

I. ESPAÑA

EL RÉGIMEN DE LAS AUTORIZACIONES DE LOS CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA NO UNIVERSITARIA

Por
JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA
Catedrático de
Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) *Normativa aplicable.* B) *Continuidad histórica Ley General de Educación-LODE.* C) *Constitucionalidad del régimen de autorizaciones de los centros privados: el desarrollo reglamentario.* D) *Ambito territorial de vigencia del Decreto de autorizaciones de 1992: menguadas competencias normativas de las Comunidades Autónomas.*— II. EL PRINCIPIO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA: EL OTORGAMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN DE APERTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA: A) *La autorización afecta a las enseñanzas incluidas en el régimen general del sistema educativo.* B) *Autorización de centros y requisitos mínimos, un complejo inescindible.* C) *Procedimiento autorizador: el control de las instalaciones materiales y la titulación del profesorado.* D) *Dudas sobre la legalidad del régimen de silencio negativo.* E) *Conciertos educativos y autorizaciones de centros:* 1) *Necesidad de autorización definitiva del centro para concertar.* Situaciones excepcionales. 2) *Autorización y convenio o promesa de concierto en los centros de nueva creación. Las dificultades de la planificación de la enseñanza concertada.* F) *Autorización y ejercicio de facultades académicas.*—III. MODIFICACIONES DE LAS AUTORIZACIONES: A) *En especial, la ampliación de instalaciones en centros concertados. Nuevamente, sobre la inviabilidad de la planificación de la enseñanza concertada.*—IV. LA EXTINCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES: A) *El cese de la actividad.* B) *Revocación.*

I. INTRODUCCIÓN (1)

A) *Normativa aplicable*

El régimen jurídico de las autorizaciones de los centros privados (no universitarios) de enseñanza está contenido en el reciente Real Decreto 332/1992, de 3 de abril (Ar. 845), que ha de ser completado por el Real Decreto 1004/1991, de 14 de junio (Ar. 1607), sobre requisitos mínimos exigibles a dichos centros. Ambos Decretos conjuntamente desarrollan lo establecido en los artículos 14 y 23 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educa-

(1) Texto de la conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en junio de 1993, sobre *Aspectos jurídicos del sistema educativo.*

ción (en lo sucesivo, LODE) de 3 de julio de 1985. Establece el segundo de estos preceptos que la apertura y funcionamiento de los centros docentes privados de enseñanza se someterá al principio de autorización administrativa, que se concederá siempre que el centro reúna los requisitos mínimos que señala el artículo 14, debiendo revocarse cuando se dejen de cumplir los mismos. Estos requisitos, vinculados en el citado artículo 14 a la garantía de la calidad de la enseñanza, hacen referencia a la titulación académica del profesorado, relación numérica alumnos-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares.

Como no podía ser de otra manera tratándose de un derecho fundamental, la autorización administrativa previa al ejercicio de la libertad de enseñanza tiene carácter reglado, siendo los citados requisitos mínimos la medida para decidir tanto el otorgamiento como en su caso la revocación de la autorización. Estos son los principios en que se inspira nuestra legislación postconstitucional, que los Decretos citados en primer término desarrollan ampliamente. De ahí que ambos formen un bloque difícilmente escindible.

B) *Continuidad histórica Ley General de Educación-LODE*

El Real Decreto de autorización de centros de 1992 ha venido a derogar al Decreto 1855/1974, de 7 de junio, cuya vigencia se ha dilatado desde el período preconstitucional (Ley General de Educación de 1970) al postconstitucional (bajo el llamado Estatuto de Centros Escolares, aprobado por Ley Orgánica de 19 de junio de 1980, y la vigente Ley Orgánica del Derecho a la Educación ya citada) (2). Este Decreto de 1974, que ha tenido una importancia decisiva en nuestro Derecho educativo (3), desarrollaba lo previsto en el artículo 94.3 de la Ley General de Educación y financiamiento de la reforma educativa de 4 de agosto de 1970, según el cual la apertura y funcionamiento de los centros docentes no estatales estaría sometido al principio de previa autorización administrativa, «que se concederá —decía— siempre que éstos reúnan las condiciones mínimas que se establezcan con carácter general, singularmente en cuanto a instalaciones, profesorado, sistemas de enseñanzas, régimen económico y aceptación expresa de los principios enunciados en esta Ley». Añadiendo a continuación que la autorización sería revocada al dejar de reunir el centro tales condiciones.

(2) Doctrina y jurisprudencia consideraron unánimemente que el citado Decreto de 1974 estaba en vigor después de la Constitución y de la LODE, salvo, a mi juicio, en ciertos aspectos, como he puesto de manifiesto en mi libro *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Pons, Madrid, 1992, pág. 132, nota 119 (véase la jurisprudencia citada en esta nota).

Implícitamente, se refiere a este Reglamento de 1974 —entre otros— la transitoria 5.ª de la LODE cuando declara aplicables las disposiciones reglamentarias vigentes, en tanto no sean sustituidas. Sobre esto, véase la STS de 19 de julio de 1990, F. de D. 3.º.

(3) Como he tratado de demostrar en mi libro citado en nota anterior, entre otros pasajes, en págs. 128 y ss.

La cita del artículo 94.3 de la Ley General de Educación —prácticamente reproducido en la LODE— es bien ilustrativa de la profunda continuidad entre el Derecho pre y el postconstitucional en un punto central de nuestro Derecho educativo. Esta es la auténtica razón que explica también la vigencia del Decreto de 1974 hasta el año 1992. El Estatuto de Centros Escolares aprobado por Ley Orgánica de 19 de junio de 1980 mantuvo también prácticamente inalterada la redacción de la Ley de 1970, en sus artículos 33 (autorización de apertura y funcionamiento) y 12 (requisitos mínimos a los que se condiciona aquélla).

C) *Constitucionalidad del régimen de autorizaciones de los centros privados: el desarrollo reglamentario*

El control administrativo en el ejercicio del derecho fundamental «libertad de enseñanza» reviste por tanto en nuestro Derecho cierta intensidad, si se le compara con lo que sucede en otros Ordenamientos (caso del Derecho francés, en que no existe un régimen de autorización, sino de declaración de apertura del centro) (4); esta afirmación cobra un particular interés a la vista de la disposición adicional 3.^a del Decreto de autorizaciones de 1992 que establece un régimen de silencio negativo para el caso de las solicitudes no contestadas dentro de los plazos fijados en el mismo. Sobre esto volveremos más adelante. O si se compara incluso con el régimen de otros derechos fundamentales, como es el caso de la creación de partidos políticos, de acuerdo con los artículos 2 y siguientes de la Ley de 4 de diciembre de 1978, que el Tribunal Constitucional ha definido como una «verificación reglada» de su constitución (STC de 2 de febrero de 1981, FJ 5.º).

En este sentido, el Tribunal Constitucional en las dos más importantes Sentencias sobre la libertad de enseñanza —SSTC de 13 de febrero de 1981 (LOECE) y 77/1985, de 27 de junio (LODE)— no sólo no ha puesto en duda la constitucionalidad de un régimen de autorizaciones para el ejercicio de la misma (apertura y funcionamiento de centros privados de enseñanza), sino que en la Sentencia de 1981 expresamente llegó a considerar que el «ideario educativo» de los centros privados debiera someterse al mismo tiempo a autorización, cosa que la Sentencia de 1985, en los términos del Proyecto de LODE, consideró inconstitucional (5).

Dentro de esta inercia histórica que une los dos grandes textos legales (LODE y Ley General de Educación) y sus desarrollos reglamentarios hay que apuntar también la escasa regulación legal y la remisión subsiguiente

(4) Cfr. S. MONCHAMBERT, *La liberté de l'enseignement*, PUF, París, 1983, págs. 72 y ss.: una vez efectuada la declaración de apertura del centro, las autoridades administrativas competentes según el ciclo de enseñanza de que se trate (primaria, etc.), tienen un plazo para oponerse a dicha apertura basándose en motivos estrictamente tasados. Véase igualmente C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, París, 1975, págs. 403 y ss.

