



1

SENTENCIA Nº 363/04

ILMOS SRES  
Dña Cristina Páez Martínez-Virel  
Presidente  
D.César José García Otero  
D. Jaime Borrás Moya  
Magistrados

11-10-04

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

Las Palmas de Gran Canaria, a 16 de julio de 2004  
Vistos, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en esta capital, el presente recurso 1697/2003 en el que interviene como demandante [REDACTED] representado por el Procurador D.José Javier Marrero Alemán y como demandado Administración Pública de la Comunidad Autónoma representada por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, siendo indeterminada la cuantía del procedimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denegación presunta del Sr Consejero de Educación, Cultura y Deportes del escrito de fecha 30 de septiembre de 2002 que solicita acción urgente para la menor adecuando su nivel académico a su madurez psíquica y adquisición de conocimientos realizando sexto curso de Educación Primaria en el curso 2003/2004.

SEGUNDO.- Por la representación procesal del recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo, formalizando demanda con la suplica de que se dicte sentencia que anule la resolución recurrida, declarando el derecho de la hija de su representada a matricularse en el presente curso académico 2003/2004 en sexto curso de Educación primaria, condenando a la Administración a que así lo admita y





2

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias



ampare, regularizando la situación académica de la niña, declarando nulos e inaplicables a la resolución presunta objeto de la presente litis el apartado 1º b) y los subapartados b) y c) del artículo 33 de la Orden de 7 de abril de 1997 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias por la que se regula el procedimiento de realización de las adaptaciones curriculares de centro y las individualizadas en el marco de la atención a la diversidad del alumnado de las enseñanzas no universitarias en la Comunidad Autónoma de Canarias.

TERCERO.-La demandada interesó la desestimación del mismo.

Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

Siendo ponente la Ilma Sra. Dña Cristina Páez Martínez-Virel y VISTOS los preceptos legales citados por las partes y los que son de general aplicación.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se impugna Denegación presunta del Sr Consejero de Educación, Cultura y Deportes del escrito de fecha 30 de septiembre de 2002 que solicita acción urgente para la menor adecuando su nivel académico a su madurez psíquica y adquisición de conocimientos realizando sexto curso de Educación Primaria en el curso 2003/2004.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de la parte actora se manifiesta que: se invoca vulneración del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre reguladora del Procedimiento Administrativo Común, pues estamos ante una resolución presunta que deniega una solicitud de avance escolar de su hija habiendo transcurrido el plazo sin dictar resolución expresa pese a que no hay ninguna norma estatal ni autonómica que establezca un régimen distinto de silencio administrativo al menos con rango de Ley que es lo que claramente exige el artículo 43.2 de la Ley de Procedimiento Común.

Si se interpretase que el acto es denegatorio se invoca las causas de nulidad contenidas en los subapartados e) y g) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992 por haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido; el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/90 de 3 de octubre de Ordenación del Sistema Educativo dispone que el sistema educativo español configurado de



3

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en Canarias



acuerdo con los principios y valores de la Constitución y asentado en el respecto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley Orgánica 8/1985 reguladora del Derecho a la Educación se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha Ley: A) El Pleno desarrollo de la personalidad del alumno añadiendo el artículo 2.3 que la actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios a la formación personalizada que propicie una educación integral en conocimientos...d) el desarrollo de las capacidades creativas y del espíritu crítico... Por otro lado el Decreto 696/95 de 28 de abril en sus artículos 10 y 11 y Disposición Adicional Primera establece que la educación educativa de estos alumnos velará especialmente por promover un desarrollo equilibrado de los distintos tipos de capacidades establecidas en los objetivos generales de las diferentes etapas educativas y que la Administración establecerá el procedimiento para evaluar las necesidades educativas especiales de esos alumnos así como el tipo y alcance de las medidas que deban adoptar para su adecuada satisfacción, señalando asimismo la citada Disposición Adicional Primera que la Administración establecerá las condiciones y procedimiento para flexibilizar, con carácter excepcional la duración del periodo de escolarización obligatoria de los niños superdotados. Asimismo el Decreto Canario 286/1995 establece en su artículo 5 que todo el alumnado que presente necesidades educativas especiales... se beneficiará de las ayudas pedagógicas específicas de que dispone el sistema educativo.

