

# Financiamiento compartido y lucro en la enseñanza concertada

JUAN JOSÉ GUARDIA HERNÁNDEZ

El sistema actual de sostenimiento económico público de los centros escolares no gubernamentales en las etapas educativas pre-universitarias trae causa de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (en adelante LODE) que dio continuidad a la solución prevista en la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa: los conciertos escolares<sup>1</sup>. Desde esa fecha, hasta nuestros días el concierto ha sido, entre otras cosas, el instrumento o la herramienta para cumplir el mandato del art. 27.9 CE<sup>2</sup>: «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca».

Las cuestiones jurídico-económicas que suscita esta actividad escolar son muy numerosas. Este trabajo se va a circunscribir a dos aspectos: el módulo económico del concierto educativo (epígrafe I), y la prohibición del lucro y del financiamiento compartido en estos centros privados (epígrafe II).

## I. EL MÓDULO ECONÓMICO DE LA ENSEÑANZA CONCERTADA

La LODE y su reglamento de desarrollo hace pivotar todo el sistema de financiación de la educación concertada en el módulo económico por

---

\*Este trabajo deriva del proyecto DER2015-65223-C3-1-R, «El Estado garante. Un nuevo modelo para afrontar los presentes retos sociales y económicos del Estado de bienestar», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España, 1 Cfr. CONSEJO ESCOLAR DEL ESTADO (2018), p.166: «En el curso 2016-2017, los 28.211 centros que impartían enseñanzas de régimen general en el conjunto del territorio nacional se distribuyeron, según la titularidad del centro y financiación de las enseñanzas, de la forma siguiente: el 67,4% eran centros públicos (19.026); el 17,7%, centros privados con enseñanzas concertadas (5.001); y, el 14,8% restante, centros privados sin enseñanzas concertadas (4.184)». 2 Sin que esto signifique, a nuestro juicio, que el único rol jurídico que desempeñan los conciertos sea solo la plasmación legal e infraconstitucional del art.27.9 CE.

unidad escolar, y en el límite temporal ex lege de éste. Vamos a estudiar por separado ambas cuestiones.

## 1. Contenido del módulo económico

Para poder discernir cabalmente las consecuencias de este modelo, es necesario previamente delimitar exactamente algunos conceptos usados por la normativa educativa y estadística:

Por «unidad escolar» vamos a entender a un «grupo de alumnado que tiene un mismo tutor y que cursa gran parte de su horario lectivo conjuntamente, aunque durante otra parte del horario puede separarse para la realización de asignaturas optativas (idiomas, religión,...) o por otras causas<sup>3</sup>».

Por «módulo económico», por su parte, entenderemos una cantidad pecuniaria asignada por una unidad escolar por año, fijado anualmente por la ley de presupuestos de cada comunidad autónoma<sup>4</sup>. Ahora bien, este módulo no podrá ser inferior al previsto anualmente para todo el territorio nacional español en el Presupuesto General del Estado<sup>5</sup>.

Este módulo tiene dos elementos<sup>6</sup>. Por una parte, las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, y por otra las cantidades asignadas para otros gastos, que comprenden los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales. Para mayor claridad, voy a analizar por separado estos conceptos.

---

3 Esta es una de las definiciones propuestas por el Instituto Nacional de Estadística: [www.ine.es](http://www.ine.es) (último acceso 29 de setiembre de 2019).

4 Art. 12 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Concursos Educativos, en relación con el art. 117 LOE.

5 Cfr. art 13 en relación con el anexo IV de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Por poner un ejemplo, por un aula de educación primaria, el docente recibe —como mínimo— un salario de 28.032,71 al año, incluidas cargas sociales. Por lo tanto, el importe neto que el profesor recibe debe minorarse en el referido año 2017 alrededor de un 28%, destinado a financiar el sistema de pensiones, subsidios de desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El centro docente recibe anualmente por cada unidad de educación primaria 3.815,47 en concepto de gastos variables, y 5.974,38 en concepto de otros gastos. Para el año 2018, el art. 13 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 establece una retribución bruta a los docentes de educación infantil y primaria de 28.488,24, los gastos variables ascienden a 3.877,47 y otros Gastos 6.071,46. No ha sido aprobado el presupuesto para el año 2019.

6 Cfr. art. 117.3 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Técnica-mente incluye un tercer elemento, vinculado a las cantidades para el pago de los conceptos de antigüedad del personal docente, pago de las sustituciones del profesorado y los derivados del ejercicio de la función directiva docente, entre otras. A los efectos de este trabajo, exceden su intención y objeto.

## **A. Retribución del personal docente**

La administración educativa, con carácter general, abona mensualmente los salarios al profesorado de los centros concertados como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro. Por lo tanto, será el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y las consejerías de educación de cada Comunidad Autónoma en su propio territorio, quienes sufragan estos gastos de personal.

Esa transferencia corriente se realiza directamente desde la administración a los profesores, sin ingresar nada por este concepto a los centros docentes. Todo ello impide que los colegios puedan generar rendimientos de capital mobiliario con los que coadyuvar a su sostenimiento, como sí acaecería si esos importes les fueran transferidos directamente para —en su momento— sufragar los salarios de los docentes. Nada hubiera impedido que el reglamento, por ejemplo, hubiera establecido un abono único anual, o un abono trimestral a los colegios de esas cantidades pecuniarias. Sea como fuere, esa fue la decisión del ejecutivo en 1985, y ha sido mantenida de modo ininterrumpido por todos los gobiernos españoles desde esa fecha hasta nuestros días.

Este sistema de pago directo a los docentes tiene, además, algunos aspectos no bien solucionados. Uno de ellos es que esta retribución económica es sensiblemente inferior a la sufragada a los profesores de los centros gubernamentales. Aunque existe el compromiso político y legal de equiparación salarial progresiva de los docentes de la concertada al de sus homónimos de la educación pública, lo cierto es que en los últimos 35 años no se ha producido ese nivelamiento salarial, lo que constituye —a nuestro juicio— un agravio comparativo sin fundamento normativo.

## **B. Gastos de funcionamiento**

Por el contrario, las cantidades correspondientes a los restantes gastos de funcionamiento de los centros sí se abonan directamente a éstos, ahora bien, con una periodicidad habitualmente mensual<sup>7</sup> en función de lo

---

<sup>7</sup>A modo de ejemplo, el Anexo 1. Módulos económicos de los centros educativos privados concertados para el año 2017 de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2017, establece: «Los módulos correspondientes a gastos de personal tienen carácter mensual y no incluyen las cargas sociales correspondientes a la cuota empresarial. Los módulos correspondientes a gastos de funcionamiento son anuales y se distribuyen en doce partes iguales» (cursiva añadida). Por su parte el art. 48.1 e) de la Ley 12/2017, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2018 estableció que: «La cuantía correspondiente a “otros gastos” se abonará mensualmente, debiendo los centros justificar su aplicación, por curso escolar, al finalizar el correspondiente ejercicio económico de forma conjunta para todas las enseñanzas concertadas del mismo centro» (cursiva añadida).

dispuesto en cada CCAA<sup>8</sup>.

Y aquí, probablemente, radica el núcleo del problema de la gratuidad. En efecto, la viabilidad económica de los centros docentes concertados depende de la partida presupuestaria «restantes gastos de funcionamiento» o, mejor dicho, depende de la cuantía de esa partida. Si resulta insuficiente se compromete la sostenibilidad económica de los establecimientos docentes.

Lo cierto es que numerosas administraciones educativas no revisan ni actualizan los módulos económicos de los conciertos educativos de acuerdo con el coste real del puesto escolar. Su incremento se realiza de modo voluntarista, sin fundamento claro en informe o estudio alguno. En otras palabras, esas cantidades no cubren los gastos de funcionamiento de los centros concertados. A ello hay que añadir que esa insuficiente financiación no es homogénea en todo territorio español. Dado que debe ser cada Comunidad Autónoma la que consigne cuánto destina a este fin, hay regiones españolas en las que el sostenimiento económico público es más escasa que en otras<sup>9</sup>.

Todo ello conlleva que, al no tener en cuenta el coste real del puesto escolar, los centros se endeudan y buscan vías alternativas de financiación. Desde hace décadas se ha extendido la práctica de solicitar aportaciones voluntarias a los padres de los alumnos que estudian en estos colegios. Frecuentemente a una fundación vinculada al colegio, por lo que esas donaciones gozan de algunos beneficios fiscales. Dado que, como hemos señalado con anterioridad, la mayoría de los colegios concertados no tienen ánimo de lucro, esas aportaciones voluntarias revisten con frecuencia un especial trato, reduciéndose en función de los hermanos escolarizados en el centro o, incluso, en función de la renta de cada familia. De algún modo esto explica cómo los colegios concertados pueden seguir manteniéndose, pese a las estrictas normas que regulan su financiación, y el porqué, pese a que la ley establece la gratuidad, las familias españolas se avienen a pagar de modo voluntario las cuotas que les solicitan los colegios.

## **2. Seguridad jurídica y límite temporal de los conciertos**

Otro elemento a tener en consideración es la duración de los conciertos educativos. En efecto, hasta el año 2013 todos los conciertos tenían una duración 4 años, transcurridos los cuales el centro educativo

---

8 En cumplimiento de lo previsto en el artículo 117.3.c) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, dentro de este concepto de «gastos variables» se abonarán las retribuciones de los directores, a los que hace referencia el art. 54 de la LOE.

9 Es interesante analizar las cifras que presenta DEL CASTILLO (2014).

debía solicitar su renovación<sup>10</sup>. Este rasgo diferencia el régimen español del sistema francés de enseñanza asociada, que es el modelo que nuestro país imita<sup>11</sup>, en donde el horizonte temporal es indefinido mientras el colegio privado francés tenga demanda social.

Este régimen solo ha tenido en España una modificación en los últimos 30 años, de mano de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). En efecto, desde el 2013 se amplía en Educación Primaria la duración del concierto a 6 años; para las restantes etapas educativas se mantiene el período de 4 años<sup>12</sup>.

Como quiera que sea, este límite temporal tiene un efecto disuasorio para que la iniciativa social y privada promueva un nuevo centro educativo. Por una parte, las inversiones de capital necesarias, y la amortización de los inmuebles, requieren un plazo más amplio, que puede quedar truncado por la no renovación futura. Por otra, precisamente por el riesgo que supone esa incertidumbre, las entidades crediticias pueden exigir unas mayores garantías de devolución o unos intereses más elevados. Todo ello con la posibilidad, siempre presente, que un cambio en el ejecutivo autonómico, conlleve un cambio en las preferencias o prioridades de la administración educativa. En otras palabras, dado que ha de renovarse periódicamente, en plazos más breves que en otros ejemplos de contratación administrativa, hay una merma de la seguridad jurídica. Por el momento, este es otro problema legal no bien resuelto.

Por último, es necesario subrayar un aspecto jurídico-económico muy destacable. Si comparamos el coste público del puesto escolar en la enseñanza concertada con el de la enseñanza gubernamental, se advierte que el primero es sustancialmente menor que el segundo. Dicho de otra forma, la concertada es sensiblemente más económica para las arcas públicas<sup>13</sup>.

---

10 Para la renovación de los conciertos deben aplicarse los mismos criterios y requisitos que presiden su aprobación (art. 43 del Reglamento de la LODE). Ahora bien, la jurisprudencia ha interpretado los requisitos para suscribir un concierto, y los requisitos para renovar uno ya otorgado, de manera diferente. Se reconoce un cierto derecho a la renovación siempre que no hayan variado las circunstancias que avalaron, en su día, suscribir inicialmente el concierto. De tal modo que se reduce un poco la discrecionalidad administrativa: cfr. DÍAZ (1992) p. 148 nota 155. Véase: STS de 27 de septiembre de 2004. También, STS de 1 febrero 2005 y STS, de 21 mayo 2007 en donde se exige una especial motivación para denegar una renovación del concierto, cuyo desconocimiento supone la vulneración del derecho a la libertad de enseñanza. 11 Cfr. GUARDIA (2019).

12 Cfr. art. 116.3 LOE.

13 Cfr. DEL CASTILLO (2014) pp. 60-62: este informe cifra en 6.684 millones de euros el ahorro en la enseñanza concertada para el año 2011, equivalente a una media de ahorro para las administraciones públicas de 3.092 euros por alumno y año, con un máximo de 6.400 euros en el País Vasco y un mínimo de 2.206 euros en Madrid. Véase también, ROGERO-GARCÍA y ANDRÉS-CANDELAS (2014) pp.

En conclusión de este apartado se puede afirmar que las cantidades que transfieren las administraciones educativas no cubren los gastos de funcionamiento de los centros concertados<sup>14</sup>, por lo que éstos deben acudir a la beneficencia privada para poder mantenerse<sup>15</sup>.

## II. GRATUIDAD Y LUCRO EN LA EDUCACIÓN CONCERTADA ESPAÑOLA

Con precedencia he analizado algunos aspectos jurídico-económicos relativos a la financiación proveniente de las administraciones educativas. A continuación, nuestra intención es abordar dos puntos del potencial sostenimiento económico derivado principalmente de los padres de los alumnos (subepígrafe 1) o de las actividades del centro concertado diferentes a la educación reglada (subepígrafe 2).

### 1. Financiación compartida

La legislación española vigente prohíbe a los colegios concertados españoles exigir a los alumnos y sus familias cantidad alguna por la enseñanza obligatoria, excepción hecha de las actividades extracurriculares que, en todo caso, no deben ser de obligada asistencia. En contraprestación, la administración educativa se compromete a sufragar el coste económico

---

125-129, que concluye que la escolarización en centros concertados supone una reducción del gasto público, así como el trasvase de parte de los costes educativos a las familias. Sin embargo, existen autores que niegan estos datos. Afirman que los centros docentes gubernamentales escolarizan la población en ámbitos rurales, cuyo coste económico es mayor al tener que mantener unidades con un número menor de alumnos. También se añade que los referidos centros docentes soportan un número mayor de estudiantes con necesidades educativas especiales. Con todo, estos estudios suelen olvidar que la retribución a los docentes en la escuela gubernamental es sensiblemente mayor y, simultáneamente, la dedicación semanal del profesorado al centro docente es menor que el equivalente en el de la concertada. Ello acaece que los centros docentes no gubernamentales sean más eficientes y, por ende, económicamente menos costosos. A mayor abundamiento, desde distintas entidades sociales del sector educativo estatal se suele recriminar a la escuela concertada un (presunto) reprochable afán de lucro. Lo cierto es que esa afirmación está ayuna de razones. La inmensa mayoría de centros docentes tiene una forma jurídica que no reparte dividendos, ni actúan en sector educativo como una sociedad mercantil. Como quiera que sea, constitucionalmente cualquier persona física y jurídica puede ser beneficiaria del concierto educativo, sin discriminación alguna, también las sociedades de capital, por lo que poseer afán de lucro no es, si se puede hablar en estos términos, un vicio. 14 Cfr. DEL CASTILLO (2014) p. 67.

15 Cfr. ESTEVE (2018) p. 459: «lo que se cubre con el concierto es sólo una parte del coste del servicio, el resto lo cubren los padres. Lo que cuesta al erario público la escolarización de un niño en la escuela concertada es así ordinaria y ostensiblemente inferior al coste, íntegramente a cargo del erario público, que tiene la enseñanza en centros públicos. El concierto es así una fórmula ventajosa para la Administración para cumplir con la obligación de ofrecer enseñanza al conjunto de la población escolar».

de las aulas en los niveles obligatorios de enseñanza (desde los 6 hasta los 16 años) con independencia del número de alumnos que estén escolarizados en éstas. Con precedencia hemos analizado el módulo económico por una unidad escolar por año que atiende -o debería atender- a estos costes.

En cuanto a los niveles no obligatorios, es decir, de los 3 a los 6 años (primer ciclo de Educación Infantil) y de los 16 a los 18 años (bachillerato), con carácter general no se benefician del concierto. Por lo tanto, los colegios privados que la oferten no reciben contraprestación económica alguna y, como no podía ser de otra manera, los colegios pueden exigir las cuotas que estimen oportunas en régimen de libre mercado<sup>16</sup>. Hay que añadir que algunas CCAA han incluido el bachillerato de algunos centros privados en el sistema de conciertos (Cataluña y Castilla y León, por ejemplo), otros los han incluido de modo generalizado (Valencia<sup>17</sup> y País Vasco) y, finalmente, en la actualidad algunas CCAA se están planteado extenderlo a todos los colegios concertados (Madrid y Andalucía)<sup>18</sup>.

A diferencia de otros países, la supresión del financiamiento compartido o copago en la educación concertada en España ha sido aceptada socialmente. En la actualidad no existen propuestas para reintroducirlo ni en la literatura especializada española, ni en el ámbito divulgativo. A nuestro juicio, no obstante, el art. 27.4 CE en relación con el art. 27.9 CE no establece en ningún momento que la colaboración económica pública a la iniciativa privada docente implique necesariamente la renuncia de ésta al

---

16 El otorgamiento del concierto a niveles no obligatorios en colegios de iniciativas social es una facultad discrecional de las administraciones educativas. Ahora bien, la jurisprudencia afirma que su retirada no puede ser arbitraria o sin motivación alguna. Esta financiación pública puede ser parcial o total, por lo que admite en el primer supuesto el copago. Este último supuesto se denomina concierto singular (cfr. Disposición Adicional Sexta del Reglamento de Normas Básicas de Conciertos). La política pública generalizada -con excepciones- ha sido preferir la apertura y ampliación de nuevos establecimientos gubernamentales, antes que la concertación de plazas de bachillerato en colegios privados.

17 Hay que puntualizar que la administración educativa valenciana desde el 2015 ha intentado revertir la extensión de los conciertos educativos en el Bachillerato. No obstante, numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana han anulado gran parte de las denegaciones de renovación de esta etapa educativa. A modo de ejemplo la STSJC/V de 30/05/2018 por falta de motivación de esta decisión: «Se reconoce como situación jurídica individualizada el derecho del Colegio El Armelar, Institución Teresiana, Asociación Civil” a la renovación del concierto solicitado para dos unidades del primer curso de Bachillerato y dos del segundo curso de Bachillerato entre los cursos escolares 2017-2018 a 2020-2021, con las consecuencias económicas inherentes a dicha declaración».

18 La disparidad de trato de la libertad de enseñanza en España, en función de la Comunidad Autónoma, es muy heterogénea. Sin explayarnos al respecto, baste mencionar las políticas públicas dispensadas a los centros de educación diferenciada por sexos al respecto: Cfr. BÁEZ (2019) y GUARDIA (2019), pp. 28-32.

copago. Es una decisión que se me mueve dentro de la configuración legal de la libertad de enseñanza, y se podría revertir<sup>19</sup>.

El legislador en 1985 decidió cumplimentar su obligación ex art. 27.4 CE de proveer una educación obligatoria y gratuidad a través de los centros estatales y de los concertados<sup>20</sup>.

No es ahora el momento para analizar la controvertida gratuidad de los centros gubernamentales, pues lo cierto es que sí se abonan cantidades pecuniarias en éstos para excursiones, libros de texto, comedor escolar, chándal o cuota a la AMPA<sup>21</sup>.

Esta ausencia de debate, sin embargo, contrasta con los datos aportados por otras ciencias sociales que ponen de manifiesto que existen argumentos científicos a favor y en contra. PAREDES afirma —refiriéndose al caso de Chile pero que es extrapolable a España— que «los recursos adicionales provistos por los padres pueden inducir mejoras en la calidad de la educación con más recursos para todas las escuelas. En igual sentido, la calidad puede mejorar induciendo a una mayor vigilancia y compromiso de los padres con la escuela, a quienes les puede parecer más natural exigir a cambio de lo que pagan. Además, el FC [Financiamiento Compartido] permitiría una mayor diversidad de proyectos educativos, en la medida que dichos proyectos requieren de financiamiento que el Estado no está en condiciones de dar<sup>22</sup>». Todo ello nos induce a pensar que pueden existir

---

19 A esto no es óbice que el art. 27.4 CE afirme que: «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita», pues del contexto se entiende que esa gratuidad se predica de los centros de titularidad pública, no de los colegios de iniciativa social. Y, como quiera que sea, las enseñanzas básicas obligatorias en los centros privados no concertados operan legítimamente en régimen de libre mercado. Por lo tanto, a sensu contrario, el art. 27.4 CE no está imponiendo la gratuidad a todos los centros educativos de modo indiscriminado. 20 Cfr. Preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación: «A la red dual integrada por estos dos últimos tipos de centros encomienda la ley la provisión de la educación obligatoria en régimen de gratuidad. La regulación de ésta se asienta en dos principios de importancia capital en el sistema educativo diseñado por la Constitución, programación y participación, cuyo juego hace posible la coherencia equilibrada del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza».

21 SÍNDIC DE GREUGES (2019) p. 4: «A causa de l'infrafinançament del sistema, les famílies que escolaritzen els seus fills o filles en centres públics fan aportacions econòmiques, directament o per mitjà de les AFA/AMPA [Associació de famílies d'alumnes /Associació de pares i mares d'alumnes] per diferents conceptes (material escolar, sortides i colònies escolars, serveis escolars, quota d'AFA/AMPA, etc.) que van destinades a sufragar determinades despeses de funcionament o de desenvolupament de l'activitat escolar, com ara la compra de material o tecnologia o el finançament de projectes (plàstica, robòtica, llengües estrangeres, etc.) o serveis escolars (biblioteques, etc.) que es desenvolupen o s'utilitzen durant l'activitat escolar».

22 PAREDES (2013) p. 53. A mi juicio, hay que valorar que el financiamiento compartido puede reforzar la responsabilidad individual ciudadana en la consecución del bien común. Se trata de lo que algunos denominan el “capital social” de una sociedad: FERGUSON (2013) pp. 140-150. Este último autor alerta del declive de la sociedad civil occidental, y de la mengua del capital social en



otras alternativas constitucionalmente válidas, sobre todo a la vista del bajo rendimiento académico que —por desgracia— arrastra el sistema español.

## **2. ¿Las actividades escolares complementarias, extraescolares y los servicios escolares no pueden tener carácter lucrativo?**

La gratuidad ex lege que debe caracterizar a la enseñanza concertada en España no impide que un colegio pueda generar beneficios económicos para el titular del centro. Por lo menos ni en el plano constitucional, ni en el legal existe prohibición alguna al respecto, en el bien entendido que las unidades escolares concertadas deben ser gratuitas<sup>23</sup>. El interés por el que tiene que velar la administración es la calidad de la enseñanza para todos<sup>24</sup>. Ni más, ni menos. Si los proveedores privados de ésta la proporcionan mediando o no lucro, es un aspecto poco relevante. Es algo ajeno a la esfera de intereses que tiene que tutelar la administración. Con todo, como ahora veremos, la normativa vigente en este punto es contradictoria.

### **A. La prohibición indirecta del lucro en la LODE**

El ejecutivo de 1985 al proceder al desarrollo reglamentario de la LODE estimó que era necesaria una regulación rigurosa y detallista<sup>25</sup>. Se quería tomar diversas medidas para controlar que, efectivamente, desapareciera el lucro o una fuente de financiación añadida a la del módulo económico del concierto escolar. De algún modo se quería impedir la existencia de una suerte de filtro económico en los colegios concertados, aunque a la postre lo que se originó fue una mayor dependencia de la administración educativa.

---

éstas, esto es, de la participación libre y espontánea (y no solo desde el aspecto pecuniario) de los ciudadanos en tareas y asociaciones que sirven a la comunidad, sean de índole política, sindical, deportiva, religiosa, benéfica, social, educativa, entre otras.

23 Con todo, es necesario advertir que el art. 51.2 de la LODE establece que las actividades escolares complementarias y las extraescolares y los servicios escolares no podrán tener carácter lucrativo, lo cual plantea el interrogante sobre a qué se está refiriendo exactamente este precepto.

24 Sirva, como analogía, pero en relación con las concesiones administrativas de uso privativo de dominio público, la valoración que la doctrina administrativista española hace del lucro en los concesionarios. Se suele afirmar que el uso del dominio público (la zona marítimo-terrestre o los viales públicos, por citar dos ejemplos escogidos de modo aleatorio) constituye la base material sobre la que se asientan numerosas actividades privadas que poseen un cierto interés general. Le corresponde, ciertamente, a los Poderes Públicos asegurar —en interés de la colectividad— su mejor aprovechamiento. Ahora bien, esta circunstancia no queda anulada ni siquiera cuando la intención de los particulares que explotan el dominio público sea un interés meramente lucrativo. Para las administraciones públicas lo relevante es el beneficio que la utilización privativa del bien genera a la sociedad, no si se genera o no beneficio al concesionario: cfr. VVAA (FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2012, p. 211; FONT, 1991, p. 3934) y GUARDIA y MANENT (2015) pp. 180-181. 25 Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

Esta preocupación se plasmó, en el art. 15 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos. Esta norma, en lo relativo a las peticiones pecuniarias que pueda hacer el centro educativo, estableció que las actividades escolares complementarias y de servicios debían ser voluntarias y no tener carácter discriminatorio para los alumnos<sup>26</sup>. Se añadió que no podían formar parte del horario lectivo, ni tener carácter lucrativo. Esta exigencia, ante la posibilidad que fuera declarada ilegal por un tribunal —recuérdese que se contenía en una norma de rango reglamentario— adquirió fuerza de ley en 1995<sup>27</sup>.

A nuestro juicio, esta previsión de la LODE y de su reglamento, sin más matices, es incoherente habida cuenta que un establecimiento docente puede tener ingresos obtenidos por actividades no dirigidas a sus alumnos, como puede ser el uso de las instalaciones deportivas fuera del horario escolar, entre otras posibles. No existe ninguna prohibición de lucro al respecto. Lo cierto, sin embargo, es que la mayoría de los centros concertados no reparten dividendos alguno, es decir, no generan beneficios para su titular. Se podría afirmar que, en la generalidad de los casos, no se trata de una actividad económica atractiva para inversores. Esta es una de las razones que explica que un alto número de los titulares de los colegios concertados en España son entidades o personas sin ánimo de lucro<sup>28</sup>, y que —por ello— el porcentaje que depende de entidades religiosas, o que tengan algún tipo de inspiración religiosa, sea especialmente elevado<sup>29</sup>.

---

26 Tales como transporte escolar, comedor, clases de refuerzo, idiomas, teatro, deportes, entre otros.

27 En efecto, el art. 51.2 de la LODE es modificado por la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes. La nueva redacción establece que «las actividades escolares complementarias y las extraescolares y los servicios escolares no podrán tener carácter lucrativo. El cobro de cualquier cantidad a los alumnos en concepto de actividades escolares complementarias deberá ser autorizado por la Administración educativa correspondiente». Es decir, los centros docentes pueden ofertar actividades voluntarias o servicios no académicos a los alumnos, como pueden ser comedor o transporte escolar, clases complementarias de idiomas, música, deporte, informativa, por poner algunos ejemplos, y exigir el cobro de alguna cantidad pecuniaria por éstas. Ahora bien, esos recursos económicos quedan vinculados al colegio, y no pueden enriquecer al titular del centro.

28 A modo de ejemplo, y sin ser exhaustivos, es frecuente que los titulares de los centros sean Institutos de Vida Consagrada de la Iglesia Católica, fundaciones canónicas, cooperativas de profesores, fundaciones privadas, asociaciones sin ánimo de lucro, entre otras. Nada impide que adopten otras formas jurídicas, incluidas las típicas del tráfico mercantil, como sociedades anónimas u otras análogas. Como veremos, no hay ninguna limitación a este respecto mientras se respete la obligación legal de ofertar una enseñanza gratuita en los niveles obligatorios de educación.

29 Esta es una de las razones esgrimidas por los detractores de la enseñanza concertada. Suelen denunciar que —en su opinión— este tipo de relación contractual entre la administración pública y los colegios concertados con carácter propio religioso, viola la laicidad del Estado. Se estaría financiando a una confesión religiosa con fondos públicos. A nuestro modo de

## **B. Libertad de creación de centros docentes y la prohibición del lucro**

En este momento, es necesario recordar que el art. 27.6 CE reconoce a cualesquiera «personas físicas y jurídicas» la «libertad de creación de centros docentes», sin límite alguno. En ese sentido, el art. 21 de la LODE se limita a excluir, por razones obvias, a aquellas «personas que presten servicios en la Administración educativa», o aquellas que «tengan antecedentes penales por delitos dolosos» o hayan sido «expresamente privadas del ejercicio de este derecho por sentencia judicial firme<sup>30</sup>». Estos límites, pese a no estar contemplados expresamente en la Carta Magna, pueden encontrar fundamento en ella y, en nuestra opinión, no contravienen el citado art. 27 CE.

De las consideraciones precedentes, se concluye que la Ley fundamental impide al legislador restringir la tipología de entidades o personas que pueden desarrollar una actividad educativa. En este orden de cosas, en nuestra opinión, no es constitucional en España que el Parlamento exija la ausencia de lucro en los titulares de los centros docentes, pues ello exigiría desnaturalizar las formas asociativas mercantiles, e imponer a las personas físicas una restricción inexistente en la Carta Magna. A modo de ejemplo, las sociedades reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que por su propia naturaleza deben tener afán de lucro. Estas últimas también tienen reconocida constitucionalmente el derecho a establecer y regir un centro docente, y el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las formas de colaboración económica presentes (o futuras) que el legislador orgánico haya previsto para la educación de la iniciática social. En este punto, quizás se podría plantear que algún aspecto de la LODE sea contrario a la Carta Magna española.

---

ver, este tipo de consideraciones confunden algunos preceptos constitucionales. El concierto económico nace del reconocimiento constitucional de la libertad de enseñanza, y de la posibilidad de arbitrar un sistema de cooperación estatal con ésta (art. 27.9 CE). No tiene su fundamento inmediato en la libertad religiosa, y en la potencial cooperación de los Poderes Públicos con las confesiones religiosas (art. 16.3 CE). Si en España resulta que, efectivamente, la mayoría de la educación concertada está vinculada, de alguno modo, con la Iglesia Católica, es consecuencia —precisamente— de la legislación estatal que hace en extremo difícil establecimientos docentes con ánimo de lucro. Este es un punto en el que el sistema español se diferencia del francés, en donde está mejor garantizada la seguridad jurídica y el adecuado sostenimiento económico de los colegios asociados (Établissements sous contrat d'association). Para un análisis de la laicidad positiva en España: cfr. PÉREZ-MADRID (2005) pp. 435-448. 30 Para ser precisos, para evitar el fraude de ley, el art. 21.2 d) LODE añade que tampoco podrán crear centros docentes «Las personas jurídicas en las que las personas incluidas en los apartados anteriores desempeñen cargos rectores o sean titulares del 20 por 100 o más del capital social».

## **CONCLUSIONES**

1. La regulación técnica del módulo económico por unidad escolar, y su límite temporal, transforma, de modo censurable, a las administraciones educativas. Su actividad garante del sistema se transforma en un dirigismo y control que no se encuentra ni en la letra, ni en el espíritu de la Carta Magna. No hay ninguna razón válida que haga preferible la retribución al profesorado de la concertada directamente desde la administración, obviando al empleador, que es el titular del centro educativo. El régimen de pago delegado con el paso de los años ha construido un sistema que tiende a asimilar a los concertados a un centro docente gubernamental. Igualmente, las necesarias y repetitivas renovaciones de los conciertos en plazos tan breves constituyen una constante amenaza al carácter propio de los colegios y a su legítima autonomía, ya que sitúa a las administraciones educativas en una posición de poder desproporcionada. Para conjurar el peligro de que los cargos políticos usen (o abusen) de esta situación, a nuestro juicio habría que ampliar los vencimientos de renovación o estudiar la posibilidad de una renovación automática si los presupuestos fácticos que legitimaron su otorgamiento siguen estando vigentes. En todo caso, en función de la reforma que se desee implementar, sería necesario usar un instrumento que respetase la jerarquía normativa y el acervo comunitario en lo que respecta a la contratación pública.

2. Los módulos económicos de los conciertos educativos no se actualizan con el coste real del puesto escolar. Y cada vez que se prorrogan los presupuestos generales del Estado, el mínimo estatal no se actualiza en absoluto. De manera análoga acaece con aquellas CCAA que tampoco consiguen aprobar los suyos, como el paradigmático caso de la Generalitat de Catalunya que aún mantiene los de 2017 en el momento de redactar este trabajo. El propio Consejo Escolar del Estado ha urgido «a convocar la comisión prevista en la disposición adicional vigésimo novena de la LOE con el fin de que se pueda determinar la financiación que debe adjudicarse a los módulos económicos de los conciertos educativos y establecer la gratuidad a coste real del puesto escolar», sugerencia que creemos de imperiosa necesidad.

3. La CE establece como derecho fundamental la libertad de creación de centros docentes, para cualesquiera persona física o jurídica, en igualdad de condiciones. También en lo relativo, lógicamente, al concierto educativo. Por lo tanto, las disposiciones que prohíben, sin matices, el lucro a los titulares de los centros educativos, son

inconstitucionales, por más que —ciertamente— las unidades docentes concertadas deben ofrecerse en condiciones de gratuidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BÁEZ SERRANO, Rafael (2019): *“Hacia la consolidación de la constitucionalidad de la educación diferenciada. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018”*, Revista de Derecho Político, N° 105: pp. 251-278.
- CONSEJO ESCOLAR DEL ESTADO (2016): Informe 2016 sobre el estado del sistema educativo. Curso 2014-2015.
- CONSEJO ESCOLAR DEL ESTADO (2018): Informe 2018 sobre el estado del sistema educativo. Curso 2016-2017.
- DÍAZ LEMA, José Manuel (1992): *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional, y en el derecho comparado*.
- ESTEVE PARDO, José (2018): *Lecciones de Derecho administrativo*.
- FERGUSON, Nial (2013): *La gran degeneración Cómo decaen las instituciones y mueren las economías*.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2012): *Las Concesiones administrativas de dominio público*.
- FONT I LLOVET, Tomás (1991): *“La ordenación constitucional del dominio público”* en Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (coord.), Estudios sobre la Constitución española. Libro Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría, Vol. V (Madrid, Editorial Civitas, 1ª edición) pp. 3917-3942.
- GUARDIA y MANENT (2015): *“La cesión de suelo público dotacional para la apertura de centros docentes concertados: una nueva manifestación del estado garante”*, Revista catalana de dret públic, N°. 51: pp. 174-190.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan José (2019): *“Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos”*, Estudios constitucionales, N° 1: pp. 321-362.
- PAREDES, Ricardo, VOLANTE, Paulo, ZUBIZARRETA, José Ramón, OPAZO, Magdalena (2013): *“Financiamiento compartido en la educación subvencionada chilena”* en Irrázaval, Ignacio, Morandé, María de los Ángeles, Letelier, Magdalena (eds.) Propuestas para Chile. Concurso Políticas Públicas 2013 (Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile).