria Tercera que, en atención a las disponibilidades presupuestarias, establece un plazo máximo de tres años para que los titulares del citado derecho, que son todos los centros que reuniendo los requisitos legales se hallaren subvencionados en el momento de la entrada en vigor de la ley, puedan ejercerlo. Por consiguiente, en lo que se refiere a los centros subvencionados a la entrada en vigor de la LODE, el condicionamiento del ejercicio del derecho a las consignaciones presupuestarias a las prioridades establecidas en el artículo 48.3 de la Ley no podrá tener un alcance temporal superior a tres años.

Desde estas premisas, el tenor literal de los artículos 2 y 12 del Reglamento resulta cuando menos equívoco por cuanto del pudiera deducirse un condicionamiento intemporal para el ejercicio del derecho en atención a las disponibilidades presupuestarias.

La expresión «dentro de las consignaciones presupuestarias» sólo puede referirse, y así debería explicitarse, o a los centros no subvencionados en el momento de entrada en vigor de la LODE o al período taxativo de tres años. De otro modo se estaría invirtiendo la relación de causa a efecto que de la LODE se deriva, a saber: no es el ejercicio del derecho el que se debe quedar condicionado por las asignaciones presupuestarias, sino éstas las que deben responder de la efectividad de aquél, del mismo modo que el derecho a una pensión de jubilación trae causa de la Ley sustantiva y no de las consignaciones incorporadas a la Ley de presupuestos.

En el mismo orden de ideas, la Disposición Transitoria Segunda del proyecto de Reglamento no se acomoda a las exigencias de la Disposición Transitoria Tercera de la LODE. En ésta se establece que «los centros privados actualmente subvencionados, que al entrar en vigor el régimen general del conciertos previstos en la presente Ley, no puedan acogerse al mismo por insuficiencia de las consignaciones presupues-

tarias correspondientes, se incorporarán a dicho régimen en un plazo no superior a tres años».

Del tenor literal de este precepto se desprende de forma inequívoca que los centros titulares del derecho subjetivo al concierto (siempre que reúnan los requisitos fijados en la Ley) son todos los que estuvieran subvencionados «actualmente», esto es, en el momento de entrada en vigor de la Ley. Sin embargo, al reiterarse en el Reglamento el término «actualmente» pudiera pensarse que se está refiriendo a los subvencionados en el momento de entrada en vigor del Decreto, lo que supone una restricción reglamentaria del momento del nacimiento del derecho que sería abiertamente ilegal.

Junto a esta argumentación de ídole lógica hay otra derivada de una interpretación teleológica; lo que la Ley ha querido impedir es que el nacimiento de la titularidad del derecho quedase abandonado a la voluntad del Gobierno que podría hacerlo desaparecer con el simple expediente de ir eliminando subvenciones antes de proceder al desarrollo reglamentario.

Es posible que el dictamen del Consejo de Estado contribuya a remediar estos problemas o que, en su caso, el pertinente recurso ante los Tribunales de justicia restaure los principios de reserva de Ley de jerarquía normativa que le proyecto de Decreto agrede. Con todo, el mantenimiento por el Gobierno de tales preceptos contribuirá a potenciar la desconfianza así como la duda de que la LODE llegue a aplicarse nunca en plenitud econtrándonos ante una reedición de las expectativas frustradas de la Ley General de Educación. La diferencia, no obstante estriba en que en la anterior estructura de fuentes del derecho las previsiones de la LGE pudieron ser revisadas sin quiebra de la legalidad en las sucesivas leyes presupuestarias. Mucho nos tememos que en la actualidad la hipótesis del fracaso habría de pasar por la expresa e indeseable derogación de la LODE.

