



Roj: **STSJ M 3959/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:3959**

Id Cendoj: **28079330082016100140**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **17/03/2016**

Nº de Recurso: **584/2015**

Nº de Resolución: **147/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAFAEL BOTELLA GARCIA-LASTRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-**Administrativo**

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0015463

Procedimiento Ordinario 584/2015 P - 01

SENTENCIA NÚMERO 147/2016

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Doña María Teresa Delgado Velasco

MAGISTRADOS

Doña Amparo Guilló Sánchez Galiano

Doña Emilia Teresa Díaz Fernández

Don Rafael Botella García Lastra

Doña María Jesús Vegas Torres

D. Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid el día diecisiete de marzo del año de dos mil dieciséis.

V I S T O S por la Sala constituida por los Señores referenciados al margen, de este **Tribunal** Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-**administrativo número 584 / 2015** , interpuesto por el Procurador de los **Tribunales** D. Carlos Sáez Silvestre actuando en nombre y representación de la entidad el **DEFENSOR DEL ESTUDIANTE** en impugnación de la Orden nº 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid (publicada en el BOCM de fecha 15 de junio de 2015) siendo parte demandada en estas actuaciones la **COMUNIDAD de MADRID** , representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El pasado 28 de julio de 2015, D. Nemesio , actuando como mandatario de la asociación el Defensor del Estudiante compareció ante el Servicio de Orientación Jurídica de esta **Tribunal** Superior de Justicia expresando la voluntad de dicha asociación de interponer recurso contencioso-**administrativo** contra la Orden 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM de fecha 15 de junio, para lo cual solicitaba se le reconociese el derecho de asistencia jurídica gratuita, procediéndose al nombramiento de Abogado y Procurador del Turno de Oficio, a la vez, que, conforme al art.16 de la Ley 1/1996 , de fecha 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita se procediese a la suspensión del plazo de interposición.

SEGUNDO.- El escrito anterior tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección el pasado 29 de julio de 2015, fecha en que se dictó Diligencia de Ordenación en la que se acordaba suspender el plazo de interposición a la vez que se disponía estar a la espera de la designación de profesionales para la defensa y representación de la entidad recurrente.

TERCERO.- En fecha 2 de septiembre de 2015 se tuvo noticia de la designación del Procurador de los **Tribunales** D. Carlos Sáez Silvestre y del Letrado Sr. D. Jesús Calvo López a quienes se les requirió para que en plazo de 10 días interpusieran recurso en forma con la advertencia de que, de así no hacerlo se decretaría el archivo de las actuaciones.

CUARTO.- En fecha 18 de septiembre de 2015 la representación de la entidad el Defensor del Estudiante interpuso recurso contra la Orden que mencionamos en el primero de los antecedentes de esta sentencia.

QUINTO.- Mediante Decreto del Secretario de fecha 21 de septiembre de 2015 se admitió el recurso a trámite disponiéndose recabar el expediente **administrativo** con la finalidad de que la parte recurrente pudiera deducir la demanda.

SEXTO.- El expediente **administrativo** tuvo entrada en esta Sección el día 16 de octubre de 2015 dictándose el siguiente día 20 diligencia en la que se disponía hacer entrega del mismo a la representación del recurrente para que formulase demanda, lo que verificó en el plazo legal, el siguiente 27 de noviembre de 2015 mediante escrito en el que tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba con la súplica que, previos los trámites de rigor se dicte sentencia en la que se condene a la Comunidad de Madrid a retirar (sic) la Orden 1439/2015 en su integridad, con expresa condena en costas a la parte demandada si se opusiere.

SEPTIMO.- Por diligencia de fecha 10 de diciembre de 2015 se dispuso dar traslado de la demanda al Letrado de la Comunidad de Madrid con la finalidad de que la contestase, lo que verificó en plazo el siguiente 18 de enero de este año, en escrito en el que tras alegar lo que consideraba oportuno terminaba con la súplica que previos los trámites de rigor se dictase sentencia por la que se desestimase íntegramente el recurso de la actora con expresa imposición de costas a la recurrente.

