

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo**  
**Contencioso-Administrativo**  
Sección: CUARTA

**SENTENCIA**

**Fecha de Sentencia:** 12/11/2012

**RECURSO CASACION**

**Recurso Núm.:** 3858/2011

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria

**Votación:** 30/10/2012

**Procedencia:** T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

**Escrito por:**

**Nota:**

EDUCACION. CANARIAS. ORDEN QUE REGULA ATENCION EDUCATIVA AL ALUMNADO CON ALTAS CAPACIDADES INTELECTUALES. ESTIMACION EN LA INSTANCIA. AUSENCIA DE TRAMITE DE AUDIENCIA A MENORES Y PADRES. DERIVA DE NORMATIVA BASICA. DESESTIMACION EN CASACION. - F-

**RECURSO CASACION Num.: 3858/2011**

**Votación: 30/10/2012**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Lecumberri Martí**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez**

## **SENTENCIA**

**TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: CUARTA**

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. José Manuel Sieira Miguez**

**Magistrados:**

**D. Ricardo Enríquez Sancho  
D. Segundo Menéndez Pérez  
D. Enrique Lecumberri Martí  
D. Santiago Martínez-Vares García**

---

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 3858/2011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de nueve de

junio de dos mil once, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en los autos número 392/2006.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación FANS Fundación Canaria de Ayuda a los Niños Superdotados, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Teresa Moncayola Martín.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sección Primera, en los autos número 392/2006, dictó sentencia el día nueve de junio de dos mil once, cuyo fallo señala: *"estimar el recurso interpuesto por la entidad FUNDACIÓN DE AYUDA A LOS NIÑOS SUPERDOTADOS DE CANARIAS (FANS) contra la Orden de 22 de julio de 2005 dictada por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias por la que se regulaba la atención educativa al alumnado con altas capacidades intelectuales, resolución que se anula por las razones señaladas en los fundamentos jurídicos de esta resolución. No procede hacer expresa imposición de las costas causadas"*.

**SEGUNDO.-** La representación procesal de la parte recurrente preparó el recurso de casación y la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación formulado, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la parte recurrente, la Sección Primera acordó por Providencia de diecisiete de febrero de dos mil once, la admisión del recurso y la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta, que otorgó plazo de treinta días para la formalización del escrito de oposición.

**TERCERO.-** La representación procesal de la parte recurrida presentó escrito de oposición el 17 de mayo de dos mil doce, solicitando la desestimación del recurso y expresa imposición de costas a la parte recurrente.

**CUARTO.-** Se acordó que las actuaciones quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se acordó para el día treinta de octubre de dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ,**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia objeto de impugnación anula la disposición impugnada en base al siguiente razonamiento:

<<En primer lugar ha de analizarse la excepción alegada de falta de capacidad para el ejercicio de la acción conforme a lo previsto en el art. 45.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que determina: "2. A este escrito se acompañará: .....d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado."; el cumplimiento o no de dicho requisito debe analizarse atendiendo detallada y pormenorizadamente cada caso en concreto, a fin de determinar quién otorga el poder y qué facultades ostenta, así como por ejemplo si quien otorga el poder, y es un poder apud-acta, es el Administrador Único de la entidad mercantil o un Consejero Delegado, con las facultades delegadas necesarias para ello o hay un acuerdo del órgano competente de la entidad o persona jurídica decidiendo el ejercicio de la acción.

Dicho lo anterior, lo cierto es que el criterio seguido por la actual jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que, por ejemplo, aparece resumida en la Sentencia de 14 de julio de 2009 (recurso 2480/2008), establece

que: "En efecto, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2008 (RC 4755/2005), advertimos la distinción entre el poder de representación procesal y el acuerdo expresivo de la decisión de litigar de las personas jurídicas, y rechazamos las alegaciones formuladas respecto de la inexigibilidad de aportar dicho acuerdo societario para interponer un recurso contencioso-administrativo, con los siguientes razonamientos:....".

Los requisitos deben acreditarse y cumplirse antes de que se dicte sentencia y no es imprescindible requerir a la parte para que subsane y

cumpla con una obligación legal que debe saber que le incumbe acreditar adecuadamente. La aplicación de dichos criterios al presente caso determina la desestimación de la excepción por cuanto que, como ya indicamos en el Auto de fecha 19 de enero de 2007, el defecto inicialmente apreciado y que sí podría haber dado lugar a la inadmisibilidad del recurso, fue subsanado mediante la aportación del certificado, debidamente firmado por la Secretaria y Patrona de la Fundación, relativo al acta nº 29 de la reunión extraordinaria nº 16 en la que se acordó la impugnación de la Orden a que se refieren estas actuaciones, adjuntándose copia de dicha Acta, donde consta la asistencia del Presidente y de la Secretaria o Vicepresidenta (ostentaba ambos cargos), los dos Patronos de la Fundación según consta en la escritura fundacional, siendo en total el número de Patronos de 3, por lo que el voto favorable de dos de ellos supone la mayoría suficiente para la adopción del acuerdo indicado tal y como reflejan los estatutos que sí están aportados a las actuaciones. Con dichos documentos y de su lectura, se deriva inevitablemente la correcta formación de la voluntad para impugnar la Orden por parte de la Fundación y la capacidad procesal para ello, desvirtuándose las alegaciones de la Administración demandada que llegan a alegar dudas sobre la validez de la documental presentada, sin base de prueba alguna.