### *B. Las condiciones transitorias para el ejercicio del derecho*

El artículo 20 del proyecto de Reglamento desarrolla las prioridades establecidas en el artículo 48.3 de la LODE. Dichas prioridades han sido frecuentemente cuestionadas. A nuestro juicio, desde un punto de vista técnico, hay que hacer las siguientes precisiones:

- I. En lo que se refiere a los centros subvencionados en el momento de entrada en vigor de la LODE las preferencias del artículo 48.3 de la Ley reflejadas en el artículo 20 del Reglamento tan sólo pueden operar durante tres años, período durante el que deberá mantenerse la subvención o financiación parcial. Por tanto este precepto sólo afecta: 1. A los centros subvencionados durante tres años. 2. Indefinidamente a los centros existentes no subvenciona-

dos y a los de nueva creación cuando quieran ejercer el derecho al concierto, derecho que, en estos casos, sí está condicionado a las consignaciones presupuestarias.

- II. Las preferencias establecidas en el artículo 48.3 no fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional más que en lo referente a las cooperativas. En consecuencia el Tribunal no se ha pronunciado sobre ellas, aunque sí lo ha hecho el Tribunal Supremo.

En mi opinión tales preferencias son conformes a la Constitución por cuanto no son irracionales y encuentran fundamento en otros valores y preceptos constitucionales.

Ahora bien, al no haberse pronunciado el Tribunal Constitucional, subsiste la duda de qué deba entenderse por «satisfacer necesidades de escolarización».

Personalmente no comparto ese criterio y entiendo que el artículo se ajusta perfectamente a la Ley y a la Constitución:

- En el plazo de tres años todos los centros subvencionados que se quieran acoger a los conciertos podrán hacerlo. En el interín no parece discriminatorio, si razonable y constitucionalmente fundado que los recursos, potencialmente escasos, vayan destinados *preferentemente* a centros que además de posibilitar el derecho a la elección hagan posible el derecho a la educación gratuita que, de otro modo, por ausencia de centros públicos, se haría imposible o, al menos, más oneroso para el Estado.
- Posteriormente, cuando todos los centros subvencionados hayan podido acogerse al concierto, también parece razonable que, dentro de las consignaciones presupuestarias se de preferencia a quienes se instalen en zonas desasistidas sobre quienes se instalen en zonas donde hay ofertas suficiente ya sea de centros públicos o de centros privados concertados.

Aunque se pueden imaginar riesgos derivados de una política de creación de centros públicos, hostil a los centros privados, hay que considerar dos cosas: que no podrá afectar a los centros actualmente subvencionados y que, respecto a los demás, el problema jurídico habría que residenciarlo en la eventual ilicitud o inconstitucionalidad de la programación de la enseñanza y no en el precepto que ahora se contempla.

- III. La misma argumentación me parece válida para los otros indicadores, «volumen de alumnos acogidos al transporte escolar» y «coste de los servicios complementarios del colegio».

Argumentando ahora por vía de ejemplo: si hay dos centros subvencionados, ambos con demanda suficiente, pero la población

escolar es en uno de más baja renta que en el otro, parece razonable que se de prioridad en la gratuidad total a los que tienen menores medios para pagar la cuota adicional. Y parece razonable pensar que, en principio y como mero indicador, se tengan en cuenta el coste de los servicios complementarios y, entre ellos, de un coste notablemente oneroso como es el transporte escolar.

Al ser meros indicadores siempre se podrá pensar que familias con escaso nivel de renta han asumido el sacrificio de estos costes por su voluntad de dar a toda costa una determinada educación a sus hijos.

IV. La hipótesis final a analizar es que nos encontrásemos ante vías para una «zonificación» indirecta y no ante vías para una racionalización del gasto.

Esta hipótesis, a mi juicio, está descartada.

Se trata de prioridades transitorias.

Dentro de tres años, si se cumple la legalidad (y hay varias vías jurídicas sobradas para hacerlo) todos los centros subvencionados en el momento de la entrada en vigor de la Ley serán, si lo desean, acogidos a los conciertos con independencia de que escolaricen a personas de uno u otro nivel de renta o de uno u otro lugar de residencia, sin perjuicio de que estos factores operen como prioridades para los alumnos demandantes de plaza.