OCTAVO.- Mediante Decreto de fecha 16 de enero de 2016 se tuvo por contestada la demanda y se fijó la cuantía del recurso como indeterminada.

NOVENO.- Por auto de 19 de enero se dispuso no recibir fecha no recibir el pleito a prueba sin perjuicio de tener por reproducidos el expediente y las documentales aportadas.

DECIMO.- Firme el auto anterior mediante diligencia de 3 de febrero de 2016 se acordó dejar pendientes de señalamiento las presentes.

UNDECIMO.- Mediante providencia de fecha 8 de febrero pasado, se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 2 de marzo de esta año, fecha en que hubo de ser suspendida al haber sido sometido este ponente a una operación quirúrgica, señalándose nuevamente para el día 9 de marzo de 2016, fecha en la que ha tenido lugar. Con anterioridad al señalamiento la representación del recurrente presentó escrito en el que aportaba certificación de la Asamblea General de la asociación y copia impresa de la Guía Científica de las Altas Capacidades, disponiéndose su unión.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Botella García Lastra, quien expresa el parecer de la Sección.

A los anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la asociación EL DEFENSOR DEL ESTUDIANTE formula el presente recurso contra la Orden nº 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por



la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid (publicada en el BOCM de fecha 15 de junio de 2015).

La pretensión del recurrente es la que hemos dejado transcrita en el Antecedente 5º de esta sentencia, por lo que, a lo ahí transcrito nos remitimos ahora.

SEGUNDO.- Antes de abordar las cuestiones suscitadas en este procedimiento hemos de abordar las dos cuestiones previas que suscita la Administración demandada. El Letrado de la Comunidad plantea dos cuestiones de inadmisibilidad que, a nuestro juicio, como ahora razonaremos, no pueden ser admitidas.

En este sentido plantea que el recurso es extemporáneo, y, en su consecuencia debe ser inadmitido ex art. 69.e de la LJCA , y, al margen de ello considera que el recurso se interpone por persona no debidamente representada, toda vez que dice, no se acompaña el acuerdo del órgano de gobierno que exige el art. 45.2.d de la LJCA , por lo que vendría a ser de aplicación el art. 69.b de la LJCA .

Para responder a estas cuestiones de inadmisibilidad, no podemos obviar en el análisis que efectuamos que cualquier interpretación que se haga de las causas de inadmisibilidad pasa necesariamente por el dictado del artículo 24 de la Constitución , en concreto por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que impone la obligación de realizar una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso- **administrativo**, como forma de proteger los derechos que se ejercitan por los ciudadanos, sin que ello suponga una derogación automática o desconocimiento o inaplicación de las normas procesales, ni la invocación de este principio obviar el cumplimiento de obligaciones por quien ejercita su acción. En este sentido, la sentencia del **Tribunal** Supremo de 20 de marzo de 1995 , destaca que "... en la actualidad resulta una exigencia constitucional el que los órganos judiciales acojan el principio "pro actione" o de interpretación más favorable al ejercicio de la acción contenciosa, habiendo señalado tanto el **Tribunal** Constitucional como el **Tribunal** Supremo que los motivos de inadmisibilidad, en los supuestos que sea posible, deben enjuiciarse con un criterio flexible y los requisitos o presupuestos procesales de admisión considerarse según su finalidad o justificación previstos en la Ley, sin convertirse en obstáculos inexcusables o insuperables, de tal manera que los supuestos en que exista una cierta indeterminación en éstos debe estarse a la solución más favorable al ejercicio del derecho sustantivo, así como que ha de valorarse el principio de proporcionalidad entre el vicio o defecto procesal y las consecuencias que se deriven del "sino, pero ello en modo alguno supone la interdicción constitucional de una resolución judicial de inadmisión ya que, como recuerda la STC 14 febrero 1991 , el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto ni incondicionado, sino que debe someterse al cumplimiento de los requisitos procesales que legalmente se impongan, lo que supone que el derecho a la tutela judicial se vea igualmente satisfecho cuando la respuesta obtenida consiste en la negativa a entrar en la cuestión de fondo planteada, siempre que esa negativa se encuentre justificada de manera motivada y razonable en a falta de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para acceder a las distintas acciones recursos previstos por el ordenamiento procesal (SSTC 37/1982 , 93/1984 y 62/1989 ").