... Analizando el fondo del asunto, la Fundación ha impugnado la Orden básicamente con fundamento en las siguientes consideraciones sintetizadas:

1- Básicamente, por chocar frontalmente con la legislación vigente en materia de protección del menor, suponiendo la quiebra de derechos fundamentales del menor, una discriminación hacia el resto de los menores, un

alejamiento de la realidad educativa, así como una quiebra del derecho de las familias a participar activamente de la educación de sus hijos.

2- Sólo se vincula la toma de decisiones a los funcionarios de la Consejería de Educación, sin tomar en consideración las opiniones de otros profesionales vinculados con el menor y no pertenecientes a la Administración demandada, entendiéndose que dichos profesionales deben ser partícipes en las decisiones que sobre la educación y formación del menor se adopten, puesto que se considera que tienen un conocimiento más exhaustivo que el que deriva del mero informe psicopedagógico que se prevé realizar al menor. A este respecto se impugnan todos los artículos de la Orden, salvo los números 1, 2, 3, 12, 15, 16 y 17.

3- La Orden choca frontalmente con el Derecho de los Padres a participar activamente en la educación de sus hijos, su intervención es nula salvo para otorgar determinadas autorizaciones y ello es especialmente relevante por los perjuicios que de una inadecuada escolarización pueden derivarse para el menor, infringiendo el art. 4 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, especialmente, de determinados apartados, así como del art. 3 de la Ley de Calidad de la Educación y el art. 27 de la Constitución . En ese sentido se impugnan los arts. 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 y 12 de la Orden.

4- La Orden infringe lo dispuesto en los arts. 2, 4, 9, 10, 11, 12, 15 de la Ley Orgánica del Menor, no se refleja un derecho del menor a ser oído ni la primacía del interés de éste sobre cualquier otro interés, por lo que se impugnan los arts. 3 a 15 inclusive de la Orden.

5- La Orden contradice los arts. 2, 12.3 y 16.3 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, especialmente se impugnan a este respecto los arts. 3 a 15 de la misma.

6- El art. 4 de la Orden regula la detección temprana de las situaciones especiales de los alumnos, pero la edad de 6 años no constituye una detección temprana, por lo que se impugnan dicho precepto y los arts. 11 y 13.

7- La Orden sitúa la sobredotación y la superdotación intelectual sólo a partir de los 12-13 años de edad, cuando en realidad puede apreciarse desde los 4-5 años de edad, impugnándose a este respecto los arts. 3, 6, 10, 12 y 17 de la Orden.

La Administración se opone alegando:

1- Que son inexistentes los quebrantamientos de los derechos fundamentales del menor esgrimidos sin razonamiento por la entidad demandante.

2- Que en la identificación, detección y evaluación del alumnado con altas capacidades intelectuales se tienen en cuenta las opiniones de los profesionales vinculados al menor aunque no sea personal al servicio de la administración pública, tales como psicólogos, pedagogos, psiquiatras y médicos.

3- Que es de aplicación a estos alumnos el resto de la normativa vigente, así en lo que atañe a la participación activa de los padres o tutores legales en la toma de decisiones en la educación de sus hijos está garantizada en la normativa legal vigente.

No es cierto que la Administración tenga abandonada la función docente por no hacer constar orientaciones pedagógicas en el texto normativo.

4- No hay vulneración del derecho a la intimidad del menor por su sometimiento a diferentes pruebas por los equipos psicopedagógicos de la Consejería de Educación, máxime cuando ya le han sido realizadas algunas pruebas por otros especialistas privados y porque los padres o tutores legales pueden, si lo desean, no autorizar su realización.

5- Canarias es la única Comunidad Autónoma española que desarrolla la detección temprana del alumnado con altas capacidades de forma generalizada en el primer curso de educación primaria (6 años), y así se recoge en la Orden.

6- Los alumnos precoces (menores de 13 años) por sobredotación o superdotación recibirán la misma respuesta educativa desde el momento en que sean identificados como alumnado de altas capacidades, como se puede comprobar a lo largo del contenido de la orden.

... Por muy evidente que resulte, lo primero que ha de dejarse sentado es que la respuesta a las cuestiones que se han planteado en este recurso ha de ceñirse necesariamente al ámbito jurídico, la Sala no es especialista en pedagogía, psicología, docencia o educación y no se han aportado a los autos informes periciales de ningún tipo por ninguna de las partes.

En segundo lugar ha de hacerse referencia al marco normativo dentro del que ha de moverse la decisión sobre la legalidad o no de la Orden impugnada o de alguno de sus preceptos, aunque la Orden se dictó el 22 de julio de 2005 (y la Resolución que la desarrolla es de fecha 21 de diciembre de 2005, vigente la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, dicha Ley fue derogada por el apartado b) de la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, presentándose la demanda ya dentro de la vigencia de esta última Ley, vigente desde el 24 de mayo de 2006, por lo que nos centraremos en el contenido de esta última Ley ya que ello no causa indefensión alguna a las partes y constituye la legislación vigente a cuyo contenido ha de adaptarse la Orden dictada.