(5) Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad de la enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 86.

al desarrollo reglamentario. Prácticamente, la LODE autoriza al Reglamento posterior el mismo margen normativo que la Ley General de Educación de 1970, a pesar de que el artículo 53.1 de la Constitución dispone un estricto principio de legalidad según el cual sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades. Cabría esperar, de acuerdo con el citado precepto constitucional, una regulación legislativa más intensa y precisa de la autorización de centros privados de enseñanza.

Pero no ha sido así, lo que se debe sin duda al peso y a la inercia de nuestra tradición legislativa en este campo. No se olvide que la misma Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE, aunque a propósito de otros preceptos de esta Ley, ha declarado que las peculiaridades de la Ley Orgánica «en modo alguno justifican el que respecto de este tipo de fuente se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo». No hay por tanto razón para excluir el Reglamento ejecutivo en materia de derechos fundamentales, siempre que —añade el TC— tanto en la reserva de Ley orgánica como de Ley ordinaria «la remisión al Reglamento no suponga diferir a la normación del Gobierno el objeto mismo “reservado”, que es el desarrollo de un derecho fundamental en el caso que ahora consideramos. Cuando este desarrollo lo haya realizado cumplidamente el legislador, como sucede en el presente proyecto de ley orgánica, la remisión al reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional...» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14.º).

Aunque el Tribunal se refiere concretamente en este pasaje a otro precepto de la LODE (el art. 47.2), ha de entenderse aplicable exactamente igual al objeto de nuestra atención. Para el TC, los escuetos términos de los artículos 23 y 14 de la LODE, que establecen por un lado la autorización administrativa para el ejercicio de este derecho fundamental a la libertad de enseñanza, y por otro lo condicionan al cumplimiento de ciertos requisitos mínimos, cumplen la premisa del «desarrollo» suficiente del derecho fundamental a la libertad de enseñanza, por lo que no existe tacha alguna de inconstitucionalidad. Esta conclusión, a mi juicio, es explicable por las razones históricas apuntadas, pero probablemente sería deseable un establecimiento en Ley más preciso del régimen de las autorizaciones de los centros privados de enseñanza. Esta es una opinión que se deja aquí meramente apuntada.

D) *Ambito territorial de vigencia del Decreto de autorizaciones de 1992: menguadas competencias normativas de las Comunidades Autónomas*

Otra cuestión previa que debe ser analizada con el debido interés es la relativa al ámbito territorial de vigencia del Decreto de autorizaciones de centros privados de enseñanza: ¿rige en todo el territorio nacional o sólo en el ámbito territorial de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia? La disposición adicional 1.ª del citado Decreto dice a este respecto lo siguiente: «El presente Real Decreto será de aplicación en el ámbito territo-

rial de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia.» Tan rotunda afirmación, ¿significa que las Comunidades Autónomas con competencias plenas en materia educativa pueden establecer su propio régimen autorizatorio o de control de la enseñanza privada? O en otras palabras: ¿pueden estas Comunidades Autónomas, por ejemplo, disponer un régimen no de autorización, sino de declaración previa, o un régimen autorizatorio distinto al previsto en este Decreto? Esta es aparentemente la conclusión que cabría deducir de la citada disposición. Pero hay razones muy fundadas, a mi entender, para sostener que el margen de maniobra normativa de tales Comunidades Autónomas es mucho más menguado de lo que dan a entender los términos de la citada adicional 1.ª del Decreto de autorizaciones.

Es preciso ante todo no olvidar que la normativa en cuestión tendría que respetar lo establecido en el artículo 23 de la LODE: el sometimiento a previa autorización, condicionada a la existencia de requisitos mínimos y la revocación en caso de ausencia de los mismos. Pero hay además otras consideraciones que contribuyen a reducir dicho margen de desarrollo autonómico. Por una parte, el régimen de autorizaciones de centros es inescindible del de requisitos mínimos (Decreto de 1991), y en cuanto a éstos, la competencia estatal es indudable. No solamente falta en el Decreto de requisitos mínimos una disposición como la referida del Decreto de autorizaciones, sino que expresamente la adicional 1.ª.1 *in fine* de la LODE, después de atribuir a las Comunidades Autónomas su desarrollo, declara de competencia estatal «aquellas materias cuya regulación encomienda esta Ley al Gobierno». Se trata de todos aquellos supuestos en los que la LODE se remite a un posterior Reglamento ejecutivo (6). Tal es el caso de los conciertos (art. 47.2), y, en lo que aquí interesa, del artículo 14.1, según el cual «el Gobierno establecerá reglamentariamente dichos requisitos mínimos». En suma, la fijación de los requisitos mínimos es de competencia estatal, y

(6) La determinación de las competencias estatales y autonómicas en materia de educación está recogida en la adicional 1.ª de la LODE, sobre todo su apartado 2, que atribuye al Estado la ordenación general del sistema educativo, la programación general de la enseñanza, la fijación de las enseñanzas mínimas y demás condiciones relativas a los títulos académicos y, por último, la alta inspección para garantizar la correcta ejecución de las leyes y reglamentos.

La Ley de Ordenación General del Sistema Educativo de 3 de octubre de 1990, en la que se concreta aquella competencia estatal, insiste en su Exposición de Motivos en las mismas ideas en los siguientes términos:

«La igualdad de todos los españoles ante el contenido esencial del referido derecho (a la educación), la necesidad de que los estudios que conducen a la obtención de títulos académicos y profesionales de validez general se atengan a unos requisitos mínimos y preestablecidos, justifican que la formación de todos los alumnos tenga un contenido común, y para garantizarlo se atribuye al Gobierno la fijación de las enseñanzas mínimas que constituyen los aspectos básicos del currículo... La Ley encuentra su fundamento en la igualdad ante el contenido esencial del derecho a la educación...»

Se trata aquí de las enseñanzas mínimas, no de los requisitos mínimos previstos en el citado artículo 14 de la LODE, determinantes en el régimen de las autorizaciones de centros privados.

se ha llevado a cabo mediante el citado Decreto de 1991. Puesto que las autorizaciones de centros están condicionadas en lo fundamental por la existencia de dichos requisitos mínimos, resulta de aquí que las facultades normativas de las Comunidades Autónomas competentes se reducen notablemente.

Pero hay más. Como se verá posteriormente, existe una profunda imbricación entre el régimen de los centros concertados y las autorizaciones de dichos centros, según se desprende de numerosos preceptos del Decreto de autorizaciones de centros (sobre todo, arts. 9 a 12, 13.3, 16.2). El régimen de los conciertos educativos ejerce también una nada desdeñable presión sobre las autorizaciones, obviamente en el caso de centros concertados. Pues bien, no cabe duda de que la competencia normativa en materia de conciertos está atribuida al Estado, de acuerdo con el artículo ya citado 47.2 de la LODE, en relación con la adicional 1.^a, tema sobre el que se ha pronunciado el TC en la Sentencia citada 77/1985 (FJ 16.^o).

En definitiva, a pesar del tenor literal de la adicional 1.^a del Decreto de autorizaciones, parece difícil que las Comunidades Autónomas con competencia en materia educativa puedan establecer un control o intervención sobre los centros privados realmente distinto al previsto en este Decreto. No sólo porque el artículo 23 regule lo esencial de las autorizaciones —vinculante, por supuesto, para las Comunidades Autónomas en cualquier caso—, sino porque por otras vías —los requisitos mínimos o el régimen de conciertos— la legislación estatal forma un bloque difícilmente escindible y condicionador del régimen autorizador. A lo sumo, cabe la posibilidad de normas procedimentales de desarrollo del Decreto de autorizaciones por parte de las Comunidades Autónomas, pero en un plano menor (7) (8).

II. EL PRINCIPIO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA: EL OTORGAMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN DE APERTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS PRIVADOS DE ENSEÑANZA

Como queda dicho, la libertad en la creación de centros docentes que reconoce el artículo 27.6 de la Constitución está sometida en nuestro Derecho a una autorización administrativa, que recibe el nombre de autorización de «apertura y funcionamiento» (art. 23 de la LODE, que reproduce los términos del art. 94.3 de la Ley General de Educación de 1970). El uso de ambos términos —apertura y funcionamiento— pone de manifiesto que

(7) Por supuesto, nos referimos a las competencias normativas de las Comunidades Autónomas sobre las autorizaciones. No están en cuestión sus facultades ejecutivas.

(8) Podría por tanto decirse que, a pesar de que el artículo 23 de la LODE no remite a un posterior Reglamento del Gobierno de la Nación el desarrollo del régimen de autorizaciones (con lo cual, por efecto de la adicional 1.^a.1 *in fine*, la competencia estatal sería indudable), en la práctica las consecuencias son similares. De ahí que la adicional 1.^a del Decreto de autorizaciones, que consiente a las Comunidades Autónomas competentes en materia educativa un régimen autorizador distinto, no refleje la realidad de la distribución competencial en esta materia.

las condiciones exigibles para la creación (apertura) del centro lo serán también para su funcionamiento, y esto determina a la postre que, en caso de desaparecer dichas condiciones, proceda la revocación de la autorización (9). Este es en síntesis el esquema de nuestra legislación al respecto. Pero veamos más en detalle el régimen de este «principio» de autorización administrativa, como se ha dado en llamar en nuestro Derecho educativo.

A) *La autorización afecta a las enseñanzas incluidas en el régimen general del sistema educativo*

Es preciso en primer lugar determinar si todos los centros privados, cualesquiera que sean las enseñanzas impartidas, están sometidos a la previa autorización. De los artículos 23 y 24 de la LODE, modificados por la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (en lo sucesivo, LOGSE) (adicional 6.^a), se desprende lo siguiente: hay que distinguir por un lado aquellos centros que imparten enseñanzas insertas en el sistema educativo (10), o, lo que es lo mismo, enseñanzas conducentes a la obtención de un título con validez académica, que precisan en todo caso autorización administrativa de apertura y funcionamiento. A ellos se refiere el artículo 23 de la LODE. Dentro del sistema educativo el artículo 3 de la LOGSE distingue dos grandes tipos de enseñanzas: enseñanzas de régimen general (educación infantil, primaria, secundaria, formación profesional de grado superior y universitaria, única que queda excluida de la regulación legal) y enseñanzas de régimen especial (artísticas y de idiomas).

Pues bien, el Decreto 332/1992 regula únicamente las autorizaciones de los centros de régimen general (art. 1), y lo mismo debe decirse del complemento necesario de este Decreto, el ya citado de requisitos mínimos (el 1004/1991), que afecta sólo a este tipo de enseñanzas. Ha de entenderse por tanto que los centros donde se impartan enseñanzas de régimen especial (música y danza, arte dramático, artes plásticas y diseño, e idiomas), sometidas también a previa autorización administrativa, de acuerdo con el artículo 23 de la LODE, no se rigen por los Decretos mencionados.

Por el contrario, la impartición de enseñanzas al margen del sistema educativo o, dicho con las palabras de nuestro legislador, enseñanzas que no conducen a la obtención de un título con validez académica, no están sometidas a la previa autorización administrativa, sino a las normas de Derecho común, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 24 de la LODE. Más adelante nos referiremos a este entrelazamiento entre la dimensión académica de la autorización y el aspecto puramente material (instalacio-

(9) Sobre las denominadas autorizaciones de funcionamiento, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.^a ed., Cívitas, Madrid, 1990, págs. 125 y ss.

(10) El sistema educativo es el definido por los artículos 1 y ss. de la Ley del mismo nombre de 1990 (LOGSE), y comprende los ciclos y niveles señalados en el artículo 3.

nes) o de titulaciones de profesorado. Baste ahora apuntar la inexistencia de autorización administrativa en las enseñanzas no conducentes a la obtención de un título con validez académica. Ni se aplica en ellos el régimen autorizador que se desarrolla a continuación, ni por supuesto el de requisitos mínimos del Decreto de 1991, sino las normas generales de policía: ejemplo, ordenanzas municipales de uso de locales (11) (12).

Existe a pesar de todo una excepción en este segundo caso, a la que se refiere el apartado 2 del mismo artículo 24: por razones de protección a la infancia, los centros privados que acogen regularmente niños de edades correspondientes a la educación infantil quedan asimismo sometidos a autorización administrativa. Entiendo que la enseñanza impartida no es exactamente la reglada correspondiente a la educación infantil (arts. 7 a 10 de la LOGSE), porque en este caso la exigencia de autorización deriva de su carácter de enseñanza general, esto es, del principio general del artículo 23. El común denominador aquí es la edad de la educación infantil (hasta los seis años, según el citado art. 7 de la LOGSE) (13), pero ni la enseñanza impartida se rige necesariamente por los criterios del sistema educativo (arts. 7 y 8 de la LOGSE), ni tienen estos centros que contar con el personal titulado al efecto (maestros con la especialización correspondiente) que exige el artículo 10 de la LOGSE.

En resumen, esta autorización que el artículo 24.2 justifica en la protección a la infancia, debe ser separada en su contenido de la autorización del artículo 23. Estos centros están sometidos a autorización, pero no rigen ni los requisitos mínimos de instalaciones y titulación del profesorado del Decreto de 1991 ni el régimen autorizador del Decreto de 1992, objeto de este trabajo (14).

(11) Se ha producido por tanto una importante modificación en la redacción original del artículo 23 de la LODE (1985), que literalmente exigía autorización administrativa para todos los centros sin distinción.

(12) En este punto nuestro Derecho es muy similar al alemán. De acuerdo con el artículo 7 de la Ley Fundamental, los colegios o centros privados se clasifican en sustitutorios (*Ersatzschulen*) o complementarios (*Ergänzungsschulen*) de los públicos. Sólo los primeros, que reúnen características similares a los públicos y en los que se puede cumplir el deber de escolarización, están sometidos a previa autorización administrativa. La Ley Fundamental no exige, por el contrario, requisito alguno a los colegios o centros complementarios, aunque se admite que la legislación de los Estados puede establecer una declaración previa. Cfr. MAUNZ/DURIG/HERZOG, *GrundgesetzKommentar* (comentario al art. 7, número marginal 83-84); así como el *GrundgesetzKommentar*, dirigido por I. V. MUNCH, I, 2.ª ed., Beck, Munich, 1981, págs. 362 y ss.

(13) Por eso el citado artículo 24.2 habla de «centros privados que acogen de modo regular a niños de edades correspondientes a la educación infantil».

(14) Estimo que, a pesar de la duda que suscita el artículo 24.2 al referirse al principio de autorización administrativa del artículo 23, es ésta la interpretación más sistemática. En efecto, tanto el Decreto de autorizaciones como el de requisitos mínimos limitan su vigencia a los centros que impartan enseñanzas de régimen general, remitiéndose expresamente la exposición de motivos del Decreto de requisitos mínimos al artículo 23 de la LODE. En ningún caso se mencionan los centros a los que se refiere el artículo 24.2, y en definitiva hay que entender que no le son aplicables tales disposiciones.

B) *Autorización de centros y requisitos mínimos, un complejo inescindible*

La autorización de apertura y funcionamiento de los centros es por supuesto reglada, debiendo la Administración limitarse al examen de los repetidamente citados requisitos mínimos previstos en el Decreto 1004/1991. Ambas normas, el Decreto de autorizaciones y de requisitos mínimos, forman un complejo inescindible, de tal manera que puede afirmarse que el primero es la forma y el segundo el contenido del régimen autorizador de los centros privados de enseñanza de régimen general. Esto se observa no sólo en los artículos de la LODE ya referidos (14 y 23), sino en las remisiones recíprocas de los dos Decretos: los artículos preliminares del Decreto de requisitos mínimos constituyen un recordatorio del régimen de autorizaciones, y por su parte el Decreto de autorizaciones condiciona todo su régimen al cumplimiento de los citados requisitos mínimos: el otorgamiento de la autorización (arts. 1.3, 6.1, 6.3, 7.3); así como la revocación de la misma, cuando dejen de cumplirse algunos de estos requisitos según el artículo 17.1 (15).