TERCERO.- Pues bien, como hemos apuntado más arriba, no concurre causa alguna de inadmisión. El recurso es tempestivo, toda vez que el plazo para interponer el recurso contencioso-**administrativo** contra las disposiciones generales es de dos meses desde la publicación (art. 46.1 LJCA). En nuestro caso la Orden recurrida se publicó en el BOCM de fecha 15 de junio de 2015 y el mandatario de la asociación recurrente compareció ante el SOJ de este **Tribunal** el siguiente 28 de julio, con lo que no había transcurrido el plazo de interposición. Es más, tal y como consta en el antecedente 2º de esta sentencia el 29 de julio se acordó al amparo del 16 de la Ley 1/1996, suspender el plazo de interposición, suspensión que se alzó en fecha 2 de septiembre de 2015, fecha en la que se concedió a la representación de los recurrentes plazo de 10 días para interponer, plazo que respetaron escrupulosamente, toda vez que dicha diligencia se notifica el 4 de septiembre de 2015 (folio 47 de los autos) interponiéndose el recurso el siguiente 18 de septiembre, fecha que está en el plazo concedido, toda vez que no podemos olvidar que el 9 de septiembre era festivo en Madrid, razón esta que impide apreciar la alegación de la Administración.

CUARTO.- Tampoco es admisible el segundo de los motivos de inadmisión. Plantea la representación de la Comunidad de Madrid la carencia del acuerdo exigido por el art. 45.2.d de la LJCA determina la inadmisión por carencia de **legitimación**.

En este punto hemos de señalar que se equivoca nuevamente la representación de la Comunidad. El acuerdo consta aportado a los autos en el folio 42 de los mismos. y su contenido es el que transcribimos:

La Doctora Regina , Médico, Colegiada NUM000 , en su condición de Secretaria de la Asamblea General y Gerente de la Asociación de Usuarios y Consumidores El Defensor del Estudiante.

**CERTIFICA,**

1. Que la Asamblea General ha acordado solicitar Abogado y Procurador de Oficio al objeto de interponer demanda para la ilegalización de ley contra la ORDEN 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. Núm. 140 lunes 15 de junio de 2015, Pág. 119.

2. Que la Asamblea General ha acordado formular mandato al Profesor Universitario D. Nemesio , con domicilio en Barcelona C/ DIRECCION000 NUM001 NUM002 NUM003 la y D. N.I NUM004 , para que en nombre y representación de esta Asociación El Defensor del Estudiante, realice cuantas gestiones sean precisas para formalizar la solicitud de nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, así como para realizar cualquier trámite que sea menester respecto de esta acción judicial a interponer, concediéndole para ello un poder de representación tan amplio como en derecho sea posible, incluso para absolver posiciones.

Todo lo cual certifica en honor a la verdad y a los efectos oportunos, en la ciudad de Barcelona, a 24 de julio de 2015

El artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa determina la inadmisibilidad del recurso "que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada", disponiendo su artículo 45.2 .d) que al escrito de interposición del recurso contencioso se acompañará "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", esto es, en el documento que acredite la representación del compareciente.

El **Tribunal** Supremo tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 10 de julio de 2.001 , 6 de mayo de 2.003 , 5 de junio de 2.003 , entre otras muchas) que existe una falta de la debida **legitimación** cuando no consta el acuerdo del órgano colegiado necesario para la interposición del recurso contencioso-**administrativo**, ya que tratándose del ejercicio de acciones de un órgano colectivo es preciso acreditar el oportuno acuerdo por el órgano que estatutariamente tiene encomendada dicha competencia, exigiéndose la aportación de los estatutos y del acuerdo social que legitimen la interposición del recurso. Por tanto, en los recursos promovidos por personas jurídicas, que representen intereses institucionales, se ha de acreditar mediante la aportación del documento correspondiente, es decir, los estatutos o reglas reguladoras pertinentes, que el órgano ha adoptado la decisión de recurrir y está facultado para ello; o dicho de otro modo, el demandante tiene la carga de acreditar su capacidad para ser parte y para la actuación procesal. Esta es la doctrina recogida por el Pleno de la Sala 3ª **Tribunal** Supremo ha sentado doctrina en la sentencia de 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación número 4755/2005) sobre la exigencia procesal inserta en el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional, doctrina que ha sido reiterada en sentencias ulteriores (entre ellas, las de 26 de noviembre y 23 de diciembre de 2008 , 18 de febrero y 5 de mayo de 2009).