Aparte de los principios generales y normas de general aplicación para todos los implicados en el proceso educativo, la citada Ley dedica a los alumnos a que se refiere la Orden impugnada dentro del TÍTULO II, EQUIDAD EN LA EDUCACIÓN, y en su CAPÍTULO PRIMERO, ALUMNADO CON NECESIDAD ESPECÍFICA DE APOYO EDUCATIVO, la SECCIÓN SEGUNDA, bajo el título de Alumnado con altas capacidades intelectuales, reseñando únicamente dos preceptos:

"Artículo 76. Ámbito

Corresponde a las Administraciones educativas adoptar las medidas necesarias para identificar al alumnado con altas capacidades intelectuales y valorar de forma temprana sus necesidades. Asimismo, les corresponde adoptar planes de actuación adecuados a dichas necesidades.

Artículo 77. Escolarización

El Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá las normas para flexibilizar la duración de cada una de las etapas del sistema educativo para los alumnos con altas capacidades intelectuales, con independencia de su edad."; lo cierto es que los arts. 36 y 37 de la LOGSE derogada eran más indicativos y los mismos fueron desarrollados por el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la Educación de los

Alumnos con necesidades Educativas Especiales, el cual ha sido derogado el 3 de noviembre de 2009 por el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regulan la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados, los requisitos que han de cumplir los centros que impartan el primer ciclo de la educación infantil y la atención al alumnado con necesidad específica

de apoyo educativo en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación, aunque por virtud de la Disposición Transitoria Única mantiene su vigencia en tanto no exista un desarrollo normativo.

El Real Decreto 696/1995 de ordenación de la Educación de los Alumnos con necesidades Educativas Especiales, tiene especial relevancia en relación con este proceso por dos razones, primero porque ha de servir como norma de comparación para apreciar diferencias entre la regulación estatal y la de la Comunidad Autónoma y determinar si en esta última se infringe alguna de las leyes que se citan como contravenidas por la parte recurrente, y, segundo, porque en relación al mismo existe ya dictada una Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21-2-2007, que también ha de servir como término de referencia sobre la legalidad de la Orden impugnada.

... Teniendo en cuenta lo anterior y destacando que, ya de entrada no se admite que la Orden impugnada infrinja la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ni la Ley Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, ni el art. 27 de la Constitución, en cuanto a que el interés primordial que persigue la Orden es el interés del menor, ya que no se ha acreditado en modo alguno que la citada regulación tenga otros intereses distintos o que prevalezcan sobre el de los menores, lo cierto es que lo menos que puede decirse, salvo en los apartados señalados anteriormente como 6 y 7 de los motivos de impugnación, es que éstos pecan de genéricos y poco específicos, llegando a la conclusión esta Sala de que los mismos se centran en la falta de participación activa de los padres en la educación de los menores, la falta de audiencia a éstos y la falta de previsión de un sistema para incorporar actuaciones de otros profesionales en las evaluaciones que han de realizarse, en eso y no en otra cosa han de entenderse resumidos todos los motivos de impugnación. Resulta relativamente patente que existe una discrepancia doctrinal entre la Fundación impugnante y la Consejería de Educación sobre el enfoque que ha de darse a los supuestos de menores con sobredotación intelectual o altas capacidades intelectuales, situación que ha derivado curiosamente en que el mayor número de sentencias dictadas en relación con este tema correspondan a esta Comunidad Autónoma, pero ello ni se va a resolver aquí, ni puede ser objeto de enjuiciamiento.

En cuanto a la falta de participación activa de los padres y de audiencia de los menores, ciertamente, se echa de menos en la regulación de la Orden alguna mención a algún trámite en que se dé participación a los padres, aparte de las meras autorizaciones para hacer exploraciones de los menores o de ejecutar la decisiones adoptadas por los miembros de la Consejería de Educación, antes de llegar a esas decisiones debía oírse la opinión de los padres y, ciertamente, también de los menores, sin que sean vinculantes en modo alguno, pero un mínimo principio de audiencia así lo requiere. De hecho, el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la Educación de los Alumnos con necesidades Educativas Especiales, establecía y establece en su Disposición Adicional Primera: "Disposición Adicional Primera. Flexibilización del período de escolarización.

El Ministerio de Educación y Ciencia, de acuerdo con las Comunidades Autónomas que se encuentran en el pleno ejercicio de sus competencias, establecerá 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. El procedimiento que se establezca contemplará en todo caso la audiencia previa a los alumnos implicados y a sus padres o tutores."; resulta patente la vulneración de dicha regulación, que no es claro si ciertamente es vinculante para la Comunidad Autónoma, más parece que no, pero es evidente que si hay una regulación clara y referencial y que **la falta de audiencia previa de los alumnos implicados y de sus padres o tutores supone una vulneración del derecho de los padres reconocido en la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación** (arts. 1 y 2, principios y fines; arts. 71 y 72, y 118), en la derogada Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en la también derogada Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (art. 3) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (arts. 9 y 10); **la falta de audiencia previa a los padres y tutores y a los alumnos vicia totalmente el contenido y desarrollo de la orden, los trámites y medidas en ella previstos, sin dicha audiencia previa no pueden estimarse como válidos**, lo cual determina la estimación del recurso en términos generales, sin perjuicio de lo cual, a continuación se analizarán algunos de los supuestos concretos también impugnados y todo ello sin dejar de reconocer que el contenido de dichas audiencias y su resultado no sería nunca vinculante para la organización

educativa, la cual, dentro de sus competencias y mediante las oportunas resoluciones motivadas y razonadas, es la que en última instancia debe decidir el proceso educativo a seguir con cada alumno concreto, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse contra las decisiones que se adopten, pero sin duda el punto de vista de la administración u organización educativa es más amplio que el de los padres y el de los alumnos, lo que no implica que pueda permitirse desconocer su opinión.