Por último, la reciente Ley 10/2002 de 23 de diciembre de 2002 de Calidad de la educación Son principios de calidad del sistema educativo:

a) La equidad, b) La capacidad de transmitir valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la cohesión y mejora de las sociedades, y la igualdad de derechos entre los sexos, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación, así como la práctica de la solidaridad, mediante el impulso a la participación cívica de los alumnos en actividades de voluntariado.c) La capacidad de actuar como elemento compensador de las desigualdades personales y sociales yd) La participación de los distintos sectores de la comunidad educativa, en el ámbito de sus correspondientes competencias y responsabilidades, en el desarrollo de la actividad escolar de los centros, promoviendo, especialmente, el necesario clima de convivencia y estudio.e) La concepción de la educación como un proceso



4

9

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias



permanente, cuyo valor se extiende a lo largo de toda la vida.f) La consideración de la responsabilidad y del esfuerzo como elementos esenciales del proceso educativo.

g) La flexibilidad, para adecuar su estructura y su organización a los cambios, necesidades y demandas de la sociedad, y a las diversas aptitudes, intereses, expectativas y personalidad de los alumnos.h) El reconocimiento de la función docente como factor esencial de la calidad de la educación, manifestado en la atención prioritaria a la formación y actualización de los docentes y a su promoción profesional.i) La capacidad de los alumnos para confiar en sus propias aptitudes y conocimientos, desarrollando los valores y principios básicos de creatividad, iniciativa personal y espíritu emprendedor.

Se observa pues, que todos aquellos principios han sido frontalmente vulnerados y despreciados,

Por otro lado, en la fecha de presentación de la solicitud era de aplicación la Orden de 7 de abril de 1997 de la consejería de Educación, Cultura y Deportes. Sin embargo, el artículo 33 no era de aplicación pues va contra lo establecido en Normas de Rango superior y en este sentido ya se manifestó la Audiencia Nacional en sentencia de fecha 30 de septiembre de 2002 en la cuestión de ilegalidad 3/02/02 por la que se declaraba ilegal parte del articulado de la Orden Ministerial de 24 de abril de 1996 y ahora se pide que se declare la nulidad de los apartados de los preceptos citados de la Orden de 7 de abril de 1997 por contradecir lo dispuesto en normas de rango superior pues las normas se oponen a lo establecido en la Ley 1/1990 de 3 de octubre en el RD 696/1995 de 28 de abril e incluso en el Decreto Canario 286/1995 de 22 de septiembre.

Por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias se alegó: Que concurre la excepción de litis consorcio pasivo necesario a no haber demandado al recurrente al Colegio en que cursa estudios la menor; que concurre la causa de inadmisibilidad del artículo 69 c) de la jurisdicción contencioso administrativa y que no existe vulneración de derecho a la educación contemplado en el artículo 27 de la Constitución Española.

TERCERO.- En cuanto a la causa de inadmisibilidad invocada por la parte demandada de falta de litisconsorcio pasivo necesario, En relación con la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/86, de 17 de abril, en interpretación de lo establecido en el artículo 29 de la Ley de la



5

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

9

Jurisdicción Contencioso administrativa de 1956 (cuyo contenido no ha sido modificado en lo sustancial en el correlativo artículo 21 de la vigente Ley 29/1998), se ha encargado de declarar que en esta materia contenciosa, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil, no cabe la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Argumenta dicha sentencia que en todos los procesos, como el contencioso-administrativo, en que se deciden derechos o intereses de naturaleza pública, corresponde al juzgador y no a las partes convocar al pleito a todos los que puedan resultar afectados por la sentencia. Y añade que en los procesos contencioso-administrativos, se considera parte demandada, con independencia de la voluntad del recurrente o demandante, a las partes a cuyo favor deriven derechos del acto recurrido, o intervinientes como coadyuvantes del demandado o de la Administración. Y en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1988, 20 de mayo y 16 de julio de 1991, 8 de febrero y 23 de abril de 1994, y 11 de mayo y 16 de junio de 1998, 14 de febrero de 1999 y 8 de febrero de 2000, han dicho que la relación jurídico-procesal se constituye, como regla, entre el demandante y la Administración. El actor cumple con dirigir la demanda contra la Administración que ha dictado el acto recurrido, correspondiendo la legitimación pasiva a la Administración de que proviene el acto recurrido porque el recurso no se interpone contra personas determinadas sino contra un acto, de modo que devienen demandados automáticamente la Administración autora del mismo y todos aquellos a quienes hubiere originado derechos.