Dicho lo anterior, aun cuando no se han aportado los estatutos de la asociación, la Sección los ha examinado en Internet (extremo que se puede hacer toda vez que el Letrado de la Comunidad reconoce que él mismo lo ha hecho) y si bien los estatutos no son muy explícitos en cuanto al órgano a quien correspondería autorizar el ejercicio de acciones judiciales, está claro que acudiendo al art. 11.3 de la LO 1/2002 reguladora del derecho de asociación, este órgano, ante la ausencia de otros sería la Asamblea General, pues es definido como el supremo órgano de gobierno de los socios, y esta Asamblea es la que adoptó el acuerdo de impugnar la orden recurrida, con lo que el motivo debe de ser rechazado.

QUINTO.- El presente recurso se interpone , como venimos diciendo, contra la Orden 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de educación infantil educación primaria y educación básica obligatoria, así como flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid.

La recurrente pide en el suplico de su demanda que " **se condene a la Comunidad de Madrid a retirar (sic) la Orden 1439/2015 en su integridad** ", suponemos que con la expresión "retirar la orden" lo que se solicita de este **Tribunal** es la declaración de nulidad de la misma, aun cuando no se pide como ordena el art 31.1 de la LJCA , si bien a la vista de la fundamentación del recurso entendemos que no es posible acceder a esta pretensión dado que no se cuestionan las totalidad de sus preceptos sino únicamente los siguientes:



Artículo 3.3: Los padres o tutores legales de los alumnos serán informados previamente a su aplicación, de las medidas organizativas y curriculares y de los recursos que se adopten para su atención.

Artículo 4: Evaluación psicopedagógica

1. La evaluación psicopedagógica es el proceso de recogida, análisis y valoración de la información relevante referida al alumno y a su contexto familiar y escolar necesaria para determinar si un alumno tiene necesidades educativas especiales, si precisa adaptación curricular de acceso o significativa, de enriquecimiento, ampliación curricular o flexibilización del período de escolarización y para tomar las decisiones relativas a su escolarización y promoción. Dicha evaluación psicopedagógica será revisada al final de cada etapa y, a petición del centro, al finalizar el tercer curso de Educación Primaria. Las conclusiones derivadas de la información obtenida se recogerán en un informe psicopedagógico cuyo modelo se establece en el Anexo 1.

2. El responsable de la realización de la evaluación psicopedagógica será, en todo caso, un profesor de la especialidad orientación educativa del equipo de orientación educativa y psicopedagógica, el orientador del centro de educación especial o quien asuma las funciones de orientación educativa.

Artículo 5.5: Las familias colaborarán en el proceso de evaluación psicopedagógica de sus hijos y facilitarán los datos relevantes que les solicite el centro.

Artículo 6.2: Este tipo de adaptaciones de ampliación y/ o enriquecimiento deben llevarse a cabo cuando se valore que el alumno, en relación con el currículo que le corresponde por edad, presenta un rendimiento excepcional en un número determinado de áreas o un rendimiento global excepcional y continuado.

Consideramos que siendo estos los preceptos directamente impugnados la estimación del recurso tan solo podría alcanzar a ellos, pues de otro modo se anularían artículos cuyo contenido no ha sido cuestionado. Tratando de sintetizar la impugnación del recurrente, esta se centra sobre tres cuestiones: a) la realización de la evaluación psicopedagógica por los maestros y profesores; b) la falta de participación de los padres en el proceso; c) y la vinculación de las adaptaciones de ampliación o enriquecimiento curriculares al rendimiento excepcional del alumno.