... Como otra de las cuestiones planteadas en el recurso, puede señalarse la aportación y colaboración realizada por profesionales ajenos a la Administración educativa, lo que, como señala la Administración demandada, si se prevé en la Resolución de 21 de diciembre de 2005, pero se echa de menos que ello fuera expresamente incluido en la Orden y que, incluso, pudieran sustituirse actuaciones puntuales de la Administración, si se considera pertinente por la Administración, ya realizadas y correctamente motivadas e informadas por profesionales ajenos a la Administración, evitando la reiteración de actuaciones sobre el menor que ciertamente pueden llegar a ser perjudiciales, pero ello como decisión exclusiva de la organización educativa y en aras a la primacía del interés del menor, correspondiendo a la Administración la toma de dichas decisiones, pero sin que ello pueda estimarse cumplido, como indica la contestación a la demanda, por la mera negativa de los padres a la práctica de exploraciones del menor, se debe justificar la necesidad de realizar nuevas exploraciones si ya consta la existencia de informes técnicos suficientes y motivados. La negativa de los padres lo que conllevará es un informe psicopedagógico final contrario a los intereses de los padres o simplemente de carácter omisivo, no se ha podido realizar el informe por lo que no se propone medida alguna especial en relación con el alumno en cuestión, ello no basta para estimar que se respeten adecuadamente los derechos e intereses del menor. Los informes externos no van a suplir nunca la decisión de la organización educativa, ni tampoco van a ser vinculantes, pero sí pueden servir para colaborar en la detección de los alumnos con altas capacidades intelectuales y en las medidas más convenientes a adaptar en cada caso, por lo que no se explica la razón de que no se haya dejado en la Orden una vía abierta para que se puedan aportar informes profesionales o valoraciones técnicas adecuadamente realizadas.

En cuanto a la sobredotación y superdotación intelectual definida en el art. 3 apartado 1 de la Orden impugnada y referida exclusivamente a alumnos con una edad situada en torno a los 12-13 años, ya se indicó que la Sala no es perito psicopedagógico ni va a resolver cuestiones técnicas ajenas a las jurídicas, sin que consten en autos datos para estimar que técnicamente la valoración realizada por la Administración no sea correcta o deba adelantarse a otras edades, por lo que a este respecto el recurso no puede prosperar, máxime cuando se determina luego la posibilidad de detectar dichas características en los llamados alumnos precoces del apartado 3 del mismo precepto.

En el art. 5, apartado 4 se echa de menos como una de las circunstancias que puedan justificar la elaboración de la evaluación psicopedagógica, la simple solicitud de los padres que son quienes más cerca del menor están y en mejores condiciones para poder realizar una detección temprana de situaciones especiales.

La flexibilización del período de escolarización del art. 10 de la Orden debiera adaptarse a los criterios reflejados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007, al menos, en cuanto a la mención relativa al Bachillerato, y posiblemente respecto a la enseñanza básica, sin poner límites no previstos legalmente y lo mismo ocurre con los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 11 de la Orden.

No es cierto que sólo pueda apreciarse la especial situación de los menores a partir de los 6 años, la Orden en el apartado 1 del art. 11 permite anticipar un año la escolarización en el primer curso de Educación Primaria, lo que ya supone una edad distinta de la que señala la Fundación impugnante y ello, sin perjuicio de que, realizado el oportuno informe psicopedagógico puedan después adoptarse otras medidas que pudieran adelantar al menor.

En definitiva, la Orden en términos generales contiene previsiones correctas y medidas adecuadas para atender a la situación de los menores con altas capacidades intelectuales, pero yerra al no admitir una mayor y directa participación y audiencia de los padres y de los menores, lo que vicia el contenido de las actuaciones ulteriores, debiendo corregirse dicho defecto para poder validar legalmente el contenido de la Orden, sin perjuicio de tomar en consideración los demás aspectos reseñados en este fundamento jurídico que pueden apreciarse como defectos legales de contenidos concretos de la Orden,

todo ello determina la estimación en esencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto y la anulación de la mencionada Orden>>.

**SEGUNDO.-** La parte actora articula seis motivos de impugnación, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA:

1.- Infracción por la sentencia de instancia de los artículos 45.2.d) y 45.3 LRJCA y 1261 CC en relación con los artículos 138.1 y 69.b) LRJCA y artículos 8 y 9.4 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, Reglamento de Fundaciones, en cuanto al régimen de formación de la voluntad del Patronato de la Fundación para el ejercicio de la acción judicial, vulnerando la interpretación realizada en las sentencias del Tribunal Supremo que se citan.