También se invoca la concurrencia de la causa prevista en el artículo 69 c) de la Ley de la Jurisdicción al plantearse cuestiones sobre las que nada se dijo ante la Consejería de Educación ni al interponer el recurso.

No procede acoger dicha causa de inadmisibilidad pues ha quedado perfectamente delimitado el objeto del recurso y en este caso la ilegalidad de la disposición se esgrime como un motivo de impugnación del acto. Se realiza pues, una correcta impugnación indirecta de disposiciones generales mediante el recurso frente a un acto de aplicación prevista en el artículo 26 de la Ley Jurisdiccional.

CUARTO.- Procede pues entrar en el fondo del asunto. De lo actuado resulta que la menor [REDACTED], de ocho años de edad y cursando estudios de tercer curso de primaria en el momento de su solicitud, tiene una sobredotación intelectual con un coeficiente intelectual de 146 lo que se demuestra a través del informe aportado con su escrito de solicitud de avance y el informe aportado con la





6

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Calles

demanda. El psicólogo D. Luis Bungarín Antelo depuso como testigo y se ratificó en el contenido de su informe.

Con los anteriores antecedentes resultaba necesario la adecuación urgente a su nivel académico de acuerdo con su madurez psíquica y capacidad de adquisición de conocimientos.

Corresponde pues analizar si la menor podía de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico incorporarse al nivel de Sexto Curso de Educación Primaria en el curso académico 2003/2004.

QUINTO.- Hay que partir de que la Administración demandada lo único que esgrime es que no se ha vulnerado el derecho a la educación contemplado en el artículo 27 de la Constitución Española como pretende la parte actora.

A la desestimación presunta hay que añadir pues, lo exiguo, desde el punto de vista jurídico de la contestación a la demanda, amén de la falta de proposición de prueba y la ausencia en la práctica de la prueba testifical. En definitiva el demandante se encuentra con que ha articulado su pretensión en vía administrativa y judicial sin realmente conocer realmente el sostén jurídico de la negativa de la Administración.

En primer lugar examinaremos la normativa:

la ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de 2002 de Calidad de la Educación establece en el Artículo 43 que:

1. Los alumnos superdotados intelectualmente serán objeto de una atención específica por parte de las Administraciones educativas.
2. Con el fin de dar una respuesta educativa más adecuada a estos alumnos, las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para identificar y evaluar de forma temprana sus necesidades.
3. El Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá las normas para flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo establecidos en la presente Ley, independientemente de la edad de estos alumnos.





7

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en Canarias



4. Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para facilitar la escolarización de estos alumnos en centros que, por sus condiciones, puedan prestarles una atención adecuada a sus características.

5. Corresponde a las Administraciones educativas promover la realización de cursos de formación específica relacionados con el tratamiento de estos alumnos para el profesorado que los atiende. Igualmente adoptarán las medidas oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos.

Por su parte la Disposición Adicional primera de la citada Ley señala que: El Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, aprobará el calendario de aplicación de esta Ley, que tendrá un ámbito temporal de cinco años, a partir de la entrada en vigor de la misma. En dicho calendario se establecerá la extinción gradual del plan de estudios de las enseñanzas de Idiomas en vigor, la implantación de los currículos correspondientes, así como las equivalencias a efectos académicos de los años cursados según el plan de estudios que se extingue. Asimismo, se regulará la implantación de las enseñanzas de régimen general y las equivalencias de los títulos afectados por esta Ley.

La Disposición Transitoria Quinta. Vigencia de normas reglamentarias señala que:

En las materias cuya regulación remite la presente Ley a ulteriores disposiciones reglamentarias, y en tanto éstas no sean dictadas, serán de aplicación, en cada caso, las normas de este rango hasta ahora vigentes.