### *C. El derecho de los centros de nueva creación.*

Está contemplado en el artículo 28 del proyecto de Reglamento. Se trata de un artículo técnicamente muy deficiente y posiblemente ilegal de acuerdo con los siguientes principios:

- El derecho al concierto es un auténtico derecho subjetivo tan sólo condicionado a dos requisitos: los establecidos en el título IV de la LODE y, en el caso de los centros de nueva creación, las disponibilidades presupuestarias. La introducción por vía reglamentaria de cualquier otra condición sustantiva sería obviamente ilegal.
- La disposición transitoria quinta de la LODE exige que estos centros de nueva creación «formalicen con la Administración un convenio en el que se especifiquen las condiciones para la constitución del Consejo Escolar del Centro, la designación del director y la provisión del profesorado».
- El artículo 28 del reglamento va mucho más allá transformando

lo que sería un trámite de verificación reglada de si se respetan los principio de la LODE, en la necesidad de un acuerdo, estableciéndose, además, la necesidad de que el nombramiento de profesorado responda a los principios de publicidad, mérito y capacidad.

- El nombramiento del director y de los profesores forman parte del contenido esencial del derecho a la dirección del titular, derecho que tan sólo se puede condicionar por el Consejo Escolar sin que la inexistencia temporal del mismo pueda ser sustituida por la voluntad de la Administración.
- Lo único que constitucionalmente puede hacer la Administración es verificar que el director y los profesores reúnen los requisitos legales y, como máximo, acordar una contratación temporal hasta tanto el Consejo Escolar este constituido, lo que sería factible en el caso del director y problemático en el caso del profesorado.

No hay más procedimiento posible para la designación del director que la libre voluntad del titular (y aquí no hay necesidad de acuerdo alguno con la Administración) sin perjuicio de que, una vez constituido el Consejo Escolar, se proceda a la renovación del cargo de acuerdo con el procedimiento previsto por la LODE.

- Por lo demás, el precepto es incongruente con las prioridades previstas por la propia LODE para las cooperativas, concretamente para las cooperativas de profesores que, por su propia naturaleza, no podrían pasar a concurso las plazas del profesorado. Y resultaría discriminatorio que se aplicara a éstas un sistema distinto de selección del profesorado.

Por lo demás, el mecanismo previsto en el artículo 60 de la LODE está referido a las vacantes que se produzcan una vez en funcionamiento el Consejo Escolar.

- Resultaría discriminatorio el que los nuevos centros quedasen sometidos, en el ejercicio del derecho del titular a la dirección, a condiciones más gravosas que los centros ya existentes.

#### *D. El contenido económico del concierto*

No es nuestra intención hacer un análisis minucioso de dicho contenido económico por cuanto es objeto de otras colaboraciones. Pero, dentro de la línea argumental de este trabajo precedida por un análisis de subsistencia de los motivos para la desconfianza, no podemos omitir el capítulo del que sin duda va a depender la viabilidad de la enseñanza privada. El temor de que una vez superado el conflicto ideológico

la presión contra la libertad de enseñanza se analice a través de la asfixia económica tiene un sólido fundamento en el contenido de los proyectos de reglamentos.

Sin ánimo exhaustivo, vamos a referirnos a algunos puntos en los que puede frustrarse la pretensión de una enseñanza gratuita y con unos mínimos de calidad:

La LODE sienta el principio de gratuidad para la impartición de la enseñanza en los centros concertados. Por ello se prevé la financiación pública de la totalidad de los costes reales. Sin embargo, el proyecto de reglamento no conduce a dicha financiación total:

- No contempla los gastos de amortización de las inversiones iniciales, ni el costo de alquiler de locales o de amortización de préstamos para la creación del centro.
- No contempla el pago de las tasas municipales.
- Establece un módulo económico genérico, técnicamente inaceptable, que no discrimina debidamente entre las peculiaridades de cada centro y la desigualdad de costes que de ellas se derivan.
- Establece financiación trimestral para afrontar costos que, como el pago del personal no docente o los recibos de agua, luz, teléfono, etc., se devengan mensual o bimensualmente.
- No contempla las peculiaridades del régimen de Seguridad Social de los trabajadores religiosos.
- No contempla el pago de indemnizaciones por despidos jurídicamente procedentes, etc.