2.- Infracción del artículo 106.1 CE y artículos 51 y 62.2 LRJPAC, al expulsar del ordenamiento jurídico una disposición general, sin precisar la norma de mayor jerarquía que se infringe.

3.- Infracción del artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias y la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, por aplicación cuando estaba derogado por el Real Decreto 1635/2009 y era inaplicable en Canarias desde la entrada en vigor del Decreto 286/1995, de 22 de noviembre.

4.- Infracción del artículo 71.2 LRJCA al sustituir a la administración su potestad reglamentaria, excediendo el control reglamentario atribuido a los Tribunales de Justicia por el artículo 106 CE, así como la STS de 22 de diciembre de 2006, que hace referencia al artículo 26 de la ley 50/1997 y 1 LRJCA.

5.- Infracción del artículo 7 y 8 del Real Decreto 943/2003 y por aplicación indebida como jurisprudencia del criterio fijado en la STS de 21 de febrero de 2007, ya que ésta no entra a valorar el Real Decreto 943/2003, sino el Real Decreto 696/1995 y su orden de desarrollo, de 24 de abril de 1996, normas que fueron derogadas con posterioridad a dicha STS.

6.- Infracción de los artículos 76 y 77 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, al inaplicarlos con el pretexto de los artículos 36 y 37 de la LOGSE, derogados.

**TERCERO.-** Hemos desligado determinados pormenores de la educación de niños sobredotados del artículo 27 CE, como en la sentencia de 8 de febrero de 2005 (recurso 1630/1999) tesis que reiteró la de 13 de noviembre de 2006 (recurso 5788/2001), y afirmábamos <<hay una configuración legal ... en la Ley Orgánica 1/90, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, cuyos artículos 3, 5, 36,3 y 37,3 aluden a que las enseñanzas se adecuarán a las características de los alumnos con necesidades especiales, que tanto pueden ser por exceso o por defecto de capacidad o de aprendizaje, así como en el Real Decreto 696/95, de 28 de abril , que prevé adaptaciones para supuestos de hecho especiales ... El dato de que el artículo 1 apartado a) de la LOGSE establezca que uno de los fines del sistema educativo español es el pleno desarrollo de la personalidad del alumno, no convierte este principio orientador de la legislación en un derecho del que puedan extraerse otros como el del adelanto de cursos para alumnos superdotados. El Real Decreto 696/1.995, de 28 de abril, no prevé esta medida. El artículo 7.2 permite llevar a cabo adaptaciones curriculares en el caso de alumnos con necesidades educativas especiales, que afecten a los elementos prescriptivos del currículo, que es la solución por la que optaba la Administración educativa, y estas adaptaciones curriculares individualizadas servirían de base a las decisiones sobre apoyos complementarios (apartado 3). En consecuencia, en el mencionado Real Decreto 696/95, de 28 de Abril, de Ordenación de la Educación de los Alumnos las necesidades Educativas Especiales, pueden derivar de condiciones personales asociadas a la sobredotación en cuanto a capacidades intelectuales, como indican su Preámbulo y en art. 3, 2, se prevén adaptaciones curriculares significativas, previa evaluación psicopedagógica realizada por equipos de orientación educativa y psicopedagógica, o, en su caso, por los departamentos de orientación, en sus artículos 6, 9, 2 y 3 y 11, e incluso (Disposición Adicional Primera) el establecimiento de las condiciones y el procedimiento para flexibilizar la duración del período de escolarización en caso de sobredotación intelectual....>>.

Por su parte hemos resaltado en nuestra sentencia de fecha 21 de febrero de 2007 (recurso 1379/2003) que <<el capítulo Quinto de la LOGSE encuadrado sistemáticamente en el Título Primero («De las enseñanzas de régimen general»), está dedicado a la educación especial. Recalca que en los dos artículos que contiene se afirma que la atención a los alumnos con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e integración escolar (art. 36.3) y que la identificación y valoración de las necesidades especiales se realizarán por equipos integrados por profesionales de distintas cualificaciones que establecerán, en cada caso, planes de educación en relación con las necesidades educativas específicas del alumno (art. 36.2). Subraya que, además, introduce el principio de individualización o atención personalizada. Destaca, además, que, conforme al art. 36.4. tales necesidades educativas han de ser evaluadas periódicamente, con la posibilidad de variar el plan de actuación en función de los resultados. Remacha que el artículo 37.4 establece la participación de los padres y tutores en el proceso y la posibilidad de que la escolarización se realice en unidades o centros de educación especial, excepcionalmente y en tanto no pueda llevarse a cabo en un «régimen de mayor integración» (art. 37.3), reforzando así la vigencia de tal principio, para el que sin embargo, admite excepciones.

Considera la Sala que tales principios generales revelan la voluntad de que la escolarización se realice, en tanto sea posible, en las mismas condiciones para todos los alumnos, pero que, además, facilitan que, en cada caso, se alcancen los objetivos establecidos con carácter general (art. 36. 1).

... en el Real Decreto 696/95, se establece un límite máximo de edad (20 años) para poder permanecer escolarizado en un centro de educación especial, lo que no afecta a los superdotados, pero no fija umbrales mínimos por debajo de los cuales no se contemple la posibilidad de que un alumno, realizada la evaluación por el equipo multidisciplinar correspondiente y con el acuerdo de sus padres, pueda avanzar, o flexibilizar, como dicen las normas, con mayor rapidez, una vez cumplidos los objetivos de un ciclo educativo en cualquiera de sus etapas".