SEXTO.- Pues bien, empecemos por lo que resulta el motivo central de la impugnación, cual es el tema relativo a la evaluación psicopedagógica, contemplada en el art. 4º de la Orden recurrida. Tal precepto nos dice lo siguiente:

Artículo 4.- Evaluación psicopedagógica

1. La evaluación psicopedagógica es el proceso de recogida, análisis y valoración de la información relevante referida al alumno y a su contexto familiar y escolar necesaria para determinar si un alumno tiene necesidades educativas especiales, si precisa adaptación curricular de acceso o significativa, de enriquecimiento, ampliación curricular o flexibilización del período de escolarización y para tomar las decisiones relativas a su escolarización y promoción. Dicha evaluación psicopedagógica será revisada al final de cada etapa y, a petición del centro, al finalizar el tercer curso de Educación Primaria. Las conclusiones derivadas de la información obtenida se recogerán en un informe psicopedagógico cuyo modelo se establece en el Anexo 1

2. El responsable de la realización de la evaluación psicopedagógica será, en todo caso, un profesor de la especialidad orientación educativa del equipo de orientación educativa y psicopedagógica, el orientador del centro de educación especial o quien asuma las funciones de orientación educativa.

Sostiene en esencia que la evaluación psicopedagógica es un acto clínico que ha de ser realizado por profesionales sanitarios, y en su consecuencia dice que se incumple la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias L 44/2003 y la Ley de Autonomía del Paciente. La evaluación, en los niños con altas capacidades no tiene porqué ser un acto clínico. En definitiva, y como ahora expresaremos lo que el recurrente está cuestionando más que la Orden impugnada es la significación legal de los EOPS, que se establecieron en el RD 696/1995,

Por su parte la LOE 2006 establece en su título 2º "Equidad en la Educación"

71. 3. Las Administraciones educativas establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior (esto es 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) La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se registrá por los principios de normalización e inclusión.



Artículo 72. Recursos.

1. Para alcanzar los fines señalados en el artículo anterior, las Administraciones educativas dispondrán 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.

5. Las Administraciones educativas podrán colaborar con otras Administraciones o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, instituciones o asociaciones, para facilitar la escolarización y una mejor incorporación de este alumnado al centro educativo.

Sección segunda. Alumnado con altas capacidades intelectuales

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.

No es ninguna novedad en nuestro derecho el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, regulaba ya los EOPs, en su art. 8.4

4. Los equipos de orientación educativa y psicopedagógica realizarán la evaluación psicopedagógica requerida para una adecuada escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales, así como para el seguimiento y apoyo de su proceso educativo. Estos equipos, en atención a las funciones peculiares que además realicen, se clasificarán en equipos de atención temprana, equipos generales y equipos específicos.

Corresponde a los equipos de atención temprana y, en su caso, a los equipos generales, la detección precoz de las necesidades educativas especiales y la orientación y el apoyo a los padres en orden a un óptimo desarrollo de sus hijos.

Los equipos generales, además de realizar la correspondiente evaluación psicopedagógica, prestarán a los centros de educación infantil y primaria y a los centros de educación especial el asesoramiento y el apoyo técnico-pedagógico precisos para la mejor atención educativa de los alumnos con necesidades educativas especiales escolarizados en ellos.

Los equipos específicos prestarán su apoyo especializado a los equipos generales, equipos de atención temprana y departamentos de orientación de los institutos de educación secundaria en los que se escolarice a alumnos con necesidades educativas especiales y, con colaboración con ellos, a los centros escolares y a los alumnos que lo precisen.

Ciertamente, tiene razón la Administración demandada cuando afirma que la actora introduce unos elementos científicos (que por otra parte no están del todo contrastados en la comunidad educativa) que no acreditan una verdadera infracción de la legalidad vigente. Ese contenido de las alegaciones pudiéramos llamarlo, sin carga valorativa o peyorativa de ningún tipo, ideológico o programático. Sin embargo, es lo cierto que esas apreciaciones del recurrente, perfectamente lícitas, no tienen necesariamente que coincidir con las de la Administración, quien en la elaboración de las disposiciones de carácter general tiene un margen amplio de discrecionalidad, que le reconoce la propia LOE en el art.76 que citábamos antes.