Pues bien, la normativa aplicable sería la Orden de 7 de abril de 1997 que regula el procedimiento de realización de las adaptaciones curriculares de centro y las individualizadas. Dicha Orden en su artículo 33.1 b) señala que "la reducción del periodo de escolarización obligatoria será de un máximo de dos años. Esta reducción máxima no se podrá aplicar durante la misma etapa educativa. En el 2 b) Podrá reducirse un año la escolarización de educación primaria cuando en la evaluación psicopedagógica que acredite la sobredotación intelectual del alumno se prevea que dicha medida es la más adecuada para el desarrollo de su equilibrio personal y de su socialización y que globalmente tiene adquiridos los objetivos de ciclo que le corresponde cursar. No podrán acogerse a lo señalado en este apartado aquellos alumnos que ya hubieran anticipado el inicio de su escolarización





8

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias



obligatoria. c) Podrá reducirse un año la escolarización en la educación secundaria obligatoria cuando en la evaluación psicopedagógica que acredite la sobredotación intelectual del alumno se prevea que dicha medida es la mas adecuada para el desarrollo de su equilibrio personal y de su inserción social y que globalmente tiene adquiridos los objetivos del ciclo o curso que le corresponde seguir.

Con posterioridad a dicha Orden se ha dictado la Resolución de 26 de septiembre de 2002 por la que se determinan los procedimientos para orientar la respuesta educativa al alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual, en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de la Orden de 7 de abril de 1997( "las Direcciones Generales de la Consejería, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictarán cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden"). En la Resolución de 26 de septiembre de 2002 apartado Cuarto 1.1 dice que" los artículos 33 y 34 de la Orden de 7 de abril mencionada determinan los criterios generales y el procedimiento para solicitar la flexibilización del período de escolarización obligatoria"; en el Apartado sexto punto 1º para la elaboración, desarrollo y seguimiento de las adaptaciones curriculares individuales se estará a lo dispuesto en la Orden de 7 de abril de 1997, y a lo recogido en la presente Resolución".

SIXTO.- La cuestión que hay que abordar es si se puede imponer límites temporales respecto a las medidas de flexibilización del período de escolarización cuando la Ley Orgánica 10/2002 no los contiene. Se hace indispensable traer a colación que por Auto de 27 de marzo de 2002 el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, se resolvió plantear cuestión de ilegalidad en relación con un inciso del apartado 3.2. de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de abril de 1996 (BOE de 3 de mayo de 1996), por la que se regulan las condiciones y el procedimiento para flexibilizar con carácter excepcional, la duración del período de escolarización obligatoria de los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual. La Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 30 de septiembre de 2002 dijo que" cabe entender que el inciso mencionado del apartado Tercero de la Orden de 24 de abril de 1996, introduce un límite en la aplicación de las condiciones de flexibilización de alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones





9

Panel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias



personales de sobredotación intelectual, que no existía ni en la LOGSE EDL 1990/14676 ni en el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril EDL 1995/13977, que la desarrolla en este aspecto, sin que se expresen las razones de semejante innovación, y que impide la correcta aplicación de los principios generales contenidos en las normas de rango superior que no habilitan para ello a la Orden y a las que, por tanto, resulta contraria, por lo que procede estimar la presente cuestión de ilegalidad y, en aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271, declarar la nulidad de dicha disposición".