Descendiendo en el plano normativo declara que el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de alumnos con necesidades educativas especiales, desarrolla los arts 36 y 37 de la LOGSE e incorpora los principios que han de regir esta regulación que son, los antes citados, de integración y normalización, que tienen su expresión, por ejemplo, en el art. 3.2. cuando dispone que estos alumnos serán escolarizados en los centros y programas ordinarios. Y añade "también el de atención a la diversidad o atención individualizada, cuando dice que serán objeto de un seguimiento continuado y que las decisiones que se adopten serán revisables (art. 3.3 y 3.4); en todo caso «el proceso educativo de los alumnos con necesidades educativas especiales, tenderá en cualquier caso y circunstancias al desarrollo de las capacidades establecidas en los objetivos generales de las diferentes etapas educativas» (art. 6.3), debiendo los profesores realizar, con los asesoramientos y apoyos de los equipos correspondientes, las adaptaciones curriculares que resulten necesarias (art. 6. 2)."

Avanza en su razonamiento destacando que el Reglamento comentado, "dedica dos artículos al supuesto de sobredotación intelectual; así en el art. 10 se enuncia el objetivo general de la atención educativa en estos casos, la cual «velará especialmente por promover un desarrollo equilibrado de los distintos tipos de capacidades establecidas en los objetivos generales de las distintas etapas educativas»; en el artículo 11 se habilita al Ministerio de Educación para determinar el procedimiento de evaluación de estas necesidades especiales, así como el tipo y alcance de las medidas que se puedan adoptar; este artículo, que junto a la Disposición Adicional 1ª, da cobertura a la Orden de 24 de abril de 1996, no contiene límites temporales respecto a las medidas de flexibilización del período de escolarización, aunque en la Adicional, tras reiterar que el Ministerio, de acuerdo con las Comunidades Autónomas que tengan competencias, establecerá las condiciones y el procedimiento de la flexibilización, hace referencia a la duración del período de escolarización obligatoria de los alumnos superdotados, previa audiencia en todo caso, de los propios alumnos y de los padres o tutores y, más bien, parece autorizar la fijación de la duración total de la educación obligatoria «flexibilizada» para este tipo de alumnos, como excepción a la regla general de diez años mencionada en la LOGSE." >>.

Y también hemos señalado que <<Dice el artículo 71.1 de la Ley Orgánica 2/2006 que las Administraciones educativas han de disponer de los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en ella. Exigencia que refuerza en su apartado segundo pues les encomienda

(...) asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado".

A continuación, la Ley Orgánica 2/2006 precisa esas obligaciones en el artículo 72, pues exige a las Administraciones educativas que dispongan "del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado". Y, también, **que doten a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado, debiendo ser los criterios para determinar estas dotaciones los mismos para los centros públicos y privados concertados. Por otro lado, les impone a todos contar con la debida organización escolar y les exige las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos. Además, estas Administraciones habrán de promover la formación del profesorado y de otros profesionales relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo>>** Sentencia de esta Sala de fecha 9 de mayo de 2001 (recurso 603/2010).

A lo anterior debemos, añadir que como derivación directa de las previsiones del artículo 27 CE, puede proclamarse el derecho a la educación como un derecho a educarse en libertad. Ello, además, tiene regulación directa en el Primero de los Protocolos Adicionales del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, del que deriva un derecho a educarse en libertad. Y proyección directa de ese derecho a educarse en libertad es el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos menores se haga conforme a sus convicciones, morales y filosóficas. Y de ahí deriva el derecho de los padres a elegir lo que consideren mejor para sus hijos. Y ese derecho de los padres, se traduce, necesariamente, en la necesidad de que deben prestar su consentimiento respecto de las distintas opciones educativas que puedan plantearse por la administración.

En este mismo sentido se expresa el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, pues los padres "tendrán derecho preferente a escoger" el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. Y lo afirmado tiene traslación normativa en normas internacionales (aparte las ya citadas) y en normas estatales.

La LODE (1985) alude, en su Preámbulo, a la capacidad de elegir de los padres, en los siguientes términos:

<<Se impone, pues, una nueva norma que desarrolle cabal y armónicamente los principios que, en materia de educación, contiene la Constitución Española, respetando tanto su tenor literal como el espíritu que presidió su redacción, y que garantice al mismo tiempo el pluralismo educativo y la equidad. A satisfacer esta necesidad se orienta la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.

En estos principios debe inspirarse el tratamiento de la libertad de enseñanza, que ha de entenderse en un sentido amplio y no restrictivo, como el concepto que abarca todo el conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación. Incluye, sin duda, la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio, que se halla recogida y amparada en

el Capítulo III del Título I. Incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, tal como se recoge en el artículo 4.º Pero la libertad de enseñanza se extiende también a los propios profesores, cuya libertad de cátedra está amparada por la Constitución por cuanto constituye principio básico de toda sociedad democrática en el campo de la educación. Y abarca, muy fundamentalmente, a los propios alumnos, respecto de los cuales la protección de la libertad de conciencia constituye un principio irrenunciable que no puede supeditarse a ningún otro>>.