## **2. Reglamento de admisión de alumnos.**

En los artículos 8, 9 y 10, así como en el anexo del proyecto de Reglamento de admisión de alumnos, se procede al desarrollo de los criterios establecidos por la LODE para la admisión de alumnos en los centros concertados. Criterios que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo pueden operar un vez ejercido el derecho de padres y tutores a la elección de Centro y, por tanto, cuando la demanda de plazas en un centro concreto supere a la oferta.

Tal desarrollo reglamentario es de legalidad discutible constituyendo un dato más para alimentar la desconfianza:

Si bien es cierto que el artículo 20.2 de la LODE habla de «renta anual de la unidad familiar», del mismo modo que el Reglamento, es preciso acudir a una interpretación teleológica de precepto que atienda a los valores a realizar y al bien jurídico protegido en armonía con los valores constitucionales.

Si el criterio prioritario de la renta familiar no resulta discriminatorio, sino, al contrario, razonable y congruente con otros valores constitucionales, es porque en un Estado Social de Derecho los poderes públicos han de promover las condiciones reales para que la libertad sea efectiva traduciéndose en situaciones sociales de libertad, esto es, en opciones reales de comportamiento. Por ello resulta razonable la presunción de que siempre tendrán más oportunidades reales de ejercer el Derecho a la elección de centro educativo quienes disfrutan de un mayor nivel de renta. De aquí la prioridad.

Ahora bien, la presunción se torna rotundamente irracional y por tanto discriminatoria cuando se desconsidera el número de hijos de la unidad familiar.

Con el reglamento presente, un alumno hijo único de una familia con ingresos anuales de 360.000 ptas. al año, tendría prioridad sobre un alumno con diez hermanos, y con unos ingresos anuales de unidad familiar de 400.000 ptas al año. Al primero le correspondería 4 puntos y al segundo 3.

Por lo que se refiere al artículo noveno, 1 y 3, la argumentación anterior es perfectamente válida para el presente caso.

Ahora bien, la proximidad sólo puede medirse entonces en términos de tiempo y de coste del transporte y a nadie se le escapa que puede haber zonas geográficamente más próximas pero peor comunicadas.

Por otra parte, el concepto de «área de influencia» merece un reproche técnico por cuanto es de extrema ambigüedad y supone conceder a la Administración una desmesurada discrecionalidad que puede ser fuente de arbitrariedad.

Técnicamente existen criterios objetivos (como distrito, Municipio, Comarca, Provincia, etc.) que por dicha objetividad se acomodan a las exigencias de certeza en el ejercicio de un Derecho constitucional.

El artículo 20.2 de la LODE enumera, de forma sucesiva y sin jerarquización tres criterios prioritarios.

No se puede admitir que el Gobierno, por vía reglamentaria, los jerarquice a su antojo invadiendo las materias reservadas a Ley.

El ponderar los dos primeros criterios con un baremo de 4 a 1 y el tercero con baremo de 2 a 0'5 supone una extralimitación arbitraria y carente de cobertura legal.

No se le puede negar al Gobierno una cierta discrecionalidad técnica para ponderar, en cada uno de los criterios, las diversas situaciones tal y como hace en el artículo 8 y en el artículo 11 en relación con el anexo (pues en ambos artículos se está contemplando el criterio de situación «socioeconómica» de la familia), pudiendo acumularse por esta vía hasta 9 puntos. Pero parece inaceptable que la potestad reglamentaria alcance a jerarquizar entre sí lo que la Ley no jerarquiza: los propios criterios todos ellos prioritarios.

Por esta vía, si se reconoce tal discrecionalidad, podría el Gobierno a su antojo invertir la situación, concediendo 9 puntos por tres hermanos y 2 puntos para un supuesto de emigrante retornado con hijo disminuido, en paro y con ingresos inferiores al salario mínimo.

Por otra parte, los criterios del artículo 11 no son complementarios como se dice, sino especificaciones del criterio prioritario de la situación «socio-económica de la familia» que traen causa, dentro del mismo criterio, del primero de los especificados en el artículo 20.2 de la LODE.

Si fueran criterios complementarios, habría que negarle al Gobierno competencias para ir más allá de la Ley en la regulación de condiciones para el ejercicio de un derecho constitucional.