Estos requisitos mínimos incluyen exigencias de diverso tipo en función del nivel educativo (educación infantil, primaria, secundaria y formación profesional de grado superior), que comprenden tres grandes capítulos: los referidos a instalaciones y condiciones materiales; los relativos al número máximo de alumnos por unidad escolar; los relativos a la titulación (maestros, licenciados —o ingenieros o arquitectos—; en su caso, con la especialidad correspondiente) (16).

(15) La autorización administrativa del centro no puede extenderse en consecuencia al control del ideario o carácter propio del mismo, que puede establecer el titular de acuerdo con el artículo 22.

En la STC de 13 de febrero de 1981 (LOECE), FJ 8, el Tribunal estimó que el establecimiento de un ideario debía someterse a autorización junto con la apertura y funcionamiento del centro, por formar con aquéllos parte del acto de su creación. Esta tesis fue asimismo recogida por la doctrina: cfr. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 325 y ss.

De acuerdo con ello, el Proyecto de LODE incluía en la autorización el control del carácter propio del centro, referido tanto a la adecuación del centro al artículo 27 de la CE en general como a la articulación entre los distintos miembros de la comunidad escolar. Sin embargo, con buen criterio, el TC, entendiendo que tal control nunca sería reglado, estimó inconstitucional la citada disposición (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 10). El legislador, por su parte, ha rehusado imponer cualquier otra fórmula de control administrativo del carácter propio del centro, por lo que, como decía el TC en la citada Sentencia 77/1985, de producirse alguna contradicción entre el artículo 27 de la CE y el carácter propio del centro, tanto la Administración como los particulares tienen la vía abierta de los Tribunales de justicia.

(16) En unas extensas disposiciones transitorias el Decreto integra con carácter provisional aquellos centros que no reúnen los requisitos mínimos, dándoles un plazo al efecto para su adecuación a la nueva normativa, en lo referente a las instalaciones. Lo mismo rige en cuanto a las titulaciones del Profesorado (transitoria 8.ª).

C) *Procedimiento autorizatorio: el control de las instalaciones materiales y la titulación del profesorado*

Esta doble exigencia de requisitos mínimos, en cuanto a las instalaciones materiales y en cuanto a la titulación del profesorado, se refleja en el mismo procedimiento del otorgamiento de la autorización de apertura y funcionamiento del centro. En efecto, el procedimiento se divide en dos fases claramente diferenciadas a tenor de los artículos 5 a 8 del Decreto 332/1992. En una primera fase, la solicitud inicial de apertura irá acompañada de un «proyecto de obras» (art. 5.3), que debe ajustarse a los requisitos mínimos de las edificaciones e instalaciones materiales. Esta primera fase concluye con la «resolución» de la Dirección General de Centros Escolares «sobre la adecuación de las edificaciones propuestas a los requisitos mínimos que, en cuanto a instalaciones, señala la legislación vigente para las distintas enseñanzas» (art. 6.1). Esta decisión es recurrible en vía administrativa, antes de acudir a la vía judicial.

En una segunda fase, «realizadas en su caso las obras necesarias», como dice el artículo 7.1, el interesado instará la autorización definitiva, acompañando además de los datos anteriores la «relación del personal de que dispondrá el centro desde el momento del inicio de su actividad, con indicación de sus titulaciones respectivas» (art. 7.1). Previos los trámites oportunos de vista y audiencia, la autorización será definitivamente otorgada por Resolución del Ministerio de Educación y Ciencia, siempre que se reúnan los requisitos mínimos, como se cuida de añadir el mismo precepto en su apartado 3 (17). La denegación, por supuesto, habrá de ser motivada (18).

(17) Hay que observar sin embargo que, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 6, si las obras han sido realizadas con arreglo al proyecto aprobado, no puede posteriormente ser denegada la autorización por incumplimiento de los requisitos mínimos de las instalaciones (actos propios de la Administración).

(18) Este procedimiento tiene evidentes similitudes con el establecido en el Decreto citado de 7 de junio de 1974, que también se desdoblaba en dos: una previa autorización y una fase de autorización definitiva. Pero los términos no deben llevar a engaños: en la autorización previa se decidía si el proyecto de Centro encajaba en la planificación, que englobaba todo tipo de centros (los públicos, como los privados sin excepción). (Sobre esto, cfr. mi *Conciertos educativos*, cit., págs. 128 y ss.) En buena medida, esto hoy se mantiene para los Centros concertados, como tendremos ocasión de analizar seguidamente a propósito de las especialidades del procedimiento autorizatorio para los centros que deseen concertar en el futuro.

En la autorización definitiva del Decreto de 1974 se englobaban —aquí sí de forma muy similar— las dos fases de la autorización del Decreto de 1992: en un primer momento se autorizaban las obras; una vez ejecutadas éstas, se procedía a otorgar definitivamente la autorización (arts. 6 y ss. del Decreto de 1974).

D) *Dudas sobre la legalidad del régimen de silencio negativo*

Dentro del procedimiento autorizatorio es preciso considerar asimismo lo establecido en la disposición adicional 3.^a a propósito del silencio administrativo. Dice lo siguiente:

«Si en los procedimientos regulados por este Real Decreto no recayera resolución expresa en los plazos señalados en cada caso se podrán entender desestimadas las solicitudes que los iniciaron.»

Conviene advertir en primer lugar que la expresión utilizada «se podrán entender desestimadas» —la misma utilizará la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común de 26 de noviembre de 1992, en su art. 42, 2. y 3.— sólo puede ser interpretada como un régimen de silencio negativo.

Ahora bien, sorprende que la autorización de centros esté sometida a este régimen por varias razones. Primero, porque es más desfavorable que el régimen autorizatorio del Decreto de 1974, que expresamente preveía el silencio positivo tanto en la autorización previa como en la definitiva (arts. 5.8 y 7.1). El silencio positivo parece lo más congruente con el ejercicio de un derecho fundamental, como la creación de centros de enseñanza (19). Esto se ve reforzado tras la aprobación de la Ley de 26 de noviembre de 1992, cuyo artículo 43 parte justamente del principio del silencio positivo (20). Tratándose del ejercicio de un derecho fundamental, y puesto que obviamente la autorización habilita para el ejercicio de un derecho preexistente del particular, entiendo que el Decreto 332/1992 ha sido derogado por la Ley referida del procedimiento administrativo común.

(19) El mismo comentario hacía con razón EMBID IRUJO, *Las libertades*, cit., pág. 334, nota 64: «Tanto en la previa autorización como en la autorización definitiva están previstos sistemas de silencio administrativo positivo para el caso de falta de contestación de la Administración. Ello es congruente con el carácter de "derecho" que tiene la creación de centros.»

(20) Tanto en las solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresa o centros de trabajo, como en las solicitudes cuya estimación «habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes», salvo que se trate de actos relativos al dominio o servicio público, y cuando no se establezca expresamente el silencio negativo.

La nueva regulación del silencio administrativo en la Ley del procedimiento administrativo común ha sido objeto de fuertes críticas en la doctrina. Véase al respecto el comentario que hace Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. I. Parte General*, 5.^a ed., Pons, Madrid, 1993, págs. 117 y ss. Por el contrario, la nueva regulación merece un «juicio global positivo» a GARRIDO FALLA, F. / FERNANDEZ PASTRANA, J. M.³, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 187.

E) *Conciertos educativos y autorizaciones de centros*

- 1) *Necesidad de autorización definitiva del centro para concertar. Situaciones excepcionales.*

El régimen de las autorizaciones de centros privados ha de tener forzosamente presente el régimen de los conciertos educativos. Se trata en principio de dos actos distintos, dirigidos el primero a permitir el ejercicio de un derecho fundamental (la autorización de los centros), y el segundo a ayudar o subvencionar a los centros privados en cumplimiento del mandato contenido en el apartado 9 del artículo 27 de la Constitución, a través del cual se garantiza genéricamente (sin perjuicio de su concreción en la legislación al respecto) la existencia y el mantenimiento de la enseñanza privada (21). En este sentido sería inconstitucional el entrecruzamiento de ambos, al estilo de lo que establecía el Decreto de autorizaciones repetidamente citado de 1974: según su artículo 15.1.d), el incumplimiento de las condiciones de la ayuda (hoy, concierto) provocaba no sólo la revocación de aquélla, sino también de la autorización del centro (22).