Y en los artículos 4, 5 y 6 recoge los derechos de los padres y de los alumnos. También recoge, en el artículo 29, la participación de los padres en los Consejos Escolares.

La LOGSE (1990) afirma en su Preámbulo: <<La Constitución ha atribuido a todos los españoles el derecho a la educación. Ha garantizado las libertades de enseñanza, de cátedra y de creación de Centros, así como el derecho a recibir formación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones. Ha reconocido la participación de padres, profesores y alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos. La Constitución ha encomendado a los poderes públicos que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos para que el derecho a la educación sea disfrutado en condiciones de libertad e igualdad, ha establecido el carácter obligatorio y gratuito de la educación básica y ha redistribuido territorialmente el ejercicio de las competencias en esta materia. Todos estos ejes, así como la capacidad de responder a las aspiraciones educativas de la sociedad, han de conformar el nuevo sistema educativo>>. Y establece en su artículo 2.3, como principio de la actividad educativa, "La participación y colaboración de los padres o tutores para contribuir a la mejor consecución de los objetivos educativos". Por último, recoge en el artículo 37.4 la participación de los padres en las decisiones que afecten a los alumnos con necesidades educativas especiales. En este mismo sentido se expresa el artículo 9.4 del Real Decreto 696/1995.

Y la LOE (2006) alude, también en su Preámbulo al necesario esfuerzo y colaboración tanto de los alumnos, como de sus familias. Y ese concepto de "esfuerzo" de alumnos y familias se traslada al artículo 1, en que se recogen los principios del sistema educativo español. **En su artículo 71 reconoce que la Administración Educativa debe asegurar la participación de los padres en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de los alumnos con necesidad de apoyo educativo.**

Expuesto lo anterior, estamos en condiciones de abordar los motivos de impugnación. Pero partiendo de una premisa básica: **la participación de los padres en el sistema educativo deriva de la normativa básica estatal, por lo que, entendemos, las normas de inferior rango deben expresamente recoger o desarrollar dicho principio. Indudablemente, cuestión distinta sería que la norma autonómica, expresamente, contraviniera el mismo, lo que no es el caso y generaría sin duda su disconformidad a derecho de forma clara. Dicho de otra forma, el silencio de la norma inferior sobre dicho principio, no garantiza de forma efectiva el mismo e implica su vulneración. Lo mismo cabe decir** respecto de la pretensión global referida a que no se tiene en cuenta la opinión o decisión del menor, pues esta también deriva de la normativa básica a que nos hemos referido, así como la que se ciñe, de forma específica, a los menores.

**CUARTO.-** El primero de los motivos debe ser rechazado, pues la parte pretende que la presente impugnación, desde la realizada en la instancia, sea un proceso de revisión de la formación de la voluntad de la Fundación recurrente.

Ha señalado la sentencia impugnada que se aportó a autos certificación del acta nº 29 de la reunión extraordinaria nº 16, en la que se acordó la impugnación de la Orden a que se refieren las actuaciones. Y señala la Sala que dicho acuerdo se adopta por mayoría de los miembros (patronos) que deben adoptar dicha decisión, a la vista de los estatutos que se han aportado.

Considera, en definitiva, que se ha constatado la correcta formación de la voluntad de la Fundación y la capacidad procesal para ello.

No apreciamos, en función de lo expuesto, que se haya vulnerado la normativa que se cita en el motivo, debiendo destacar que el Decreto que sirve de amparo al mismo es posterior al acuerdo a que hemos hecho referencia, conforme destaca la parte en su escrito de oposición. Y no tiene cabida en este proceso el examen de la adecuación a derecho del acuerdo señalado, en los términos que se pretenden.

Y, desde otra vertiente, el defecto de convocatoria que se alega debió articularse, en su caso, por incongruencia omisiva de la sentencia, al no analizar la Sala de instancia este extremo en toda la extensión pretendida. Y en lo no alegado en la instancia, si fuera el caso, nos encontraríamos ante una cuestión nueva que no procede examinar.

En cuanto a los motivos segundo y cuarto, no podemos estimar que se hayan vulnerado los preceptos que se citan en los mismos por la sentencia objeto de impugnación. Por un lado, no puede estimarse que la Sala de instancia haya expulsado del ordenamiento jurídico una disposición, sin precisar la norma de mayor jerarquía que se infringe. La sentencia especifica los motivos que le llevan a la toma de decisión, y para ello cita normas de carácter general que entiende no se han respetado por la Orden impugnada. Y no se pretende por la sentencia, así lo apreciamos, sustituir la potestad reglamentaria de la administración, pues no se introduce en la regulación específica otro tenor distinto del acordado por la propia administración, sino que **se entiende que la norma infringe el ordenamiento jurídico de mayor rango** y, por ello, se anula en su conjunto, aparte del concreto examen que se realiza de determinados preceptos, conforme hemos reflejado en fundamento anterior.

**QUINTO.-** Respecto de los motivos tercero, quinto y sexto, entendemos que pueden examinarse de forma conjunta, a la luz de lo que hemos afirmado en el fundamento tercero anterior. Y, en este extremo, consideramos que procede la desestimación del recurso.

