

Dictamen n<sup>o</sup>:           **50/10**  
Consulta:               **Consejera de Educación**  
Asunto:                 **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**  
Aprobación:           **03.03.10**

**DICTAMEN** del Pleno del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, formulando un voto particular concurrente al mismo el Consejero Excmo. Sr. De la Oliva, en su sesión de 3 marzo de 2010, sobre la consulta formulada por la Consejera de Educación, al amparo del artículo 13.1.c) de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, por el que se somete a dictamen el proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento administrativo de autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas regladas no universitarias.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Consejera de Educación, con fecha 22 de enero de 2010, y con entrada en este Consejo el día 28 del mismo mes y año, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo, correspondiendo su ponencia a la Sección II, por reparto ordinario de asuntos. Dicha Sección, presidida por el Excmo. Sra. Doña. Rosario Laina Valenciano, firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, con el voto particular concurrente, que se transcribe a continuación del mismo, del Consejero Sr. De la Oliva, en la reunión del Pleno de este Consejo Consultivo, en su sesión de 3 de marzo de 2010.

**SEGUNDO.-** La norma reglamentaria que se pretende aprobar tiene como objetivo incorporar al ordenamiento jurídico de la Comunidad de Madrid los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, en adelante “*Directiva de Servicios*”, simplificando al máximo el procedimiento. Con este proyecto se regulará por primera vez el procedimiento de autorización de centros docentes privados, en el ámbito autonómico, ya que hasta la fecha se aplicaban directamente el Real Decreto 332/1992, de 3 de abril sobre autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias y el Real Decreto 321/1994, de 25 de febrero, de autorizaciones de centros privados para impartir enseñanzas artísticas.

Según se explicita en su parte expositiva, se trata de un nuevo procedimiento administrativo, más accesible y sencillo para el ciudadano, ya que unifica en una sola norma todos los procedimientos actualmente vigentes para la concesión de autorizaciones de apertura y funcionamiento de centros docentes, y se reducen los plazos.

El Decreto proyectado consta de una parte expositiva, de cuyo contenido ya se ha dado cuenta, y una parte dispositiva integrada por dieciocho artículos, una Disposición adicional única, una Disposición transitoria única, una Disposición derogatoria y dos Disposiciones finales que contienen, respectivamente, la habilitación para dictar normas de desarrollo y la norma para la entrada en vigor del Decreto proyectado.

El proyecto de Reglamento se estructura en cinco capítulos, el primero de ellos relativo a las disposiciones de carácter general, que abarca los artículos 1 a 7 incluido; el segundo regulador del procedimiento de autorización, comprensivo de los artículos 8 a 11, el capítulo tercero referido a la modificación de las autorizaciones, que comprende los

artículos 12 y 13, el capítulo cuarto, referido a la extinción de la autorización en los artículos 14 a 16 y por último, el capítulo quinto, bajo la rúbrica colaboración entre la Administración Autonómica y Local, que abarca los artículos 17 y 18.

**TERCERO.-** Además de la norma proyectada, el expediente objeto de remisión a este Consejo Consultivo consta de los siguientes documentos que, debidamente numerados, se consideran suficientes para la emisión del dictamen preceptivo:

1. Memoria de necesidad y oportunidad del proyecto de 8 de enero de 2010, firmada por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación (documento 1).

Si bien en el expediente no se incorpora una memoria económica independiente, en la propia memoria de necesidad y de oportunidad se indica en relación con la repercusión económica del proyecto, que el mismo no implica ningún coste económico, ya que se trata de regular en el ámbito de la Comunidad de Madrid, un procedimiento administrativo para la concesión de una autorización administrativa, que sustituiría a dos procedimientos regulados por la normativa estatal, sin que dicha sustitución suponga incremento alguno de medios materiales y personales.

2. Informe sobre impacto por razón de género, del Secretario General Técnico de la Consejería de Educación de fecha 1 de agosto de 2009, en el que se indica que el Decreto proyectado no supone discriminación de género (documento 2).

3. Informe favorable de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, de 20 de noviembre de 2009 (documento 3).

4. Informe de la Dirección General de Calidad de los Servicios de fecha 23 de diciembre de 2009, evacuado por exigencia del Decreto 85/2002,

de 23 de mayo, criterio 12: *“La regulación de nuevos procedimientos administrativos, o las modificaciones de los ya existentes, deberán ser informadas por la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano, que podrá manifestarse sobre la necesidad de simplificar o racionalizar la tramitación. Este informe será solicitado por las Secretarías Generales Técnicas o los Centros Directivos promotores, dentro del proceso de elaboración de normas de carácter general, pudiendo proseguirse las actuaciones en caso de no emitirse en el plazo de ocho días hábiles a contar desde el día siguiente al de la recepción de la solicitud por esa Dirección General.”* (documento 4).

5. Informe favorable emitido por la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, emitido en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, por el que se establecen las funciones de ICM (documento 5).

6. Informe de la Secretaría General Técnica de la Vicepresidencia Consejería de Cultura y Deportes y Portavocía del Gobierno de 10 de diciembre de 2009, en el que se realizan observaciones de técnica normativa.

7. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda de 10 de diciembre de 2009, en el que no se realizan observaciones.

8. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad de 11 de diciembre de 2009, en el que no se realizan observaciones.

9. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Inmigración y Cooperación, de 1 de diciembre de 2009, en el que se formulan observaciones de técnica normativa.

10. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de fecha 9 de diciembre de 2009, en el que se formulan distintas observaciones, ninguna de ellas de carácter esencial.

11. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de 2 de diciembre de 2009, en el que se realiza una observación relativa a la revocación de las autorizaciones, considerando conveniente introducir como causa de revocación “*cuando el centro no reúna alguno de los requisitos mínimos*”, teniendo en cuenta que el régimen previsto de silencio administrativo es positivo; además de observaciones de técnica normativa.

12. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo y Mujer, de 4 de diciembre de 2009, que realiza observaciones de tipo formal.

13. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de 1 de diciembre de 2009, en el que no se realizan observaciones al proyecto.

14. Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de 27 de noviembre de 2009, en el que no se realizan observaciones al proyecto de Decreto.

15. Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Escolar, emitido en sesión de 1 de diciembre de 2009, en el que se realizan una serie de observaciones más de forma que de fondo, pero al que se incorporan diversos votos particulares, remitidos el 4 de diciembre de 2009. En concreto, se emiten votos particulares por la FAPA Francisco Giner de los Ríos, y por la Federación de enseñanza de CC.OO de Madrid.

16. Contestación al informe del Consejo Escolar, efectuada por el Director General de Becas y Ayudas a la Educación, con fecha 22 de diciembre de 2009.

17. Respecto del trámite de audiencia, consta en el expediente contestación a las alegaciones efectuadas por ACADE, FERE, y MAEPE. Sin embargo, únicamente se incorporan al expediente las alegaciones de la entidad FERE, Escuelas Católicas de Madrid, de fecha 20 de noviembre de 2009, un correo electrónico de 24 de noviembre de 2009, realizando una serie de observaciones, pero en el que se no se indica cual es la entidad alegante, y una carta del Presidente de ACADE, en la que se hacen algunas observaciones por escrito, ante la imposibilidad de acudir a una reunión convocada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.c) de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (en adelante LRCC), que *ad litteram* dispone: “*el Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: [...] c) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, y sus modificaciones*”, y a solicitud de la Consejera de Educación, órgano legitimado para ello según el artículo 14.1 de la LRCC.

El proyecto de Decreto que pretende aprobarse se dicta, en ejecución del artículo 23 de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la

Educación (en adelante LODE), como se indica en el preámbulo del proyecto, cuando establece que *“La apertura y funcionamiento de los centros docentes privados que impartan enseñanzas, tanto de régimen general como de régimen especial, se someterán al principio de autorización administrativa. La autorización se concederá siempre que reúnan los requisitos mínimos que se establezcan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley. Estos centros gozarán de plenas facultades académicas. La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir estos requisitos”*, por lo que corresponde al Pleno del Consejo Consultivo dictaminar sobre el mismo a tenor de lo previsto en el artículo 13.2 de la LRCC.

Asimismo, este proyecto supone la aplicación al ámbito de la autorización administrativa de los centros docentes privados, de los principios recogidos en la Ley 17/2009, de transposición de la Directiva de Servicios, de la que también es ejecutivo.

Como apunta la STC 18/1982, de 4 de mayo, son «reglamentos ejecutivos» *“aquéllos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, aplicada, pormenorizada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquéllos «cuyo cometido es desenvolver una ley preexistente o que tiene por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una ley»”*.

También el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) de 15 de julio de 1996, se ha pronunciado sobre el particular, al tratar de la preceptividad de la consulta

al Consejo de Estado, sirviendo dichos argumentos *mutatis mutandis*, también para nuestro Consejo Consultivo.

De esta misma doctrina se hacen eco otras sentencias posteriores de nuestro Alto Tribunal, como las de 25 de mayo de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) y de 11 de junio de 2008 (de la misma Sala, Sección 5ª).

El presente dictamen ha sido evacuado en plazo de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.1 LRCC.

#### **SEGUNDA.-** Habilitación legal y competencial.

La educación es una materia sobre la que el Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.30 de la Constitución Española, ostenta competencias exclusivas de legislación básica, pudiendo las Comunidades Autónomas, dentro del marco de dicha legislación, dictar su normativa de ejecución y desarrollo.

En concreto, el título competencial que habilita el proyecto de Decreto es la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza, en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, que le confiere el artículo 29 del Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en redacción dada por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, en desarrollo del artículo 27 de la Constitución y de las distintas leyes orgánicas que lo desarrollen.

Sobre la base de esta previsión estatutaria, se traspasaron a la Comunidad de Madrid, mediante Real Decreto 926/1999, de 28 de mayo, las funciones y servicios de la Administración del Estado, así como los medios adscritos a los mismos en materia de enseñanza no universitaria. En concreto, de acuerdo con el punto B. f) del Real Decreto corresponden a la



Comunidad de Madrid *“Las competencias, funciones y atribuciones que respecto a los centros privados confiere al Ministerio de Educación y Cultura la legislación aplicable”.*

En el ejercicio de dicha competencia, por lo que se refiere a la concesión de autorizaciones de los centros docentes privados, la Comunidad de Madrid había venido ejerciendo su competencia aplicando de forma supletoria la legislación estatal, en concreto Real Decreto 332/1992, de 3 de abril sobre autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias y el Real Decreto 321/1994, de 25 de febrero, de autorizaciones de centros privados para impartir enseñanzas artísticas.

No se ponen objeciones desde aquí a que el rango de la norma emanada sea el de Decreto del Consejo de Gobierno, en aplicación del artículo 50.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. Tratándose de una materia respecto de la cual no opera la reserva de ley, no hay óbice a que, desde la Comunidad Autónoma, se dicte una norma reglamentaria que verse sobre esta materia.

La competencia para su aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.g) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, y adoptará la forma de Decreto del Consejo de Gobierno, al tratarse de una disposición de carácter general emanada del Consejo de Gobierno *ex* artículo 50.2 de la precitada Ley.

**TERCERA.-** Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general.

En el ordenamiento de la Comunidad de Madrid no se encuentra regulado de una manera completa y cerrada el procedimiento aplicable para la elaboración de normas reglamentarias, por lo que habrá que recurrir al

ordenamiento estatal, sin perjuicio de las especialidades dispersas del ordenamiento autonómico en la materia.