Ahora bien, descartado lo anterior, es evidente la necesidad de armonizar y cohesionar ambos actos (autorización y concierto) de una forma coherente. El punto de partida no puede ser otro que la existencia de la autorización administrativa del centro, para que éste pueda a continuación solicitar el concierto o subvención. Y, por supuesto, debe tratarse de la autorización definitiva (de apertura y funcionamiento) del centro. Así lo disponen el artículo 5.1 del Reglamento de Conciertos, así como su disposición adicional 1.^a (23) (24).

Sin embargo, por razones excepcionales el Decreto de conciertos educativos en su disposición adicional 1.^a.2 permite a la Administración celebrar conciertos con centros que sólo cuenten con clasificación provisional o autorización excepcional y transitoria, pero «atiendan necesidades urgentes de escolarización que no puedan ser satisfechas de otro modo». El plazo de estos conciertos era de tres años, que fue reducido a un año (prorrogable) por el Real Decreto 139/1989, de 11 de febrero, siempre que sub-

(21) Sobre esto, cfr. mi *Conciertos educativos*, cit., págs. 53 y ss.

(22) Al tema me he referido en mi *Conciertos*, cit., pág. 132, nota 119, con la jurisprudencia que se cita.

(23) «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...»

(24) Véase mi *Conciertos*, cit., pág. 81, nota 7: con carácter general el concierto debe ir precedido de la autorización definitiva del centro.

La jurisprudencia es unánime al respecto: véase la señalada en la misma nota (la autorización o clasificación definitiva son exigencia ineludible para concertar o renovar el concierto.) Otras Sentencias del Tribunal Supremo insisten en lo mismo: STS de 19 de julio de 1990, F. de D. 3.º, *in fine*: «En conclusión, no parece que pueda ponerse en duda que para acceder a un concierto educativo lo primero que es preciso es que el centro privado de que se trate esté debidamente autorizado»; o las de 30 de mayo de 1990 (Ar. 5086), F. de D. 4.º; de 24 de mayo de 1990 (Ar. 5432), y de 11 de julio de 1990 (Ar. 6592).

sistan las necesidades de escolarización que motivaron el concierto (y cabe también el concierto si dentro de ese plazo el centro obtiene la autorización o clasificación definitivas) (25) (26).

2) *Autorización y convenio o promesa de concierto en los centros de nueva creación. Las dificultades de la planificación de la enseñanza concertada.*

Pero hay todavía otra situación en la que el régimen de autorizaciones y el de conciertos se entrecruzan. El punto de partida, como se ha dicho, es que el centro cuente con la autorización, pudiendo a continuación solicitar el concierto. Pero la LODE, en su adicional 5.ª, establece también la posibilidad para los centros de nueva creación de instar al mismo tiempo la autorización de apertura y funcionamiento y el concierto, que, puesto que el centro está todavía en fase de proyecto, se traduce en un convenio entre Administración y titular por el que la Administración se compromete, en su caso, a concertar en el futuro.

(25) Cfr. mi *Conciertos educativos*, cit., págs. 81 y ss. Véase sobre el particular la STS ya citada de 19 de julio de 1990.

En la STS de 24 de mayo de 1990 (Ar. 5432), F. de D. 3.º, aludiendo a la adicional 1.ª 2 del Reglamento de Conciertos, señala lo siguiente: «Conforme a la LODE es inexcusable para que un centro de enseñanza funcione y pueda acogerse al régimen de conciertos en su caso, la autorización expresa y formal de la Administración... Quedan atrás las autorizaciones provisionales, condicionadas o tácitas.»

Ciertamente, la situación de la adicional citada es a extinguir, pero no hay que darla por concluida enteramente, siempre que haya centros que atiendan a necesidades urgentes de escolarización que no pueden ser satisfechas más que gracias a centros que sólo cuentan con autorización excepcional o transitoria o clasificación provisional (Decreto citado de 10 de febrero de 1989). Hay que tener en cuenta que estos conciertos se otorgan por el plazo de un año, pero pueden ser prorrogados anualmente, siempre que se mantenga la susodicha situación.

(26) La clasificación de los centros tiene dos sentidos en nuestro Derecho educativo. Según el primero, al que aludiremos más adelante, los centros privados podían ser clasificados en libres, habilitados y homologados, en función de que se les concedieran facultades académicas (realización de pruebas y exámenes con validez académica) o no. A esto se refería sobre todo el artículo 95 de la Ley General de Educación.

Pero el término clasificación (provisional o definitiva) tiene otro sentido, que arranca de la transitoria 3.ª de la Ley General de Educación: se trataba de clasificar los centros existentes según los distintos niveles de enseñanza (Preescolar, EGB, Bachillerato), y en atención a las condiciones mínimas o materiales que debían reunir. La clasificación era provisional cuando no reunían tales condiciones y, por consiguiente, se imponía la transformación del centro; y era definitiva, cuando se reunían tales condiciones materiales. Se trataba en definitiva de la adecuación de los centros a las condiciones exigibles en los distintos niveles de enseñanza. En las disposiciones transitorias del Decreto de requisitos mínimos, 1004/1991, se lleva a cabo una operación similar; véase sobre todo la transitoria 5.ª.

Por tanto, la clasificación no debe ser entendida como un acto distinto de la autorización de los centros; forma parte del mismo, y obedece a las razones indicadas de adecuación de los centros a las exigencias de orden material contenidas en la normativa de condiciones o requisitos mínimos. El Decreto de autorizaciones de 1992 prescinde de la clasificación con toda lógica: no hay más que un acto de autorización, que permite impartir enseñanza en los niveles correspondientes, en función de los requisitos mínimos repetidamente aludidos.

El Decreto 332/1992 establece ciertas disposiciones especiales para la autorización de estos centros que deseen acceder al régimen de conciertos en el Título III. El engarce entre los centros de nueva creación y el régimen de conciertos procede de la citada adicional 5.ª de la LODE, desarrollada por los artículos 28 y siguientes del Reglamento de Conciertos Educativos aprobado por el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre. Al tema me he referido en mi *Conciertos educativos*, y se halla conectado con la planificación de los centros concertados (aunque tanto en la LODE como en el Reglamento de Conciertos esto no se estableciese de forma expresa).

En concreto, se prevé la solicitud conjunta de la autorización de apertura y funcionamiento, y del concierto. Puesto que el centro es todavía un proyecto, se suscribe un convenio entre la Administración y el titular del futuro centro, en cuya virtud la Administración se compromete a concertar posteriormente. Por esta razón, he sostenido que este convenio debe configurarse como una promesa de concierto futuro. En el caso de que los centros de nueva creación no soliciten el concierto en este momento, sólo podrán instarlo cinco años después de la autorización del centro (27).

Aunque ni la LODE ni el Reglamento de Conciertos lo dicen expresamente, es evidente que la conjunción de ambos procedimientos tiene por finalidad introducir un elemento planificador de los centros concertados (de nueva creación). Y así, si la Administración no suscribe el convenio o promesa de concierto, queda claro que el particular asume el riesgo de construir un centro que al menos en la fase inicial (cinco años) no será concertado. Se trata por tanto de una medida disuasoria de la construcción de centros que escapen a la planificación administrativa. Esta interpretación, que he sostenido en el libro citado en nota, se ve confirmada por la regulación que —ahora ya abiertamente— establece el Decreto de autorizaciones en los artículos 9 a 12. Además de recordar lo esencial de la regulación del Decreto de conciertos, que hemos resumido, dispone que el convenio (con el centro en proyecto) sólo se suscribirá cuando concurren las siguientes circunstancias: que el centro satisfaga necesidades de escolarización de la zona; que vaya a atender a poblaciones socioeconómicamente desfavorecidas; o que proponga la realización de alguna experiencia pedagógica. Se trata en definitiva de los mismos criterios que según el Decreto de conciertos, artículo 21, deben regir la suscripción del concierto con los centros ya autorizados (y por tanto en funcionamiento).