Establece el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias, "Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: 1. Enseñanza, en toda la extensión, niveles, grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y en las Leyes Orgánicas que, conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma, lo desarrollen. El Estado se reservará las facultades que le atribuye el número 30ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, y la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía".

Por su parte, el Real Decreto 1635/2009, regula la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados, los requisitos que han de cumplir los centros que impartan el primer ciclo de la educación infantil y la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación. Pues bien, la Disposición Derogatoria Única de este Real Decreto deroga el Real Decreto 696/1995, pero lo hace con efectos a 4 de noviembre de 2009, es decir, con posterioridad a la fecha de la Orden que nos ocupa.

El Real Decreto 696/1995, señala que "el presente Real Decreto regula los aspectos relativos a la ordenación, la planificación de recursos y la organización de la atención educativa a los alumnos con necesidades educativas especiales temporales permanentes cuyo origen puede atribuirse, fundamentalmente, a la historia educativa y escolar de los alumnos, a condiciones personales de sobredotación a condiciones igualmente personales de discapacidad sensorial, motora psíquica. Todo ello en desarrollo de los artículos 36 y 37 de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo y al amparo de la disposición final primera 2 de dicha Ley". Y se establece:

<<Disposición adicional primera. Flexibilización del período de escolarización.

El Ministerio de Educación y Ciencia, de acuerdo con las Comunidades Autónomas que se encuentran en el pleno ejercicio de sus competencias,

establecerá 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. El procedimiento que se establezca contemplara en todo caso la audiencia previa a los alumnos implicados y a sus padres o tutores>>.

Lo cierto es que el Decreto 286/1995, reguló, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, la "ordenación de atención al alumnado con necesidades educativas especiales". Desde dicho momento no era de directa aplicación, en dicho ámbito territorial, el Real Decreto 696/1995.

Los artículos 7 y 8 del Real Decreto 943/2003, disponen:

<<Artículo 7. Criterios generales para flexibilizar la duración de los diversos niveles, etapas y grados para los alumnos superdotados intelectualmente.

1. La flexibilización de la duración de los diversos niveles, etapas y grados para los alumnos superdotados intelectualmente consistirá en su incorporación a un curso superior al que le corresponda por su edad. Esta medida podrá adoptarse hasta un máximo de tres veces en la enseñanza básica y una sola vez en las enseñanzas posobligatorias. No obstante, en casos excepcionales, las Administraciones educativas podrán adoptar medidas de flexibilización sin tales limitaciones. **Esta flexibilización incorporará medidas y programas de atención específica.**

2. La flexibilización deberá contar por escrito con la conformidad de los padres.

Artículo 8. Procedimiento general para flexibilizar la duración de los diversos niveles, etapas y grados para los alumnos superdotados intelectualmente.

Las Administraciones educativas determinarán el procedimiento, trámites y plazos que, de acuerdo con lo dispuesto en este real decreto, se han de seguir

en su respectivo ámbito territorial para adoptar las medidas de flexibilización de la duración de los diversos niveles, etapas y grados para los alumnos superdotados intelectualmente, así como el órgano competente para dictar la correspondiente resolución>>.

Y los preceptos que acabamos de transcribir y constituyen el contenido de los referidos motivos de impugnación, no entendemos que hayan sido vulnerados por la sentencia impugnada. Aquí debemos volver a referirnos a lo que hemos reflejado en fundamento anterior y, además:

No se vulnera el artículo del Estatuto de Autonomía que se cita, pues se trata de facultades de desarrollo legislativo y ejecución, lo que no implica competencia para legislar, sin respeto a normativa básica específica, la materia que nos ocupa.

La aplicación del Real Decreto 696/1995 era oportuna, en cuanto su derogación se produce en 2009 (por el RD 1635/2009), y la Orden impugnada es de 2005, sin que exista contradicción entre lo previsto en este RD y el Decreto 286/1995. Y no se aprecia que afecte, a lo hasta aquí afirmado, la entrada en vigor del Decreto 286/1995, de 22 de septiembre, cuyas previsiones concretas no se afirman infringidas.

La problemática que nos ocupa dista de ceñirse a la estricta materia de flexibilización de niveles, etapas y grados para la incorporación de concretos alumnos a un curso superior. Siendo cierto que la sentencia de 21 de febrero de 2007 no valora el RD 943/2003, sino el RD 696/1995 y su Orden de desarrollo, que fueron derogadas con posterioridad a dicha sentencia.

Por último, debemos resaltar que la pretendida inaplicación de los artículos 76 y 77 LOE, al inaplicarlos so pretexto de los artículos 36 y 37 LOGSE, no aparece como motivo de infracción del ordenamiento jurídico por parte de la sentencia recurrida, si partimos de que dicha infracción se refiere a preceptos posteriores a la Orden que se impugna, tomando en consideración, en cambio, los que sí estaban vigentes al momento de su dictado.

Procede, en definitiva, la desestimación de los motivos de impugnación

y, con ello, del presente recurso.

**SEXTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo **procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente**, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Letrado de la parte recurrida a la cantidad de tres mil euros (3.000 €).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

### **F A L L A M O S**

**No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias**, a través de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de nueve de junio de dos mil once, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en los autos número 392/2006, con expresa condena a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico sexto de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.