En efecto, como nos recuerda la sentencia de la Sección 7ª del TS de fecha 30 de Noviembre de 2011 " La mera discrepancia frente a la solución asumida por el Reglamento desde perspectivas de oportunidad política o perfectibilidad técnica no es bastante para a su anulación, pues lo impide la discrecionalidad que legalmente tiene concedida la Administración para efectuar una opción entre la pluralidad de alternativas posibles", igualmente de 3 de mayo de 2004 que "El punto de partida para abordar la presente cuestión de ilegalidad debe ser recordar que la potestad reglamentaria tiene un amplio espacio de discrecionalidad, que efectivamente tiene como límite la proscripción de arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales (entre ellos el de igualdad del artículo 14 CE). Pero también en esta consideración inicial debe subrayarse que la mera discrepancia con una regulación reglamentaria, porque pueda ser perfectible, no es motivo bastante para calificarla como arbitraria, si dicha regulación responde a unas razones que, aunque puedan justificar una opinión discrepante, no son gratuitas ni ilógicas". Puesto que como nos recuerda la sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 11 de mayo de 2005, "no es misión de esta Sala modificar preceptos.... incluidos en dicha nueva ordenación, en cuanto que no puede ejercer potestades normativas, por corresponderle sólo, en principio, las de determinar si la norma se ajusta o no a Derecho bajo perspectivas bien concretas y conocidas que no abarcan aspectos de oportunidad, conveniencia y acierto atribuidas al margen de discrecionalidad que a la Administración corresponde con apoyo en criterios técnicos que no pueden sustituirse por otros de naturaleza jurídica."



Ello nos lleva a considerar que el precepto impugnado no es contrario a derecho.

SEPTIMO.- Sostiene la actora que la Orden recurrida vulnera el derecho de los padres a participar en la educación de sus hijos, consagrado en el artículo 27 CE . El contenido y alcance de este derecho queda explicitado en las dos sentencias que se citan en la demanda (STSJ de Islas Canarias 135/2011 y STS de 12 de noviembre de 2012). Esta última destaca que las normas deben desarrollar en principio de participación de los padres en la educación. La estimación de estos recursos contra la Orden del Gobierno de Canarias se baso únicamente en la falta de participación de los padres en la educación de los menores.

Esta falta de participación de los padres se denuncia también con respecto de la Orden 1493/15. Pero a la vista de la misma entendemos que no se vulnera este principio.

No debemos olvidar que la Orden debe conjugar la normativa estatal que, como acabamos de ver, reserva esta función de evaluación psicopedagógica a la Administración y su personal, con el principio constitucional de participación de los padres en la educación. Y podemos ver que en este sentido el ámbito de participación de los padres es máximo:

El artículo 3.1 señala que los padres o tutores serán informados previamente a la aplicación de cualquier medida. Este artículo hay que concebirlo sistemáticamente con el artículo 5.5 en el que se establece que los padres colaboraran en el proceso. Tanto es así que este proceso ni siquiera empieza sin la autorización de lo padres, que deben consentir a través del modelo de Autorización que se contiene en el Anexo VI de la disposición. De donde se deduce la necesidad de comunicación entre el centro educativo y los padres, quienes darán inicio al procedimiento de forma efectiva y quienes mantendrán un papel activo en su desarrollo. Pues así han de entenderse las funciones de colaboración y de facilitación de datos que contempla expresamente el artículo 5.5. El hecho además de que los padres sean quienes autorizan implica, consecuentemente, que podrán revocar esta autorización, conservando de facto el poder de decisión en todo momento sobre lo que entiendan es mejor para su hijo. Es además un criterio general artículo 16.2- que de toda decisión académica se informará a los padres. También la permanencia en los cursos -artículos 12 y 13- contempla expresamente la información y conformidad expresa de los padres y familias de los alumnos.

Por lo que la participación de los padres está asegurada en todas las etapas del proceso: al inicio, ya que son estos quienes lo autorizan; en su desarrollo mediante la colaboración y facilitación de datos; y en la aplicación de las consecuencias académicas que resulten, donde la información y expresa conformidad de los padres son preceptivas.