El convenio con los centros de nueva creación sirve por tanto de vía para imponer una planificación puramente cuantitativa o geográfica de los centros concertados, pues el referido criterio de las necesidades de escolarización en ese momento (fase de proyecto) no puede tener otro valor. Entiendo que una tal zonificación o planificación geográfica y cuantitativa de los centros concertados es difícilmente conciliable con la libertad de elección de centro docente.

Un centro satisface «necesidades de escolarización» cuando resulta que efectivamente a él acuden los alumnos. En esta visión cualitativa del con-

(27) Cfr. mi *Conciertos educativos*, cit., págs. 132 y ss.

cepto necesidades de escolarización (por utilizar la expresiva terminología del Derecho francés) lo que prima es la elección de centro, lo que equivale a decir, un criterio favorecedor de la libertad de enseñanza. Nuestro Derecho, por el contrario, parece anclado en esa concepción puramente geográfica o cuantitativa que viene a concebir en último extremo la enseñanza concertada como una pura continuación o sustitución de la enseñanza pública, desvirtuando su carácter privado. La idea —en principio absurda— de concertar o convenir con centros que están en fase de proyecto es la manifestación más rotunda de esta concepción puramente geográfica, y planificadora de la enseñanza concertada, en nuestro Derecho (28).

F) *Autorización y ejercicio de facultades académicas*

La autorización de apertura y funcionamiento de centros privados de enseñanza permite el ejercicio de un derecho fundamental. Pero la autorización, valga la redundancia, autoriza algo más que esto. Lleva consigo el ejercicio de facultades académicas, esto es, la realización de pruebas y exámenes con validez académica, que es algo completamente distinto de lo anterior. Sería posible, en efecto, que el control del rendimiento escolar fuera público, a cargo de profesores de los centros estatales o incluso de tribunales mixtos, o con la existencia de pruebas públicas al final de cada ciclo. Sin embargo, nuestro Derecho ha optado por entregar junto con la autorización de apertura y funcionamiento de los centros el pleno ejercicio del control académico del alumno. Así lo dispone el artículo 23 de la LODE en la redacción dada por la adicional 6.^a de la LOGSE: «Estos centros (los autorizados) gozarán de plenas facultades académicas», expresión que se repite en el artículo 1.3 del Decreto de autorizaciones, 332/1992.

Merece la pena señalar la evolución de nuestro Derecho educativo hasta llegar a este resultado, cuyas consecuencias sobre el funcionamiento del entero sistema son de gran envergadura (29). La realización de exámenes y pruebas bajo estricto control público se ha abandonado en nuestro Derecho educativo, debiendo trazarse a este respecto una línea divisoria en la Ley General de Educación de 1970. Antes de dicha Ley el control público era muy intenso. Así, en virtud de la Ley de Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953, los centros privados se clasificaban en dos tipos: autorizados o reconocidos, clasificación justificada a efectos de la realización de pruebas y exámenes (arts. 32 y 86 y ss.). En los colegios autorizados, los alumnos realizaban los exámenes y pruebas de grado elemental y superior

(28) Cfr. al respecto mi *Conciertos educativos*, cit., págs. 149 y ss. Como he señalado en este libro, es de justicia añadir que la jurisprudencia ha procurado sin embargo interpretar la LODE y su legislación de desarrollo desde un prisma más favorable a la elección de centro. Véanse págs. 156 y ss.

(29) Al tema me he referido con cierta amplitud en mi *Conciertos educativos*, cit., págs. 91 y ss., nota 25.

ante Tribunales de composición pública predominante; los alumnos de colegios reconocidos, ante el profesorado del propio centro (30).

La Ley General de Educación de 1970 redujo de forma notable el control público del rendimiento escolar. De sus artículos 94.3 y 95 (que fueron asumidos por la Ley de Centros Escolares de 1980 y, más tarde, por la LODE, hasta la reforma de ésta por la LOGSE), se desprende lo siguiente: en el nivel obligatorio de la enseñanza (básica) junto con la autorización del centro se ceden las facultades académicas. Mientras que en el nivel no obligatorio, los centros se clasifican en los siguientes tipos: libres, habilitados y homologados. Sólo en estos últimos se ha producido dicha cesión a través de un acto expreso y distinto de la autorización (la homologación), con la consecuencia de que la evaluación de los alumnos corresponde al profesorado del propio centro. En los habilitados, el control del rendimiento escolar corresponde a un Tribunal mixto; y en los centros libres, los alumnos habrán de ser evaluados en centros estatales (art. 95, en relación con el 28, de la Ley General de Educación de 1970). La inserción del centro en uno de estos tres grupos recibe el nombre de «clasificación», prevista en el artículo 95.2 de la misma Ley (31). Sólo los centros clasificados como homologados tenían facultades académicas.

La disposición adicional 6.^a de la LOGSE, que modifica el artículo 23 de la LODE, lleva hasta el final el proceso iniciado en 1970, al establecer que los centros autorizados de cualquier nivel (obligatorio o no) gozan de plenas facultades académicas. La distinción a partir de esta Ley es por tanto la siguiente: centros que imparten enseñanzas conducentes a la obtención de un título académico (enseñanzas del sistema educativo o regladas) precisan autorización administrativa, a la que se vincula automáticamente la concesión de facultades académicas; centros cuyas enseñanzas no sean conducentes a un título académico (enseñanzas no regladas) no precisan autorización administrativa, como se ha expuesto *supra*, ni por supuesto tiene sentido aquella cesión de facultades académicas.

En concordancia con lo anterior, los antiguos centros homologados pasan a ser considerados automáticamente autorizados a secas, pues a partir de la LOGSE (en su reforma citada de la LODE) todos los centros de enseñanzas regladas gozarán de plenas facultades académicas al serles

(30) En Alemania el sistema es muy similar a éste. La figura jurídica central al respecto es el *Anerkennung* (reconocimiento), que habilita al colegio privado para emitir certificaciones de pruebas, exámenes, etc., con efecto jurídico externo. Sin este reconocimiento los alumnos tienen que realizar los exámenes ante una comisión estatal en una escuela pública.

En el Derecho francés, el tradicional *monopole de la collation des grades* es la base jurídica para controlar tanto los títulos, diplomas y grados, como los exámenes conducentes a los mismos. Este control ha sido aligerado desde las Leyes de 12 de noviembre de 1968 y 12 de julio de 1971, pero sigue constituyendo la pieza básica de un control uniforme de la calidad de la enseñanza en todo el sistema educativo.

Más ampliamente sobre esto, en mi *Conciertos educativos*, cit., nota anterior.

(31) Recuérdese lo dicho anteriormente sobre el doble sentido de este término «clasificación». Aquí nos referimos a sus connotaciones académicas.

otorgada la autorización, careciendo ya de sentido la homologación posterior (32).

El ejercicio de estas facultades académicas por los centros puede ser considerado o bien como un supuesto de privatización (esto es, se trataría de facultades propias y privativas de los colegios, y no de funciones públicas), o como el ejercicio de funciones públicas por delegación producida *ope legis* al mismo tiempo que la autorización administrativa. Entiendo que la segunda interpretación es la más adecuada desde un punto de vista jurídico-formal; pero no se puede negar que la generalización del ejercicio de facultades académicas por los centros autorizados supone en la práctica acercarse a la otra tesis (33). Pienso sin embargo, como señalaba en el libro repetidamente citado, que la renuncia por el Estado español a un control de calidad uniforme de la enseñanza, que se traduce en el plano jurídico en la cesión indiscriminada de facultades académicas —completada en la LOGSE—, constituye un grave error histórico, y contrasta por otra parte con el afán decididamente intervencionista en el funcionamiento de la enseñanza privada concertada.

III. MODIFICACIONES DE LAS AUTORIZACIONES

En los Títulos IV y V del Decreto de autorizaciones se regula el régimen de modificaciones y su extinción. En cuanto a las modificaciones, el artículo 13.1 establece una serie de supuestos que dan lugar a dicha modificación, debiendo ser acordada por la misma autoridad a la que compete el otorgamiento de la autorización. Los supuestos son muy variados, desde el cambio de denominación del centro, la ampliación o reducción de unidades escolares, etc. Por las razones que se indicarán, nos vamos a detener singularmente en la modificación de las instalaciones. Por el contrario, considera el Decreto que dan lugar a solicitar una nueva autorización los dos supuestos previstos en el artículo 13.2: cambio de domicilio del centro, y cambio en el ciclo, etapa o nivel educativo para el que fue autorizado el centro.

(32) Así lo dispone la adicional 8.ª de la LOGSE: adquirirán automáticamente la condición de centros autorizados (con plenas facultades académicas) los centros clasificados como homologados, fijando a continuación las enseñanzas que pueden impartir (adecuando los niveles anteriores a los nuevos de la LOGSE). Idem, las transitorias 2.ª y 3.ª del Decreto de requisitos mínimos.

Por el contrario, los centros clasificados como libres o habilitados antes de la LOGSE, deben ser transformados en homologados (y, por tanto, con plenas facultades académicas) en el plazo de cinco años; realizando las adaptaciones o reformas para adecuarse a los requisitos mínimos (si lo hacen a partir del Decreto de requisitos mínimos del año 1991) o a la normativa de condiciones mínimas anterior a la LOGSE. De no realizar dichas transformaciones en el plazo fijado en la Ley, perderán su condición de centros autorizados, todo ello de acuerdo con la transitoria 1.ª.1 y 6 de la LOGSE.

(33) Véase la STS de 31 de octubre de 1988, que a mi juicio se inserta en la concepción del ejercicio de facultades académicas por los centros como una delegación *ope legis* (susceptible por tanto de control administrativo y judicial) (véase mi *Conciertos educativos*, cit., pág. 92, en nota).

- A) *En especial, la ampliación de instalaciones en centros concertados. Nuevamente, sobre la inviabilidad de la planificación de la enseñanza concertada*

Debemos detenernos en la modificación de las instalaciones (complementaria de la ampliación o reducción de unidades) por las consecuencias que puede tener sobre el régimen de concertados. En efecto, las modificaciones de la autorización deben guiarse por las mismas pautas que rigen el otorgamiento de la autorización, esto es, el cumplimiento de los requisitos mínimos, como se ha señalado con reiteración. Por tanto, si un centro privado desea ampliar sus instalaciones, con independencia del control urbanístico, la modificación de la autorización ha de ser otorgada con carácter reglado, siempre que cumpla los requisitos mínimos del Decreto de 1991. Nada hay desde luego en la letra del Decreto de autorizaciones de 1992 que se oponga a lo que acabamos de decir.

En la práctica administrativa, sin embargo, se advierte una concepción muy distinta, cuando se trata de la ampliación de instalaciones de centros concertados. La Administración tiende a denegar la ampliación, no por las razones específicas del Decreto de autorizaciones (requisitos mínimos), sino para impedir en el futuro que el centro pueda acogerse al régimen de concertados. El problema se ha planteado en toda su crudeza en la muy interesante Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 1992, que resuelve a mi entender correctamente el conflicto. El Ministerio de Educación y Ciencia había denegado la ampliación de tres nuevas unidades de Educación General Básica a un colegio en funcionamiento. La denegación se justifica en considerar suficientemente cubierta la demanda de puestos escolares con los centros públicos y concertados existentes, impidiendo así la expansión del centro para eludir en un momento posterior la reclamación o solicitud de la ampliación del concierto. El Tribunal anula el acto recurrido por atacar frontalmente la libertad de enseñanza, entendiendo que la ampliación de unidades es una cuestión al margen de la posterior ampliación (o no) del concierto a tales unidades. Esto le lleva a la conclusión de que es posible que en el mismo centro coexistan unidades concertadas y no concertadas, lo que coincide, según esta Sentencia, con la doctrina del Tribunal Supremo.

Pues bien, a mi juicio, la doctrina que se plasma en esta Sentencia es la única vía para resolver el conflicto de la ampliación de unidades en los centros concertados. De aceptarse la tesis de la Administración, la libre creación de centros resultaría muy gravemente mutilada. En realidad, supondría que sólo en el ámbito de la enseñanza privada no concertada existiría tal libertad, y de forma menguada, o de acuerdo con el criterio de la Administración, en la enseñanza concertada. Pero esta interpretación es constitucionalmente inviable. La Constitución exige en efecto separar los dos planos, el de la creación de centros (y su ampliación o modificación), plano en el que todos los centros privados deben medirse por el mismo ra-

sero; el otro plano es el del concierto o subvención. Pero no pueden solaparse ambos, como sucedía en buena medida en la legislación preconstitucional (antes hemos hecho alusión a lo que establecía al respecto el Decreto de autorizaciones de 1974, que permitía revocar la autorización cuando se había incumplido la subvención, o concierto en nuestra terminología actual). Y este solapamiento es el que se provoca cuando la Administración deniega la ampliación de unidades de un centro, por razones que atañen al régimen de conciertos. Si en el futuro esas unidades no pueden ser concertadas, porque no reúnen los requisitos del régimen de conciertos, se mantendrán en régimen no concertado.

Ciertamente, desde el punto de vista de la gestión administrativa, e incluso de la gestión de los centros, esta solución presenta ciertos inconvenientes, pero es la única forma de resolver de forma constitucionalmente válida este conflicto. Es más, la aludida práctica administrativa —que, repetimos, no se plasma expresamente en el Decreto de autorizaciones— no es ni mucho menos ajena a la concepción global del régimen de conciertos educativos, entendido como una continuación de la enseñanza pública. Como he tratado de demostrar (34), el concepto de servicio público sirve de fundamento a esa expansión del régimen de la enseñanza pública a la enseñanza concertada, lo que se manifiesta sobre todo en la planificación o programación conjunta de ambas.

Esto se aprecia en los convenios con los centros de nueva creación, a que antes se ha aludido; y también en este punto: la LODE, aunque procura no decirlo de manera frontal, se basa en la planificación de la enseñanza pública y concertada, de tal manera que sólo los centros concertados que encajen en las previsiones de la Administración, pueden acceder al concierto. Esa es la razón por la que en los aludidos convenios, un centro (que todavía es un mero proyecto, y del que se desconoce absolutamente por tanto su rendimiento) entra desde el primer momento en la vía del concierto. La razón es obvia: porque encaja en la planificación o zonificación geográfica establecida por la Administración.

De la misma manera la ampliación de unidades de un centro concertado rompe las previsiones administrativas si la Administración considera que están suficientemente cubiertas las necesidades de la enseñanza pública y concertada. Pero de esta forma se mutila, como he señalado, la libre creación de centros, y —lo que es peor— se desequilibra el sistema porque la libre elección de centro prácticamente no juega ningún papel (o muy secundario). Dicho con otras palabras, en un sistema de subvenciones (conciertos) que desee realmente favorecer la elección de centro (exigencia constitucional), la decisión administrativa de concertar debe ser subsiguiente a aquella libre decisión; la Administración debe concertar con aquellos centros que efectivamente satisfagan necesidades de escolarización, lo cual se demuestra sólo por la presencia de alumnos.

Pero nuestro sistema, en sus fundamentos, está construido al revés: se

(34) Permítaseme una nueva remisión a mi libro *Conciertos educativos*, en especial págs. 87 y ss.

planifican los centros públicos y concertados conjuntamente, y dentro de esa oferta, tiene que encajar la elección de centro. De ahí que el concepto «necesidades de escolarización» sea al fin y a la postre interpretado en nuestro Derecho (por la Administración, con resistencias de los Tribunales de justicia) de forma puramente cuantitativa, y no cualitativa, por utilizar la terminología francesa, que refleja bastante bien esta situación. Esto tiene su origen en la Ley General de Educación y en su legislación de desarrollo (particularmente, en el citado Decreto de autorizaciones de 1974), que la LODE (y su legislación reglamentaria) no ha hecho más que intensificar. Buena parte de los numerosos conflictos que está planteando ante los Tribunales la aplicación del Derecho educativo que arranca de la LODE tiene su origen aquí, y sólo se resolverá cuando, en una interpretación ajustada a la Constitución, se entienda que el Estado puede y debe programar la enseñanza pública (planificación de centros y necesidades educativos), pero de ninguna manera la enseñanza privada, sea o no concertada. El concierto debe seguir a la elección de los padres, y no viceversa.

IV. LA EXTINCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES

A) *El cese de la actividad*

En el Título V regula el Decreto 332/1992 la extinción de las autorizaciones, dentro de la cual se incluyen dos supuestos: el cese de la actividad, que se declarará de oficio o a instancia del titular del centro, cuando éste haya cesado de hecho en sus actividades, como dice el artículo 16.1. Tratándose de un cese de actividades a instancia del titular del centro, equivalente a la renuncia a la autorización, es preciso tener en cuenta que surtirá efectos desde el inicio del curso siguiente, para reducir el posible perjuicio al alumnado.

Existe una norma especial para estos casos cuando se trata de un centro concertado: según el artículo 16.2, no procede la extinción de la autorización a instancia del titular del centro hasta la fecha de extinción del concierto, salvo acuerdo entre la Administración y el titular. En otras palabras, en el caso de los centros concertados, éstos deben agotar el plazo del concierto (cuatro años, en el supuesto normal). A mi juicio, este precepto corrobora la interpretación de que el concierto tiene carácter contractual, por lo que el centro concertado no puede renunciar libremente al mismo, sino que está obligado a respetar el plazo establecido, salvo acuerdo contrario de la Administración. Normalmente, pues, si no existe otro centro público o concertado donde escolarizar a los alumnos afectados, lo procedente es exigir al concertado que desea renunciar el agotamiento del plazo (35).

(35) Al tema me he referido incidentalmente en mi *Conciertos educativos*, cit., pág. 138, nota 132: el carácter contractual del concierto implica la obligación de agotar el plazo de vencimiento, que se deducía ya del artículo 49 del Reglamento de Conciertos, aunque no con la rotundidad del artículo 16.2 del Decreto de autorizaciones. Sobre esto, y en ge-

B) *Revocación*

La otra causa de extinción de la autorización es la revocación, que procede en dos casos: por dejar de reunir alguno de los requisitos mínimos (Decreto 1004/1991) —art. 17.1—, bastando que se incumpla cualquiera de ellos; o por no impartir las enseñanzas para las que el centro fue autorizado —art. 19.2—. Se trata en ambos casos de un procedimiento sancionatorio (por incumplimiento del particular), cuya mayor singularidad radica en que se prevé la subsanación de deficiencias advertidas por la Administración, tanto en el incumplimiento de los requisitos mínimos (art. 17.2) como en el de las enseñanzas autorizadas (art. 19.2). Puesto que las consecuencias de cualquier incumplimiento tienen un efecto tan drástico, al menos el período de subsanación de deficiencias sirve para que el titular del centro, en el plazo dado al efecto, pueda corregirlas (36).

Se echa en falta en el Real Decreto de autorizaciones un régimen sancionatorio con su característico gradualismo de infracciones y sanciones. Esta carencia tiene un origen histórico: la Ley General de Educación de

neral, sobre los conciertos en el contexto del art. 27 de la Constitución, puede consultarse la tesis doctoral de Isabel DE LOS MOZOS (Leida en 1993), de próxima publicación (*La educación en libertad y el concierto escolar*).

En general, las subvenciones deben ser consideradas resoluciones administrativas, lo que se advierte precisamente en la libre renuncia del particular a la subvención, previa devolución de los beneficios, sin responsabilidad alguna. Cfr. sobre esto mi *Subvenciones y crédito oficial en España*, ICO/IEF, Madrid, 1985, págs. 161 y ss., en especial nota 239. Pero hay casos en los que la subvención se instrumenta a través de un contrato, obligando a las partes al cumplimiento íntegro de lo pactado, sin posibilidad de renuncia. Es lo que sucede en los conciertos educativos, por razones fáciles de comprender: no perturbar la escolarización de los alumnos.

(36) A la necesidad de otorgar al titular del centro la posibilidad de subsanar las deficiencias comprobadas, en lugar de iniciar inmediatamente el procedimiento de revocación, se refiere la STS de 7 de julio de 1986, F. de D. 2.º:

«deficiencias todas que como se afirma en la Sentencia apelada aun en el supuesto de que apareciesen comprobadas no podían dar lugar a la revocación de la licencia, sin antes proceder de modo que pudiera subsanarse todo aquello que realmente elimine la consecuencia de sus condiciones esenciales, pero sobre todo porque una decisión de consecuencias tan graves como la de la resolución recurrida, se adopta sin que en el expediente resulten pruebas de que efectivamente las condiciones mínimas señaladas por la LGE hayan dejado de darse, y ni siquiera se haya concedido la posibilidad de subsanar deficiencias».

(37) Exposición de Motivos, cinco:

«Se excluye todo régimen de sanciones por incumplimiento de requisitos no esenciales de la autorización. Esta medida es liberal a la vez que realista. El incumplimiento de requisitos no esenciales comportará únicamente una toma de razón por los servicios del Estado, de la que tendrá conocimiento oportuno el Centro afectado.»

Más adelante, en la parte dispositiva del citado Decreto, artículo 15.2, se prevé para este tipo de faltas el percibimiento al Centro.

1970 no previó régimen sancionatorio alguno, y el posterior Decreto de 1974 citado renunció expresamente al establecimiento del mismo (37). Sólo previó la «sanción de revocación del Centro cuando existan unas causas graves directamente relacionadas con las condiciones esenciales exigibles para la concesión de las autorizaciones», como decía la exposición de motivos, en su apartado cinco (que se concretaría en el artículo 15, al regular la revocación de la autorización, por incumplimiento de sus condiciones esenciales). La legislación postconstitucional, y en particular la LODE, no contiene previsión alguna sobre el régimen sancionatorio, salvo la revocación por incumplimiento de los requisitos mínimos del ya citado artículo 23 de esta Ley. La actual exigencia de Ley para el establecimiento de un régimen sancionatorio, derivada del artículo 25 de la Constitución (38), ha impedido al Real Decreto de autorizaciones de centros privados de enseñanza de 1992 afrontar este tema de forma realista, acudiendo en su lugar a modestos subterfugios que no resuelven cumplidamente la laguna de un auténtico y gradual régimen sancionatorio. Este es el papel que cumple la subsanación de deficiencias de los artículos 17 y 19 a que ya hemos aludido. Pero en último extremo el único remedio legal efectivo de que dispone la Administración para corregir el incumplimiento de un Centro, sea en lo tocante a los requisitos mínimos o por no impartir las enseñanzas autorizadas, es la revocación de la autorización. Esta extrema rigidez, o, lo que es lo mismo, la carencia de un régimen sancionatorio gradual, es inconveniente y criticable (39).

(38) Cfr. José SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, págs. 171 y ss. Y A. NIETO, *Derecho administrativo Sancionador*. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 220 y ss.

(39) La inexistencia de un régimen sancionatorio puede provocar consecuencias absurdas: piénsese, por ejemplo, en el caso de la apertura de un centro sin contar con la autorización preceptiva. Desde luego, nunca podría ser concertado; pero dejando esta cuestión aparte, la Administración carece de base legal para ordenar la clausura del centro o imponer cualquier otra sanción a su promotor, máxime si el centro reúne los requisitos mínimos previstos en el Decreto de 1991 repetidamente citado en este trabajo. Por supuesto, tampoco cabe la posibilidad de revocar una autorización que no ha sido concedida ni obtenida por silencio positivo.