A esta conclusión llegó tras declarar que " parece claro, sin embargo, que la regla que hace más rígido ese límite al impedir que se aplique en la misma etapa educativa el plazo máximo de dos años, se opone a los principios establecidos en la LOGSE EDL 1990/14676 y en Real Decreto EDL 1995/13977 y, muy especialmente al de atención individualizada a los alumnos en estas condiciones, lo que puede repercutir, también, negativamente en los otros dos principios de integración y normalización; la posibilidad de que en la práctica se produzcan situaciones en los que la aplicación de esa regla sea claramente contraria a los principios inspiradores de esta materia, perjudiciales para el alumno y nada beneficiosos para la Administración educativa, es muy grande; basta para ello el ejemplo que ofrece el caso objeto del recurso ante el Tribunal Superior "aunque los casos que puedan presentarse en la práctica sean muy escasos y excepcionales, como excepcionales son las necesidades educativas especiales de este tipo de alumnos, una medida como del apartado tercero de la orden, que impide actuar en consecuencia con los resultados de la evaluación continuada a que se refiere el art. 36.4 LOGSE EDL 1990/14676, es contraria a esta norma y a las demás que regulan la atención a las necesidades educativas especiales, sin que, por otra parte, se proporcione razón alguna acerca de la necesidad o de la conveniencia en que el sistema cuente con semejante limitación. Por otra parte el establecimiento de plazos y más aún, la fijación de rígidos límites para su aplicación en un ámbito en que la propia LOGSE EDL 1990/14676 no ha querido establecerlos, a diferencia de lo en ella regulado para cuando, por ejemplo, los alumnos no alcancen los objetivos de un determinado ciclo, y en otros casos que antes se han expuesto, debe ser objeto de una cuidadosa regulación que no ponga en peligro los objetivos y principios generales que se establecen en la Ley Orgánica para lograr que la atención educativa de tales alumnos sea la adecuada pues, así como resulta lógico establecer todas las cautelas necesarias para identificar las condiciones de



10

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias



sobredotación y evaluarlas, la adopción de las medidas derivadas de esa evaluación no pueden verse comprometidas con la existencia de una barrera que impida a la propia Administración ponerlas en práctica, lo que es contrario a la propia naturaleza de la materia de que se trata y a las normas de rango superior que, como se ha expuesto, no contienen tales límites, ni la necesidad de establecerlos resulta de dichas normas, sino más bien al contrario, ni, por otra parte, constan en modo alguno las medidas con que se afronta esta cuestión en países de nuestro entorno o con sistemas educativos similares, ni las otras razones genéricamente mencionadas por el Abogado del Estado que carecen de reflejo, como se ha dicho, en el Preámbulo de la Orden EDL 1996/15057 y en el expediente seguido para su elaboración"

SÉPTIMO.- Si a tal conclusión llegó la Audiencia Nacional respecto de una Orden Ministerial que sirvió de base y fundamento para la Orden Autonómica, la misma suerte ha de correr la disposición autonómica que tratamos.

Teniendo pues, la Orden de 24 de abril de 1996 el carácter de norma básica tal como se recoge en su Disposición Adicional Primera y dado que la Audiencia Nacional ha anulado el inciso del apartado 3.2 porque " introduce un límite en la aplicación de las condiciones de flexibilización de alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual, que no existía ni en la LOGSE EDL 1990/14676 ni en el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril EDL 1995/13977, que la desarrolla en este aspecto", corolario de lo expuesto es que ,procede anular de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , la Orden de 7 de abril de 1997 en su artículo 33 .1 b) y 2 b) y c) porque con dicho precepto se están ignorando los principios del sistema educativo establecidos en el artículo 43 de la ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de 2002 y porque se apoya en una norma básica que ya ha sido anulada por la Audiencia Nacional en este extremo. Se impone pues, la estimación del recurso.

OCTAVO.- No procede hacer expreso pronunciamiento sobre las costas.

En función de lo hasta aquí expuesto

FALLAMOS



11

Justicia en Canarias

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ██████████ en nombre de su hija ██████████ contra el acto administrativo a que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente sentencia que anulamos por no ser ajustado a derecho, declarando el derecho de ██████████ a matricularse en el presente curso académico 2003 /2004 en Sexto Curso de Educación Primaria, y anular el artículo 33 .1 b) y 2 b) y c) de la Orden 7 de abril de 1997 por la que se regula el procedimiento de realización de las adaptaciones curriculares de centro y las individualizadas, en el marco de la atención a la diversidad del alumnado de las enseñanzas no universitarias en la Comunidad Autónoma de Canarias.

SEGUNDO.- No procede hacer expreso pronunciamiento sobre las costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior resolución por la Magistrada Ponente Ilma Sra Dña Cristina Páez Martínez-Virel en audiencia pública el mismo día de su fecha. CERTIFICO.-El Secretario.-