Entendemos, en consecuencia, que la Orden 1493/15 no infringe este precepto constitucional, por lo que el motivo no puede ser estimado.

OCTAVO.- Concluye la recurrente cuestionando el artículo 6.2 de la Orden 1493/15 porque considera que confunde el rendimiento con la capacidad al vincular las adaptaciones curriculares de enriquecimiento o ampliación al rendimiento del alumno.

Ya hemos visto en el artículo 74.2 de la LOE que la identificación de las necesidades de los alumnos es una función que el Legislador encomienda a la Administración. El recurrente señala que en muchas ocasiones los alumnos con altas capacidades no obtienen grandes rendimientos, siendo un error común el creer lo contrario. De modo, sostiene el recurrente, que al vincular las adaptaciones con los rendimiento se priva a los alumnos de una respuesta específica.

Sin embargo, de una lectura íntegra de la norma se observa que ello no es como lo plantea el recurrente, pues los alumnos con altas capacidades no reciben una respuesta unívoca, sino adaptada a sus necesidades. Esta respuesta pueda ser un enriquecimiento curricular en contenido específico (art. 6.1.a), una ampliación que supone modificación de contenidos y objetivos (art. 6.1.b), o una flexibilización de las enseñanzas que consiste en la promoción de curso, el anticipo del inicio de la Educación primaria o la reducción de su duración. Las medidas a adoptar no están, por lo tanto, predeterminadas, sino que dependen siempre de lo que resulte de los informes psicopedagógicos y de lo que consientan los padres. Por lo tanto no se vinculan las adaptaciones en la enseñanza al alto rendimiento, sino que la norma trata de abrir un elenco de posibilidades cuya concreción dependerá del caso concreto. Ahora, el artículo 6.2 si señala que la ampliación o enriquecimiento curricular se llevará a cabo cuando el alumno presente un rendimiento excepcional. Pero esta es una norma meramente lógica: si la ampliación o enriquecimiento suponen, en síntesis, un aumento de la carga de contenidos de las materias escolares, poco sentido tiene esta medida para alumnos que no estén presentado un rendimiento excepcional. De lo que evidentemente se trata es que con respecto a aquellos alumnos a los que el contenido ordinario les es insuficiente fomentar su ampliación para promover el desarrollo de su potencial intelectual. Téngase además en cuenta que las medidas adoptadas no son definitiva, ya que el artículo 4 impone la revisión de la evaluación psicopedagógica al final de cada etapa. De modo que las actuaciones siempre responderán a



las necesidades efectivas del alumno en cada momento, lo cual no parece merecer reproche legal alguno a la vista del 76 de la LOE 2006 , lo que hace que, igualmente, debamos desestimar el motivo, y, en su consecuencia el recurso interpuesto por el Procurador de los **Tribunales** D. Carlos Sáez Silvestre actuando en nombre y representación de la entidad el Defensor del Estudiante contra la Orden nº 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid.

NOVENO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción , procede imponer a la parte actora las costas causadas en el presente recurso, todo ello en los términos previstos por el artículo 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita .

En su virtud y vistos los preceptos citados y aquellos que fueren de general y pertinente aplicación, por el poder que el pueblo español y la Constitución y las Leyes nos tienen conferido

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente Recurso Contencioso **Administrativo**, Procedimiento Ordinario número 584- 2015, interpuesto por el Procurador de los **Tribunales** D. Carlos Sáez Silvestre actuando en nombre y representación de la entidad el Defensor del Estudiante contra la Orden nº 1493/2015, de 22 de mayo, de la Consejería de Educación, Juventud y **Deporte**, por la que se regula la evaluación y la promoción de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, que cursen segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria y Enseñanza Básica Obligatoria, así como la flexibilización de la duración de las enseñanzas de los alumnos con altas capacidades intelectuales en la Comunidad de Madrid. Disposición que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Por imperativo legal se imponen las costas de esta instancia al recurrente todo ello en los términos previstos por el artículo 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita .

Frente a esta Sentencia podrá formularse recurso de casación para ante la Sala Tercera del **Tribunal** Supremo a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la el Sr. Magistrado Ponente, hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.