El procedimiento de elaboración de disposiciones generales se contiene, en sus líneas generales, en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, en adelante “*Ley del Gobierno*”, que resulta de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y en la Disposición final segunda de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

Según lo previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley estatal “*la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*”.

En el caso objeto de dictamen, la norma proyectada es propuesta por la actual Consejería de Educación, que ostenta dichas competencias en virtud del Decreto 118/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, por la que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación.

En cumplimiento de lo establecido en el transcrito artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno, se ha incorporado al expediente una Memoria sobre la necesidad y oportunidad del Decreto, denominada memoria explicativa, así como una Memoria económica, ambas recogidas en un mismo documento, que, si bien no es lo más ortodoxo, no supone un incumplimiento de la normativa aplicable al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, en tanto en cuanto su contenido responde a dicha normativa.

En aplicación del artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, conforme al cual *“en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica”* se ha unido al expediente el preceptivo informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería que promueve la aprobación de la norma.

Asimismo, se han evacuado informes de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 35.1 del Decreto 210/2003, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones, formulando las observaciones al texto que más arriba se han indicado –fundamentalmente de técnica legislativa-, de las que se da cuenta en el informe de cierre del expediente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación.

Además, en el ámbito de la Comunidad de Madrid el artículo 4.1 a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, prevé que dichos Servicios emitan con carácter preceptivo dictamen, entre otros asuntos, acerca de los proyectos de disposiciones reglamentarias, salvo que tengan carácter meramente organizativo. En tal sentido, se ha evacuado informe favorable, con fecha 20 de noviembre de 2009, por el Servicio Jurídico en la Consejería de Educación, con el visto bueno del Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid (documento 3 ).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de creación del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, el mismo será consultado preceptivamente sobre: *“b) Los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones generales que, en materia de enseñanza no universitaria, elabore la Consejería de Educación y deban ser aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, o aquellas que*

*deban ser enviadas para su aprobación al Parlamento. d) Los criterios generales para la financiación del sistema educativo en la Comunidad de Madrid.”*

En cumplimiento de dicha previsión se evacuó el informe de la Comisión Permanente del Consejo Escolar, de 1 de diciembre de 2009, del que hemos dado cuenta más arriba.

El apartado c) del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, en desarrollo del mandato previsto en el artículo 105.a) de la Constitución, dispone que *“elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometido a información pública durante el plazo indicado”*.

En el caso concreto que analizamos, únicamente consta la contestación del trámite de audiencia de Escuelas Católicas de Madrid y ACADE, teniendo en cuenta que obra en el expediente un correo electrónico del que se desconoce a qué entidad puede pertenecer.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y de la irregularidad que supone incorporar a un expediente un simple correo electrónico sin dar cuenta de su procedencia, la Ley permite que el trámite de audiencia a los ciudadanos afectados pueda obviarse si concurre alguno de los supuestos, contemplados en el propio artículo 24 y, en concreto, si las organizaciones o asociaciones representativas de los intereses de los ciudadanos hubieran participado por

medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de la norma (artículo 24 .1 d).

En el presente caso, aunque no consta la concesión del trámite de audiencia, como más arriba hemos señalado, se ha emitido el correspondiente informe del Consejo Escolar, en cuyo seno, de acuerdo con el artículo 5 de su ley de creación, se encuentran representados los profesores, propuestos por sus organizaciones sindicales, los padres de alumnos, a propuesta de las confederaciones o federaciones de asociaciones de padres de alumnos, los alumnos, propuestos por las confederaciones o federaciones de asociaciones de alumnos, el personal de administración y servicios de los centros docentes públicos y privados, previa propuesta de las organizaciones sindicales, los titulares de centros docentes privados concertados, propuestos por las organizaciones de titulares y empresariales correspondientes, los titulares de centros docentes privados no concertados, propuestos por las organizaciones de titulares y empresariales correspondientes, las centrales sindicales que, de acuerdo con la legislación vigente, tengan la consideración de más representativas, las organizaciones empresariales que, de acuerdo con la legislación vigente, tengan la consideración de más representativas, todos ellos en función de su representatividad en el sector de la enseñanza no universitaria de la Comunidad de Madrid, así como el Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias de Madrid, la Administración educativa, cuyos representantes serán designados por el Consejero de Educación y Cultura, la administración local a propuesta de la Federación de Municipios de Madrid, las universidades madrileñas, a propuesta del Consejo universitario de la Comunidad de Madrid, las personalidades e Instituciones de reconocido prestigio en el campo de la educación, de la renovación pedagógica y de la promoción e innovación educativas, designadas por el Consejero de Educación y Cultura.

Entiende este Consejo que, dada la representatividad de los intereses presentes en el Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, que sí ha emitido el correspondiente informe, con inclusión de varios votos particulares, se entiende cubierto el trámite de audiencia en los términos previstos por el artículo 24 de la Ley del Gobierno.

El proyecto de Decreto sometido a dictamen adolece de un defecto de índole procedimental. En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo segundo del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, después de la reforma operada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, *“en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo”*. En pretendido cumplimiento de la meritada prescripción, se incorpora al expediente una memoria acerca del impacto por razón de género, con el contenido más arriba reseñado.

Ahora bien, a este respecto debe advertirse, como ya se ha hecho en anteriores dictámenes de este Consejo Consultivo, (vid. dictámenes 143/09 y 404/09), que el informe sobre impacto por razón de género ha sido emitido por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación, es decir, por el mismo Centro Directivo del que parte la elaboración de la norma, sin tener en cuenta que la competencia para informar al respecto recae en la Dirección General de la Mujer, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1b) del Decreto 150/2007, de 29 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y Mujer que, *“ad litteram”* le otorga como atribución *“impulsar la incorporación de la perspectiva de género en todas las normas, políticas, actuaciones, planes y estrategias de las instituciones de la Comunidad de Madrid, así como informar sobre el impacto de género de estas actuaciones cuando así esté previsto en la normativa vigente”*.

No obstante, en una interpretación antiformalista y atendiendo al sentido teleológico del artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno, el defecto puede entenderse salvado por cuanto que el proyecto de Decreto ha sido remitido a la Consejería de Empleo y Mujer, sin que se hayan formulado observaciones ni objeciones al mismo por razón del impacto de género que la norma pudiera presentar.

#### **CUARTA.-** Cuestiones materiales.

##### **A) Adecuación de la norma a la finalidad pretendida.**

La primera cuestión que debe plantearse, en relación con el proyecto de Decreto sometido a dictamen, es si la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, resulta de aplicación a los servicios cuyo procedimiento de autorización se regula en el mismo, en tanto que constituye su propia fundamentación a tenor de lo dispuesto en su preámbulo y en la Memoria de necesidad y oportunidad. La mencionada Directiva de Servicios fue transpuesta por medio de la Ley 17/2009, con el objetivo de facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y de la libre circulación de servicios, dejando excluidos de su ámbito de aplicación, entre otros, y por lo que aquí interesa, los servicios no económicos de interés general (art. 2 de la Directiva y art. 2, 2 a) de la Ley 17/2009.

Debe tenerse en cuenta, con carácter previo, que bajo la categoría jurídica de centros docentes privados, cuyo procedimiento de autorización constituye el objeto del presente proyecto, se agrupan tanto los centros privados que podríamos denominar privados puros y los concertados o sostenidos con fondos públicos. La LODE en su artículo 10 así los califica, al señalar que *“Los centros docentes podrán ser públicos y privados.*



*Son centros públicos aquellos cuyo titular sea un poder público. Son centros privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado. (...)*

*Los centros privados sostenidos con fondos públicos recibirán la denominación de centros concertados y, sin perjuicio de lo dispuesto en este título, se ajustarán a lo establecido en el Título Cuarto de esta ley.”*

Enlazando con lo anterior, y sentado que tienen la naturaleza jurídica de centros privados aquellos que sean titularidad de una persona privada, sostenidos o no con fondos públicos, debe partirse de la consideración de que la LODE establece en su artículo 23, el principio de autorización administrativa previa para la apertura y funcionamiento de los centros docentes privados, como más arriba hemos señalado, comprendiendo este precepto tanto los centros docentes privados no sostenidos con fondos públicos, que funcionan en régimen de mercado, mediante precio, como aquellos centros sostenidos con fondos públicos bajo el sistema de concierto administrativo, o concertados.

La autorización como instrumento de intervención administrativa, se aplica a un amplio campo de la actuación, hallando su justificación en la vinculación de su ejercicio con el interés general. El legislador ha entendido, que la afectación al interés general concurría en el desarrollo de la actividad educativa por parte de los centros de enseñanza privados, sin distinguir su condición o no de concertados, por lo que hay que analizar en el momento presente si la diferente condición del centro sometido a autorización, implica diferencias en el régimen jurídico de esta.

Los centros privados en sentido estricto se incardinan en la actividad de prestación de servicios a cambio de un precio en el marco de la libre economía de mercado, y los centros concertados forman parte del servicio público educativo, por más que su titularidad sea privada, y por lo tanto, su



vinculación con el interés general es más estrecha que la especificada en primer lugar.

El carácter de los centros concertados como integradores del servicio público educativo se recoge en el artículo 108.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación, que establece que *“La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados.”*

El Tribunal Constitucional circunscribe el carácter del servicio público educativo a los centros públicos y concertados, igual que el art. 108.4 de la LOE, cuando en su Sentencia 86/1985, de 19 de julio RTC 1985,86, indica que: F.J.3 *“El derecho de todos a la educación, sobre el que en buena parte giran las consideraciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9º, de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.”*

En el considerando 34 de la Directiva de Servicios, se indica que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública, constituyen un servicio, debe realizarse caso por caso, con especial atención al carácter remunerado o no de los servicios, concluyendo que, dado que la

característica de remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica en el marco de sus competencias, en este caso en el ámbito educativo, estas actividades no responden al concepto de servicio del artículo 50 del Tratado y, por lo tanto, no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

En concreto, respecto de los centros concertados, el carácter gratuito de la enseñanza dispensada en los mismos, se establece ya en la Exposición de Motivos de la LODE: *“la Ley clasifica los centros docentes atendiendo conjuntamente a los criterios de titularidad jurídica y origen y carácter de los recursos que aseguran su sostenimiento. Distingue así los centros privados que funcionan en régimen de mercado, mediante precio, y los centros sostenidos con fondos públicos, y dentro de éstos los privados concertados y los de titularidad pública.*

*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 cohesión equilibrada del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza.”*

Asimismo, en su artículo 49.3 cuando dispone que el establecimiento de la cuantía de los módulos del concierto *“asegurará que la enseñanza se imparta en condiciones de gratuidad.”*

Se cierra el sistema normativo que establece la gratuidad de la enseñanza concertada con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Real Decreto 2377/1985, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, que obligan al titular del centro privado a impartir gratuitamente las enseñanzas del concierto, al señalar que: *“Por la impartición de las enseñanzas del nivel educativo objeto del concierto no se*

*podrá percibir concepto alguno que, directa o indirectamente, suponga una contrapartida económica por tal actividad”, sin perjuicio de la posibilidad de que les es dado percibir cantidades determinadas, en concepto de actividades o servicios complementarios.*

Debe, por tanto, examinarse si con los parámetros antes indicados, la Directiva de Servicios y la Ley de transposición, resultan aplicables a los servicios objeto del proyecto. En el artículo 2 apdo. 2 a) de la Ley 17/2009, cuando se define su ámbito de aplicación, reproduciendo el artículo 2.2 de la Directiva de Servicios, se señala que quedan excluidos del mismo “*Los servicios no económicos de interés general*”, entre los que se encuentra, como es obvio, el servicio público educativo, en el que como hemos señalado se insertan una parte de los centros docentes de titularidad privada, esto es, los sostenidos con fondos públicos.

Ello determina que los principios y obligaciones establecidas en la Directiva de Servicios y transpuestos por la Ley 17/2009, no tendrían por qué aplicarse imperativamente al régimen de autorizaciones para el establecimiento y funcionamiento de centros concertados, *prima facie*, al formar los mismos parte del servicio público educativo y prestar servicios de carácter gratuito.

Resultando clara, por el contrario, la aplicabilidad de la Directiva de Servicios a los centros privados, el procedimiento de autorización regulado en el Decreto, se halla de pleno afectado por la misma, si se tiene en cuenta que el concierto es posterior a la autorización de apertura del centro, por lo que en la práctica, en la totalidad de las ocasiones, la autorización se solicita para un centro de los privados estrictamente hablando, sin perjuicio de que posteriormente lleguen a un concierto con la Administración educativa, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden 5753/2008, de 11 de diciembre, de la Consejería de Educación, por la que

se dictan normas para la concesión de conciertos educativos con centros docentes privados de la Comunidad de Madrid,- *“Podrán solicitar la suscripción por primera vez del concierto educativo los titulares de los centros docentes privados autorizados para impartir las enseñanzas obligatorias o el segundo ciclo de Educación Infantil.”*

No obstante lo anterior, y tal y como se pone de relieve en el informe del servicio jurídico en la Consejería de Educación, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto 2377/1985, de 18 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, que simultanea la solicitud de autorización con la solicitud de concierto, al indicar que *“Los centros privados de nueva creación que vayan a impartir enseñanzas comprendidas en la educación básica y deseen acogerse al régimen de conciertos lo solicitarán al iniciarse el procedimiento de autorización administrativa. De no solicitarlo en tal momento, no podrán acogerse a dicho régimen hasta que hayan transcurrido cinco años desde la fecha de su autorización, tal y como establece la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación.”*

Ello no impide que en el momento de la solicitud, comprensiva o no del concierto, el centro docente siga siendo privado puro, puesto que no adquiere la condición de concertado hasta la firma del convenio correspondiente.

Ahora bien, como se indica en el informe del Servicio Jurídico, se echa de menos alguna previsión respecto de los centros que deseen acogerse al régimen de conciertos, y la articulación de esta petición en el procedimiento de autorización, dadas las importantes repercusiones que, como vamos a ver, tiene el carácter del centro en relación con el procedimiento de concesión de la autorización.

## B) Silencio positivo en el procedimiento de autorización.

Otra de las implicaciones que tiene la distinción del tipo de centros privados que constituyen el ámbito de aplicación del proyecto de Decreto, es la relativa al tratamiento del silencio administrativo en el procedimiento de autorización, pues tal y como veremos, el silencio positivo, por aplicación del artículo 43 de la Ley 30/1992, no resulta de aplicación a los procedimientos que afectan a servicios públicos, como el servicio público educativo desarrollado por los centros privados concertados, que ha sido objeto de análisis en el apartado anterior.

El artículo 5.2 del proyecto establece el silencio positivo en el procedimiento de autorización de centros al disponer: *“El transcurso del plazo máximo establecido para dictar y notificar la resolución de los procedimientos regulados en este Decreto, iniciados a instancia de parte, supondrá la estimación de la solicitud por silencio administrativo”*.

Nada hay que objetar por parte de este Consejo a la aplicación del silencio positivo al procedimiento de autorización regulado en Capítulo II del proyecto, debiendo reproducir la argumentación desarrollada en el anterior apartado, esto es, al momento de solicitar la autorización todos los centros tienen carácter privado *“stricto sensu”*, sin vinculación al desarrollo del servicio público educativo, y solo en un momento ulterior, tras acogerse en su caso al concierto, se convierten en centros concertados. La previsión comentada, constituye en este punto ejecución del artículo 6 de la Ley 17/2009, que al efecto establece el silencio positivo con carácter general en los procedimientos de autorización, ajustándose, por tanto, fielmente el proyecto a su finalidad ejecutiva.

Como hemos concluido en el apartado anterior, los centros concertados forman parte del servicio público educativo, de tal forma que los procedimientos de autorización que se refieran a los mismos pueden

suponer la transferencia de facultades relativas a un servicio público, incurriendo de este modo en la excepción establecida a la aplicación del silencio positivo en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, norma esta que debe ser en todo caso respetada como así dispone expresamente el mismo artículo 6 de la Ley 17/2009. En este sentido, el Consejo de Estado en su dictamen 675/2006, de 18 de mayo de 2006, sobre el proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento administrativo de autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas regladas no universitarias de la Comunidad de Cantabria, señala expresamente que *“no puede aplicarse el silencio positivo para la autorización de los centros privados concertados al ser estos calificados como servicio público por el precitado artículo 108.3 y entrar por ello dentro de una de las excepciones legalmente establecidas en aquella regla”*.

La anterior argumentación nos lleva a considerar que, si bien es cierto que en la práctica las autorizaciones que se solicitan lo son para centros privados en sentido estricto, debería hacerse una salvedad, en el Capítulo III (Modificación de la Autorización), respecto del régimen del silencio en cuanto al procedimiento de modificación de las autorizaciones que se solicitan por centros, que han adquirido con posterioridad a la autorización el carácter de centros privados concertados.

El propio proyecto de Decreto, en atención a las diferencias entre ambos tipos de centros privados, recoge en el artículo 15.3 Capítulo IV, dedicado a la extinción de la autorización, previsiones específicas de aplicación solo a los centros concertados, por lo que este Consejo, en la misma línea, propone que el artículo 13.1 del Capítulo III referido a la tramitación del procedimiento de modificación de autorizaciones, en atención a la especialidad analizada, quede redactado como sigue: *“Las modificaciones de la autorización por las causas previstas en los apartados a) y b) del artículo anterior se tramitarán conforme al procedimiento previsto en el*

*Capítulo II, a excepción del régimen del silencio respecto de lo centros concertados que habrá de entenderse de sentido negativo”.*

Esta consideración tiene carácter esencial, sin que dicho carácter alcance a la propuesta de redacción del artículo realizada.

C) Comprobación por parte de la Administración.

El artículo 11 del proyecto de Decreto, regula la comprobación que ha de llevar a cabo la Administración, una vez otorgada la autorización de apertura y funcionamiento, observándose una insuficiente regulación dado que no se concreta el plazo para llevar a cabo la misma y una extralimitación en cuanto al ámbito objetivo de la comprobación.

La comprobación de la adecuación de las instalaciones al proyecto autorizado se configura como requisito de eficacia para la autorización misma. La propia Directiva de Servicios en su considerando 54, pone de relevancia la importancia de esta actuación dentro de los procedimientos de autorización, hasta el punto de configurarla como la razón de ser de los mismos: *“La posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori.”*(...)

En este sentido, falta en la regulación sometida a dictamen la fijación del plazo en el que la Administración ha de llevar a cabo esta actuación tan relevante, lo que con independencia de afectar a la eficacia de la



autorización misma, como se ha puesto de manifiesto, provoca una gran inseguridad, tanto respecto de los sujetos autorizados como de los usuarios de las instalaciones. Por este motivo, se ha de concretar el plazo dentro del cual la Administración ha de comprobar, considerando este Consejo que para preservar los intereses afectados, esta actuación debería producirse antes del inicio del funcionamiento del centro, dentro del plazo de seis meses regulado en el artículo 10.2 del proyecto, esto es, entre la fecha en que se comunica el inicio y el inicio mismo.

En cuanto al objeto de comprobación, éste ha de restringirse a verificar el acomodo de las instalaciones al proyecto aprobado con la autorización de apertura y funcionamiento, por lo que la extensión que se realiza en el artículo 11.1 del proyecto de Decreto, a la adecuación de las instalaciones a la normativa de requisitos mínimos resulta improcedente. Las divergencias entre las instalaciones proyectadas y la normativa de requisitos mínimos, deberían haber sido detectadas y en su caso, subsanadas, en un momento anterior del procedimiento, de cuya regulación se ocupa el artículo 9.1 del proyecto de Decreto, y que por tanto presupone un previo control sobre aquella adecuación.

Por dicho motivo, la subsanación y la revocación previstas en el mismo artículo 11, apartado 2, sólo pueden ir dirigidas a reparar desajustes entre las instalaciones y los planos en su día autorizados, y que, por tanto, de concurrir, obedecen a un incumplimiento de las condiciones bajo las que el centro fue autorizado. Las divergencias entre la normativa y las instalaciones, cuando estas últimas se ajusten fielmente a los planos presentados y autorizados en su día, expresa o tácitamente, solo podrán (deberán) ser resueltas acudiendo a los procedimientos de revisión de oficio regulados en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, previstos para anular actos favorables a los interesados, en cuanto son procedimientos en donde se arbitran garantías en favor del administrado, como la intervención



de los Órganos jurisdiccionales o del Consejo de Estado o equivalente de las comunidades autónomas, con función apreciadora y definitoria del vicio de legitimidad que hace efectivas esas garantías. La revocación contemplada en el proyecto de Decreto, en este sentido, resulta inadmisibile, revelándose por el contrario ajustada a derecho la que responde a corregir un incumplimiento de las condiciones bajo las que se impuso la autorización, esto es, la construcción de las instalaciones sin ajustarse a los planos aprobados. Por dicho motivo, se propone la supresión en el artículo 11.1 de la referencia a la adecuación a la normativa de requisitos mínimos, dejando como objeto de comprobación susceptible de subsanación y en su caso revocación, únicamente la adecuación de las instalaciones a los planos proyectados.

Con las observaciones realizadas el artículo 11.1 quedaría redactado de la forma que sigue: *“Una vez otorgada la autorización de apertura y funcionamiento, la Consejería de Educación, dentro del plazo de seis meses regulado en el artículo 10.2 y en las condiciones que normativamente se determinen, comprobará materialmente las instalaciones para confirmar su adecuación a los planos proyectados, y, en su caso, comunicará las deficiencias que se hubieren apreciado para su subsanación en el plazo que se establezca”*.

Esta consideración tiene carácter esencial, sin que dicho carácter alcance a la propuesta de redacción del artículo realizada.

#### D) Publicidad de centros autorizados.

En el artículo 6 se establece que periódicamente se publicarán en el BOCM la relación de centros autorizados. Entiende este Consejo que para que esta norma cumpla su finalidad de dar a conocer tales centros, para que en su caso queden insertados dentro de la oferta educativa de la Comunidad de Madrid, en condiciones de seguridad y transparencia, sería conveniente

establecer una periodicidad mínima, que en su caso podría ser anual y coincidente con la apertura del periodo de matriculación en centros docentes.

E) Proposición de redacciones alternativas.

En aras de una mayor claridad, se proponen las siguientes redacciones alternativas:

En el artículo 3 apartado d), se propone la siguiente redacción: “*Las personas jurídicas en las que las personas incluidas en los apartados anteriores desempeñen cargos rectores o sean titulares, directa o indirectamente, del 20 por 100 o más del capital social*”. Las palabras directa o indirectamente, añadidas, evitarían burlar la norma por medio de la interposición sucesiva de personas jurídicas.

Respecto de la redacción del artículo 5 “*Resolución de los procedimientos*”, convendría a efectos de una mayor claridad expositiva sustituir la redacción propuesta por la siguiente “*Los procedimientos de autorización, modificación o extinción de la autorización se resolverán mediante Orden del titular de la Consejería de Educación*”.

En la disposición adicional única del proyecto, cuando se refiere a Administración distinta de la Consejería de Educación, se propone sustituir Consejería de Educación por Comunidad de Madrid, puesto que la Consejería indicada, en cuanto órgano de la Administración Autonómica, carece de personalidad jurídica propia y no puede contemplarse contraponiéndola a “*otras Administraciones*”, como si tuviera el carácter de tal, de forma independiente de la Comunidad Autónoma de Madrid en cuya organización se inserta.

En la disposición transitoria única, se indica que el término *“norma de origen”* utilizado no es adecuado, pudiendo sustituirse por *“normativa vigente en el momento de la solicitud”*.

**QUINTA.-** Cuestiones formales de técnica normativa.

En términos generales, el proyecto de Decreto se ajusta a las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005. No obstante, atendiendo a la Directriz 43 incorporada en el citado Acuerdo, la referencia al *“Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid”* contenida en la Disposición final segunda debiera ir entrecomillada.

En mérito a cuanto antecede el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente,

**CONCLUSIÓN**

Que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo de este dictamen, que no tienen carácter de esenciales, salvo las relativas al procedimiento de modificación de la autorización del artículo 13.1, y a la comprobación regulada en el artículo 11, el proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento administrativo de autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas regladas no universitarias, puede someterse a su aprobación al Consejo de Gobierno, bajo la fórmula *“de acuerdo con el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”*, si se acogen las consideraciones esenciales u *“oído el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid”* en caso contrario.

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL  
EXCMO. SR. CONSEJERO, D. ANDRÉS DE LA OLIVA  
SANTOS, AL DICTAMEN 50/10.**

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular concurrente con el dictamen aprobado unánimemente por el citado Consejo, el día 3 de marzo de 2010, respecto de proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento administrativo de autorización de centros docentes privados para impartir enseñanzas regladas no universitarias. La solicitud de dictamen originó en el Consejo el expediente núm. 32/10.

No me opongo en absoluto a que se dirijan a la Administración solicitante del dictamen aprobado las fundadas consideraciones y observaciones que contiene, aunque no comparta plenamente todas ellas, de modo que mi voto es favorable al dictamen, pero he resuelto emitir voto concurrente favorable al dictamen, pues discrepo de éste en un punto sobre el que deseo expresar mi parecer, por si fuese de utilidad para la Administración. En todo caso, considero de objetiva importancia, por un lado, no aplicar a las actividades docentes o educativas unos puntos de vista no acordes con su naturaleza y, por otro lado, no involucrar la noción de “servicio público” en el análisis y deliberación sobre el amplio concepto de “servicios” que, respecto del proyecto de Decreto, ha de tomarse en consideración.

En síntesis, el objeto de este voto concurrente es hacer notar que, a mi entender, no son aplicables a la autorización de los centros docentes privados que deseen impartir enseñanzas regladas no universitarias ni la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de

diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ni la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Seguidamente explico los argumentos que apoyan esta opinión, que se adopta sin ignorar las modificaciones introducidas en la LRJ-PAC por el artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. Tampoco desconozco ni el espíritu ni el texto de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid. Aunque estos textos legales y las modificaciones que operan en nuestro Ordenamiento (especialmente a causa de los cambios en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), permiten innovaciones generales que, en cierta medida, se aprecian en el proyecto de Decreto objeto del dictamen de este Consejo Consultivo, es claro —y el silencio del texto dictaminado lo confirma— que ni la Ley 25/2009 ni la Ley 8/2009 de la Comunidad de Madrid se refieren a la enseñanza no universitaria ni pueden considerarse aplicables en materia de centros docentes que impartan enseñanzas regladas no universitarias.

En cambio, expresamente se citan por el proyecto de Decreto dictaminado la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Es esta apoyatura o invocación, a mi entender innecesaria, la que, con los debidos respetos, me permito considerar desacertada.

El dictamen se refiere en varias ocasiones, tanto al apartado 2, letra a) del artículo 2 de la Directiva, como al precepto de igual número y estructura de la Ley 17/2009. Conforme a dichos preceptos, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley que se acaban de citar *“los servicios no económicos de interés general”*.

Cualquiera que sea el criterio que se sostenga sobre la coherencia interna y la calidad técnica de la Directiva y de la Ley citadas, existe en ellas una

común definición legal de “servicio” (artículo 4 de la Directiva y en el artículo 3.1 de la Ley 17/22009). Es “servicio”, según esos preceptos, *“cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”*. El inciso “prestada normalmente a cambio de remuneración” disipa, a mi parecer, cualquier duda que pudiera plantear el sentido de la expresión “servicios no económicos”. Esa común definición del “servicio” significa que el adjetivo “económicos” ha de entenderse, en relación con el sustantivo “servicios”, como referido a la naturaleza misma de los “servicios” y no a su carácter remunerado o gratuito. Porque si los “servicios”, en el sentido de la citada Directiva y de la Ley 17/2009, se prestan *“normalmente a cambio de una remuneración”* significa que, excepcionalmente, podrían no ser remunerados, sin dejar por ello de ser “servicios”.

Así pues, lo relevante es si las actividades docentes constituyen “servicios económicos” o “no económicos”, con independencia de si esas actividades se prestan, o no, a cambio de remuneración. Y, a mi entender, las actividades de docencia no se han de considerar “servicios económicos” en el sentido de las normas que importan.

El calificativo “económicos” no es utilizado ni en la Directiva ni en la Ley citadas en un sentido vulgar, que podría considerarse casi omnicomprendivo, aplicable a innumerables actividades humanas, sino en un sentido propio o estricto, sin duda relacionado con una noción propia o estricta de la Economía. Porque sólo en este sentido se debe entender empleado el término en unos textos legales que quieren distinguir y separar de forma neta lo “económico” y lo “no económico”. Esto sentado, aunque, ciertamente, no existe unanimidad ni abrumador consenso sobre el concepto de Economía, no es atrevido pensar que, conforme a definiciones clásicas (la de Robbins, p. ej.) y que gozan de una amplia aceptación

científica y social, lo económico dice relación a *medios escasos* susceptibles de *usos alternativos*, lo que requiere elección y distribución de esos recursos.

En la misma línea opina un gran economista español como Piernas Hurtado, en su *Vocabulario de la economía: exposición de la nomenclatura y de los principales conceptos de esa ciencia*, Barcelona, Ed. Manuel Soler, 1877, cuando trata, más precisamente, del concepto “servicios económicos”: “Son —dice— los actos que se dirigen a proporcionar a otro sujeto, o a adquirir indirectamente, por medio del cambio, los bienes materiales.” Sólo serían propia e inmediatamente económicos los servicios consistentes en operaciones productivas y creadoras de valores. “Todos los actos humanos —prosigue Piernas Hurtado—, en cuanto sirven para satisfacer las necesidades materiales, tienen utilidad, valor y precio; pero los unos dan lugar a un cambio entre dos cosas económicas, y en los otros es económica una sola de ellas, la retribución, que no el servicio.”

Desde otras posiciones doctrinales bien conocidas, se enfatiza como objeto de la Economía y, por tanto, como elemento definitorio de lo económico, *la producción, la distribución, la circulación y el consumo de los bienes materiales o las relaciones sociales de producción*.

No encajan las actividades de enseñanza con ninguna de esas concepciones de lo económico y de los servicios económicos. Pero, adicionalmente a los precedentes argumentos, viene al caso un insoslayable criterio interpretativo del apartado 2, letra a) del artículo 2 de la Directiva y del precepto de igual número de la Ley 17/2009, que la traspone. Me refiero al sentido y finalidad de la Directiva de 12 de diciembre de 2006. La mera lectura de las consideraciones introductorias pone claramente de relieve que se pretende eliminar barreras “que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros”, de modo que

“procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiéndose a la libre circulación de servicios.”

A mi parecer, no cabe dejar de relacionar estas y otras similares consideraciones de la Directiva con la política europea común en materia de enseñanza. Y es de notar que, mientras existe una acción oficial de la UE encaminada al llamado “Espacio Europeo de Educación Superior”, aún no se ha iniciado —y ni siquiera, que sepamos, se ha anunciado que se iniciará— nada semejante respecto de las enseñanzas no universitarias. Parece lógico deducir, pues, que la tan repetida Directiva de servicios, de 2006, en absoluto miraba a la eliminación de barreras y al establecimiento de un mercado interior europeo en ese ámbito educativo no universitario. Y lo que acabo de señalar vale igualmente respecto de nuestra Ley 17/2009.

Finalmente y a título de anécdota: se me ha señalado que en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda ([www.meh.es](http://www.meh.es)), a propósito de la Directiva citada, aparece, entre las “preguntas frecuentes”, ésta: “¿Qué sectores de la economía están cubiertos por la Directiva?”. Y, en el párrafo primero de la respuesta se incluyen, casi al final de una larga lista de ejemplos, los “servicios en el ámbito de la formación y la educación”. No hace falta decir que es respuesta carece por completo de valor jurídico



normativo, pero sí resulta conveniente advertir que ni la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, ni la Ley 17/2009 ni la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, con su exhaustivo recorrido por las “actividades de servicios” sectores respaldan en lo más mínimo ese texto informativo. Singularmente expresivo es que la última ley citada no contenga referencia alguna al ámbito educativo. Cabe, sin duda, que a instituciones educativas y formativas se les presten servicios previstos en la Directiva y las leyes citadas, pero lo mismo podría decirse de nuestras Fuerzas Armadas y, sin duda, eso no las convierte en un “servicio” en el sentido que ahora importa.

Por todo lo expuesto, entiendo que las actividades docentes y, en concreto, las dirigidas a impartir enseñanzas no universitarias, que son las que el proyecto de Decreto contempla, han de considerarse “servicios no económicos”, aunque, desde luego, “de interés general”. Trátese de centros docentes privados concertados o no concertados, estaríamos, pues, en todo caso, ante “servicios no económicos de interés general”, sin que, a mi parecer, resulte en absoluto relevante, en cuanto a la adecuación del proyectado Decreto a la Directiva europea y la ley española tan citadas, la aplicabilidad a unos u otros centros docentes del concepto de “servicio público” acuñado por la doctrina y la jurisprudencia españolas.

Encomiable sin reservas considero el propósito de agilizar y simplificar el procedimiento de autorización de centros docentes privados, propósito declarado por la Comunidad de Madrid y de su Consejería de Educación. Entiendo, sin embargo, que, *lege lata*, ese laudable propósito no encuentra apoyo en la Directiva y en la ley estatal tan repetidamente citadas».

Madrid, 3 de marzo de 2010