

Roj: **STS 2086/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:2086**Id Cendoj: **28079130072006100193**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **10/04/2006**Nº de Recurso: **249/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Abril de dos mil seis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen el recurso de casación número 249/2001, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de Fomento de Centros de Enseñanza S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de octubre del año 2000, recaída en el recurso contencioso-administrativo número nº 252/2000 en el que se impugna la Orden Del Ministerio de Educación y Cultura de 30 de junio de 1998 por la que se denegó el acceso al concierto educativo a los centros Montearagón y **Sansueña** de Zaragoza.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia de fecha 27 de octubre del año 2000, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 252/2000 cuya parte dispositiva dispone: "FALLAMOS: PRIMERO; Desestimar el recurso nº 252/2000 interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto en nombre y representación de Fomento de Centros de Enseñanza S.A., contra la Resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 30 de junio de 1998 descrita en el primer Fundamento de Derecho que se confirma en lo que es objeto de este recurso, por ser conforme con el ordenamiento jurídico. SEGUNDO. No hacer una expresa condena en costas". En síntesis, sostiene la sentencia que uno de los motivos de la orden, el no estar al corriente la recurrente en sus obligaciones con la Seguridad Social no es correcto, puesto que la responsabilidad del pago de las cuotas correspondía a la Administración, sin embargo, desestima el recurso al entender que no existe un derecho subjetivo al concierto o la subvención, sino que viene limitado por las posibilidades presupuestarias y las necesidades de escolarización en la zona.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpone recurso de casación el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de Fomento de Centros de Enseñanza S.A. En síntesis alega la recurrente como primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88 1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la infracción por inaplicación del Art. 39 del RD. 2377/1985 de 18 de Diciembre, por el que aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos . Igualmente alega, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88 1.d) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la infracción por interpretación errónea del artículo 48.3 de la LODE , y artículos 20 y 21 del RD 2377/1985 e infracción del artículo 27.9 de la Constitución , así como de la jurisprudencia que se determina. Como tercer motivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88 1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , alega la infracción de la jurisprudencia de la Sala sobre el carácter reglado de la potestad de la concesión de conciertos. Como cuarto motivo, y también al amparo de lo dispuesto en el artículo 88 1.d) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la infracción por interpretación errónea del artículo 1.6 y 1214 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.



TERCERO.- Por el Abogado del Estado, se presenta escrito de oposición al recurso de casación, en fecha 17 de junio de 2002, oponiéndose a los motivos de casación por las razones manifestadas en la sentencia y sosteniendo que en casación no puede alterarse la valoración de la prueba realizada en la instancia.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se ordenó que las actuaciones quedasen pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 5 de abril de 2006, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la recurrente como primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88 1.d) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la infracción por inaplicación del Art. 39 del RD. 2377/1985 de 18 de Diciembre, por el que aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos .

Este precepto dispone que la Administración al abonar los salarios al personal de los centros concertados, efectuará e ingresará en el Tesoro las retenciones sobre la renta de las personas físicas. Asimismo realizará el ingreso de las oportunas cotizaciones a la Seguridad Social. Es cierto que la sentencia en los fundamentos jurídicos segundo y tercero en realidad lo que hace es reflejar las posiciones contradictorias de las partes, y pudiera haber incurrido en incongruencia omisiva, por lo que hubiera sido más correcto que la recurrente articulara en su caso el motivo previsto en el artículo 88.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , y no el apartado 1.d) de dicho precepto, por inaplicación del artículo 39 del RD. 2377/1985 de 18 de Diciembre . Este motivo, ni fue tenido en cuenta en la sentencia, al no pronunciarse sobre el mismo, ni es contestado en el escrito de oposición al presente recurso por la Abogacía del Estado, y tampoco lo hizo en su escrito de contestación a la demanda, en la que simplemente decía que el actor no se encontraba al corriente de sus deudas con la Seguridad Social, extremo que para dicha representación el actor no niega, aunque lo puntualice, ya que no entra a dilucidar la cuestión de si correspondía su abono al centro concertado o a la Administración Autonómica.

Como sostiene la recurrente, la obligación de realizar el ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondiente al personal docente de los centros concertados, es obligación que debe correr a cargo de la Administración según lo dispone el Art. 39 del RD. 2377/1985 y no es posible hacer derivar las consecuencias de su incumplimiento a quien ninguna responsabilidad normativa tenía en velar por su observancia y cumplimiento, puesto que, no es Fomento de Centros de Enseñanza S.A., la obligada a realizar estas prestaciones. En este sentido ha de integrarse la prueba a la luz de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 88 con el documento número 3 y 8 del expediente administrativo donde consta una certificación de la Tesorería de la Seguridad Social en la que se sostiene que la responsabilidad del descubierto en el caso de centros de la recurrente, que en la misma se certifica corresponde a la Administración Autonómica correspondiente. En consecuencia, por este motivo debe casarse la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en cuanto la sentencia incurre en infracción por interpretación errónea del Art. 48.3 LODE , 20 y 21 del RD. 2377/1985 e infracción del 27.9 de la Constitución , así como de la Jurisprudencia que se determina. La sentencia recurrida recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en Sentencias como las de 2 de Julio de 1992 y 11 de Diciembre de 1997 , conforme a la cual no se vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos a la gratuidad de la enseñanza obligatoria, a la libre creación de Centros y elección de los mismos, garantizados por la Constitución Española de 1978, en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 , y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 , y desarrollados mediante la Ley Orgánica 8/1.985, de 3 julio, reguladora del Derecho a la Educación ; cuando su implantación efectiva ha de realizarse de una forma y manera paulatina, al depender su logro del factor determinante que consiste en la limitación de disponibilidades económicas para hacerlo, en orden a la asignación que se derive de los Presupuestos Generales del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente, según se infiere del Art. 49 de la citada Ley Orgánica y del Art. 12, del Real Decreto 2377/1985, de 18 diciembre ; puesto que, para cubrir los gastos que origina el mantenimiento del Servicio Público de la enseñanza, cuya gratuidad ha de ser conseguida, se precisa la asignación de recursos económicos públicos a tal fin, ya que por una simple lógica, implícita en la Organización de la Hacienda Pública de un Estado moderno de derecho, este no puede efectivamente pagar más de lo que a tal servicio se le asigna en los Presupuestos Generales del Estado, o, en su caso, en los de la correspondiente Comunidad Autónoma, criterio que viene a reiterar lo que este Tribunal mantiene en su sentencia de 28 de Abril de 1987 , acerca de que 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 ( Art. 1.1 LO 8/1985 de 3 julio , aprobada en desarrollo del Art. 27 CE ) no puede ser confundido con el pretendido derecho de los centros privados 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. Es decir que no existe un derecho subjetivo a la celebración de este tipo de conciertos por la insoslayable limitación de las disponibilidades presupuestarias. Criterio que ya había sido expresado por el Tribunal Constitucional (sentencia 86/1985, de 10 de Julio ), al señalar que "el que en el Art. 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser solo en la Ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el Art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2 , principalmente)". En este punto, la doctrina de la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia, sino conforme a la misma, y por lo tanto ha de mantenerse, sin que se pueda estimar el tercer motivo alegado por el recurrente, la supuesta vulneración de la doctrina acerca del carácter reglado de la concesión de conciertos.

TERCERO.- La decisión del recurso ha de trasladarse ya de los principios a la prueba, y la aplicación al caso aquí analizado determina la estimación de las pretensiones de la actora. La recurrente, al amparo del apartado d) de artículo 88.1.d LJ , articula su cuarto motivo, por inaplicación del ordenamiento jurídico y de la de Jurisprudencia, por infracción del Art. 1.6 del Código Civil , al aplicar erróneamente el artículo 1214 de la citada Ley sustantiva civil . A estos efectos recuerda la Jurisprudencia de esta Sala que determina que la infracción de las reglas legales sobre la distribución de la carga de la prueba pueden constituir un motivo de casación válido cuando se alegan al amparo del n° 4 del Art. 95.1 ( sentencias de este Tribunal de 7 y 12 de Julio de 1999, 18 de Octubre de 1999, 5 de Noviembre de 1999 y 20 de Marzo de 2000 , entre otras).

La sentencia impugnada en su fundamento de derecho quinto mantiene que se han acreditado las partidas presupuestarias destinadas a financiar la educación en los niveles obligatorios de Educación Primaria y ESO, sin que la Ley Presupuestaria especifique un crédito diferenciado para la financiación de nuevos conciertos, obligación que no resulta de ninguna norma ni de naturaleza presupuestaria o reguladora del régimen de conciertos y subvenciones a la enseñanza .

Esta Sala comparte el criterio de la recurrente de que la sentencia impugnada ha invertido la carga de la prueba, ya que, hace recaer sobre la recurrente el resultado insuficiente de la prueba, sin considerar que las consecuencias desfavorables de la falta o insuficiencia de prueba, corresponden a la Administración, ya que, esta es, la que invoca a su favor las consecuencias jurídicas que integran el supuesto de hecho previsto por la norma, esto es, que la insuficiencia de las consignaciones presupuestarias justifica la no concesión de concierto en todo el territorio gestionado por el entonces Ministerio de Educación y Cultura.

La Sentencia de esta Sala de 17 de Diciembre de 1999 sostiene que "La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (por todas, las sentencias de 2 de abril de 1956, 30 de abril de 1958, 27 de enero de 1961, 12 de diciembre de 1964, 18 de octubre de 1966, 17 de marzo de 1972, 25 de abril de 1973, 8 de junio y 17 de diciembre de 1992 y 16 de julio de 1993 ) y de esta Sala (por todas, la sentencia de la Sala Tercera, Sección Quinta, de 27 de enero de 1995 ) diferencia la valoración de la prueba que implica una convicción psicológica en el juzgador acerca de la certeza de los datos de hecho, de la doctrina relativa a la carga de la prueba, que parte de la consideración de que ha de determinarse quien ha de soportar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba y generalizando lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil , esta Sala ha venido entendiendo que cada parte soporta la carga de probar los datos de hecho que integran el supuesto de la norma, cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, por lo que es claro que las cuestiones suscitadas en este motivo tienen su cauce abierto en el número cuatro del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional , pero en la cuestión debatida, no pueden ser apreciadas debidamente, en la medida en que se pretende realizar un juicio de intencionalidad subjetiva basado en meras apreciaciones, no valorables en sede casacional".

La sentencia de esta Sala de 4 de Marzo de 2000 (con cita de las sentencias del TS de, 5 de mayo de 1983, 20 de Marzo de 1989 y 29 de Enero de 1990 ), además de reiterar la doctrina descrita en la anterior sentencia, establece que a la hora de valorar la procedibilidad de este motivo de casación, la doctrina de la carga de la prueba se atempera en el sentido de que cuando los medios de prueba de que intenta valerse una de las partes se encuentran en poder del contrario incluso se puede producir una inversión de la carga de la prueba. La



recurrente sostiene acertadamente que en este caso las pruebas de la insuficiencia presupuestaria estaban exclusivamente en poder de la Administración, que ni siquiera ha intentado probar nada a este respecto.

La sentencia de 8 de noviembre de 2004, entre otras, sostiene acerca de la carga de la prueba de la suficiencia presupuestaria que "Esa misma jurisprudencia, por lo que hace a la disponibilidades presupuestarias, ha dicho que las limitaciones de esta naturaleza incumbe probarlas a la Administración (la citada sentencia de 18.9.2001); y ha aclarado que, tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental de la educación, la Administración debe motivarlas no con argumentos genéricos sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando invoque este motivo de denegación, que no cuenta con fondos suficientes (sentencia de 27 de septiembre de 2007, Recurso 6654/2001)....., La Administración, en la resolución impugnada, se limitó a invocar de manera genérica las limitaciones derivadas de los recursos disponibles, pero no incluyó concretos datos o referencias que permitieran conocer el montante de su disponibilidad presupuestaria y la forma como lo distribuyó, con lo que no justificó debidamente su causa de denegación. Y su contestación a la demanda formalizada en el proceso de instancia se ha expresado en los mismos términos abstractos".

La sentencia aquí recurrida, como resulta de lo que antes se puso de manifiesto, ha fundado su pronunciamiento en un criterio que es contradictorio con la anterior doctrina jurisprudencial, por lo que los motivos de casación antes reseñados deben ser acogidos. Merece, pues, ser estimado el recurso de casación y también, a consecuencia de ello, el recurso contencioso-administrativo deducido en el proceso de instancia.

CUARTO.- En consecuencia, procede dar lugar al presente recurso de casación y dictar sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo sin expresa de las costas procesales, a tenor del artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación número 249/2001, interpuesto por el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de Fomento de Centros de Enseñanza S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de octubre del año 2000, y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se decide a continuación.

2.- Estimar el recurso contencioso administrativo número nº 252/2000 en el que se impugna la Orden Del Ministerio de Educación y Cultura de 30 de junio de 1998 por la que se denegó el acceso al concierto educativo a los centros Montearagón y **Sansueña** de Zaragoza, al no ser la actuación administrativa impugnada conforme a Derecho en la denegación al acceso al régimen de conciertos educativos que decidió en relación a las solicitudes presentadas por FOMENTO DE CENTROS DE ENSEÑANZA S.A. en los colegios de Montearagón y **Sansueña**.

3.- Reconocer a FOMENTO DE CENTROS DE ENSEÑANZA, S.A. el derecho al acceso a la formalización de los conciertos indebidamente denegados con todos los efectos favorables, incluido el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, a determinar en su caso en ejecución de sentencia.

4.- No hacer pronunciamiento especial sobre las costas procesales del proceso de instancia, ni sobre las causadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico