

Roj: STS 3257/2011
Id Cendoj: 28079130072011100427
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 603/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Inactividad de la Generalidad Valenciana por no dotar de los medios necesarios para la educación de niños con Trastorno de Espectro Autista (TEA) al Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana" y al CEIP "Mare Nostrum" de Valencia. Incumplimiento de las exigencias legales.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 603/2010, sobre derechos fundamentales, interpuesto por don Severino y doña Remedios , representados por la procuradora doña Rosario Sánchez Rodríguez, contra la sentencia nº 1608, dictada el 4 de diciembre de 2009 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso nº 694/2007 , sobre la inactividad de la Generalidad Valenciana por no dotar de los medios necesarios para la educación de niños con Trastorno de Espectro Autista (TEA) al Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana" de Valencia.

Se ha personado, como recurrida, la GENERALIDAD VALENCIANA, representada por la Abogada de dicha Generalidad.

Ha comparecido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 694/2007, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el 4 de diciembre de 2009 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo instado en el proceso especial de protección de derechos fundamentales, en virtud de demanda formulada por D. Carlos Ramón , D^a Virginia , D. Jesús Carlos , D^a María Esther , D. Pedro Francisco , D^a Remedios , D. Adolfo , D^a Ángeles , D. Arcadio , D^a Camino y D^a Celestina , en defensa de los derechos de igualdad y no discriminación y derecho a la educación de sus hijos menores afectados por trastornos del espectro autista, frente a las Consellerías de Sanidad y de Educación y Deporte de la GV, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución prepararon recurso de casación don Carlos Ramón , doña Virginia , don Pedro Francisco , doña Remedios , don Adolfo , doña Ángeles , don Arcadio , doña Camino y doña Celestina , que la Sala de Valencia tuvo por preparado por providencia de 12 de enero de 2010, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 2 de marzo de 2010, la procuradora doña Rosario Sánchez Rodríguez, en representación de don Severino y de doña Remedios , interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, pidió a la Sala que

"(...) lo admita y, previos los trámites preceptivos dicte sentencia por la que: A) Estimando los motivos del recurso, conjunta o independientemente, case y anule la sentencia recurrida y resuelva conforme se suplicaba en el escrito de demanda. B) Alternativamente, estimando el motivo de casación sobre quebrantamiento de las normas esenciales que rigen los actos y garantías procesales, (art. 88.1 .c), anule la sentencia a quo, ordenando retroacción de actuaciones hasta el momento en que se admitan las pruebas indebidamente inadmitidas y propuestas por esta parte".

CUARTO.- Por auto de 23 de marzo de 2010 se declaró desierto el recurso de casación preparado por don Carlos Ramón , doña Virginia , don Adolfo , doña Ángeles , don Arcadio , doña Camino y doña Celestina .

QUINTO.- Presentadas alegaciones por la parte recurrente sobre la posible causa de inadmisión del recurso aducida por la recurrida en su escrito de personación, por auto de 17 de junio de 2010 se admitió a trámite y se acordó la remisión de las actuaciones, en principio, a la Sección Cuarta y, posteriormente, por providencia de 22 de septiembre del mismo año, de conformidad con las normas de reparto que operan en esta Sala, se remitieron a esta Sección Séptima.

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 30 de septiembre de 2010, el Fiscal, con fundamento en las consideraciones expuestas en su escrito de 29 de noviembre siguiente, solicitó a esta Sala que

"proceda a dictar sentencia declarando NO HABER LUGAR al recurso de casación deducido, con imposición de las costas a la parte recurrente por imperativo de lo dispuesto en el artículo 139.2º LJCA y la pérdida del depósito constituido para recurrir".

Por su parte, la Abogada de la Generalidad Valenciana se opuso al recurso por escrito presentado del 29 de octubre de 2010, en el que pidió la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos, con imposición de las costas, dijo, a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 20 de enero de 2011 se señaló para la votación y fallo el día 4 de mayo de este año, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes en la instancia, padres de niños con Trastorno de Espectro Autista (TEA), impugnaron por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales la que consideraron inactividad de la Generalidad Valenciana por no dotar de los medios necesarios al Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana" y al Centro de Educación Infantil y Primaria "Mare Nostrum" de Valencia para que la educación de sus hijos garantizara su desarrollo. Dicha inactividad la concretaron en la falta de personal educativo con conocimientos específicos en materia de TEA, en la falta del material adecuado, en la inexistencia de coordinación entre los centros y en el incumplimiento de las *ratios* que obligan a disponer de un tutor con formación específica por cada 3 o 5 niños. Esas carencias determinaban para los actores la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la educación y a la integración y de la *Carta de Derechos de las Personas con Autismo, de 9 de mayo de 1996* , del Parlamento Europeo.

En su demanda señalaban que el TEA es un trastorno que afecta especialmente a la comunicación, a la interacción social y a la imaginación de quienes lo padecen, razón por la cual, añadía, precisan de una supervisión constante y de un conjunto de servicios específicos que les permitan adquirir progresivamente mayores cotas de autonomía. Decía también que los menores afectados seguían un modelo de educación combinada conforme al cual debían acudir un determinado tiempo --distinto para cada **niño**, pues tienen diferentes niveles de competencias-- al aula ordinaria del colegio al que asisten y el resto al Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomas de Montañana". Ahora bien, este Aula se creó en el curso 2006-07 sin los recursos materiales necesarios y sin adecuación espacial. Además, el personal educativo no tenía formación específica en TEA. De ahí que todo redundara en el empeoramiento de los niños.

Alegaban, asimismo, que la propia Administración incumplía el protocolo establecido en el documento de la Conselleria de Sanidad denominado "Guía de buena práctica para el tratamiento de los trastornos del espectro autista", en el que se establece que el tratamiento debe ser individualizado, estructurado, intensivo y extensivo a todos los contextos de la persona y la participación de los padres.

La Generalidad Valenciana opuso, de un lado, la inadecuación del procedimiento por entender que las cuestiones planteadas eran de legalidad ordinaria. De otro, negó que hubiera la inactividad de la Administración si bien reconoció que los medios materiales y humanos no eran suficientes para el tratamiento especial que los padres pretendían para sus hijos. No obstante, mantuvo que, pese a ello, el contenido prestacional se había cumplido.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó la desestimación del recurso por la imprecisión de la demanda sobre los hechos y por no aportar un término válido de comparación.

SEGUNDO.- La sentencia estableció los siguientes hechos sustanciales: los actores son padres de niños que sufren TEA y fueron escolarizados en la modalidad combinada a partir del curso 2006-2007 en determinado porcentaje del tiempo académico en el Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomas de Montañana". El aula careció de medios materiales hasta febrero de 2007. La escolarización afectó a 9 niños de los cuales sólo acudían 5 pues los otros 4 no se incorporaron por entender los padres que el aula no contaba con los recursos necesarios. De los 5 asistentes, sus edades iban de los 3 a los 9 años.

Después repasó el contenido de los *apartados 1 a 5 del artículo 27* de la Constitución y la normativa recogida en los *artículos 72 y 74 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*, y en la Orden valenciana de 11 de noviembre de 1994. Asimismo, tuvo en cuenta la Convención sobre los derechos de las personas con **discapacidad**, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE de 21 de abril de 2008) que, dice la sentencia, si bien no era aplicable *ratione temporis*, revela la consideración de España por la escolarización de menores con necesidades educativas específicas. Desde los principios y criterios sentados por dicha Convención concluye que la actuación administrativa "no parece ser, en este contexto, graciable sino que, por el contrario, ha de ajustarse a los principios, directrices y criterios que se recogen en el texto. Y son éstos los que sirven de reglas del control de la Administración para evitar que su actuación resulte arbitraria o irracional". Resultado al que conduce igualmente la normativa interna. Y considerando que "la pretensión ejercitada en el caso concreto engarza con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como el de educación e igualdad", descartó que fueran de legalidad ordinaria las cuestiones suscitadas.

Para resolver sobre el fondo recuerda que la jurisprudencia sobre la elección de centro ha dicho que el derecho a la educación "no puede tener un valor absoluto, de modo que en todo caso deba respetarse la voluntad paterna por encima de cualesquiera circunstancias. Por el contrario, obvias razones materiales y presupuestarias hacen limitados tanto los Centros existentes como las plazas en ellos disponibles". Desde tal perspectiva, observa que el Informe del Inspector de Educación de 19 de febrero de 2007, refleja que las dotaciones satisfacen las garantías normativas mínimas

"(...) lo que significa que la actividad administrativa no puede ser calificada como constitutiva de la vulneración del artículo 27 CE, sin perjuicio de la valoración que pueda merecer desde la perspectiva de la normativa infraconstitucional, que habrá de ser planteada a través del procedimiento ordinario y no a través del especial que aquí se resuelve y por ende que no concurre inactividad en los términos en los que desde la normativa administrativa cabe efectuar dicha calificación".

Después rechaza que se hubiera producido la infracción del *artículo 15* de la Constitución porque el derecho a la integridad física y moral no puede verse afectado por el acto administrativo, ya que para ello es preciso que se hayan producido padecimientos físicos o psíquicos ilícitos por el trato infligido de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Y tampoco aprecia la vulneración de su *artículo 14* pues no consta un término válido de comparación que permita sustentar la afirmación de que los niños hijos de los actores reciben un trato distinto por parte de la Administración **educativa** al de otros niños con el mismo trastorno.

Termina la sentencia de este modo:

"En definitiva en el caso de autos no consta infringido al derecho (...) a la educación, no constando que ninguno de los menores (...) haya quedado sin escolarizar en el ámbito de la educación especial que precisan, aunque ello haya podido llevar a una fórmula que no fuese del total agrado de los padres, no

recogiéndose en el art. 27.9 un derecho fundamental, sino un deber, dirigido al legislador, de orientar en una concreta manera la política **educativa**, estableciendo medios al efecto, pero dentro de las necesidades reales y de las limitaciones presupuestarias, sin que quepa entender que los ciudadanos tienen un derecho subjetivo a que sus exigencias prestacionales deban ser atendidas necesariamente por la Administración e inmediatamente, como ya se ha venido pronunciando el TC, en SS de 27-6-1985 (S. núm. 77/85) y 10-7-1985 (S. núm. 86/85)".

TERCERO.- Son tres los motivos de casación que los recurrentes dirigen contra esta sentencia. Los dos primeros los sustentan en el *apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y el tercero en el apartado d)*. Expondremos, brevemente, a continuación su contenido.

(1º) Sostienen los actores que la sentencia es incongruente por omisión y que carece de la debida motivación. Esto supone, nos dicen, que ha infringido los *artículos 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 33.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120.3 de la Constitución, así como de su artículo 24.1* . Explican al desarrollar el motivo que se ha producido una alteración de los términos del debate pues la sentencia dice que el fondo del litigio se limita a la insuficiente dotación de medios del Aula de Comunicación y Lenguaje de referencia mientras que la demanda solicitaba que la Administración tomase de inmediato las medidas necesarias para que cesase la lesión de los derechos a la educación y a la igualdad de los niños. Lesión causada por la falta de programación, el incumplimiento de las *ratios* , la falta de tratamiento individualizado y la falta de profesionales con formación específica en TEA. Nada dice de todo ello, prosigue el motivo, la sentencia y, además, se vale de un informe del Inspector de Educación, que no obra en el expediente, carece de fecha de salida y "se construye "ad hoc" para la contestación a la demanda". Tampoco, reprocha el motivo, hace la sentencia referencia al resto de la prueba practicada, en especial al informe pericial de doña Otilia , del Centro Mira#m, especializado en el tratamiento del autismo, para quien el tipo de educación en el Aula señalada no es el más adecuado y redundante en el empeoramiento de las habilidades del **niño**. Además, insiste el motivo, no se trata de un problema coyuntural sino estructural debido a la falta de programación y de normas sobre los casos de autismo. En este sentido, dice que la indicada Aula solamente ha tenido la dotación mínima en el curso 2008.

(2º) El segundo motivo combate la denegación de la prueba pericial que propusieron los actores para que, por organismo independiente y especializado en autismo, se dictaminara: (a) sobre la metodología adecuada para la educación de los niños autistas; (b) sobre las consecuencias que para ellos tiene la deficiente aplicación de un método terapéutico respecto a su nivel de aprendizaje y capacidad de integración en su entorno; (c) sobre la *ratio* adecuada a un aula especializada; y (d) para que describiera el caso vasco. Asimismo, combate la denegación de la prueba propuesta sobre *Gautena* , Asociación Guipuzcoana de Autismo. Pruebas rechazadas en decisión confirmada en súplica por la Sala de instancia al considerar que disponía de suficiente material probatorio. A dicha denegación atribuyen los recurrentes la indefensión que dicen haber sufrido por privárseles de la aportación de hechos y datos que podrían haber equilibrado la convicción del Tribunal.

Dice, además, que contrastando la sentencia con el expediente y con la prueba practicada no consiguen conocer el proceso lógico seguido para llegar al fallo a la vista de lo que, pese a todo, se constató en el proceso.

(3º) El tercer y último motivo de casación afirma que la sentencia ha infringido los derechos a la educación, a la igualdad y a la integridad física y psíquica de los niños, con vulneración, por tanto, de los *artículos 27, 14 y 15 de la Constitución*. *Relaciona los dos primeros* y los vincula con el libre desarrollo de la personalidad, subrayando el carácter básico de la educación, mejor dicho de necesidad básica y diciendo que la falta de educación por no haberse aportado las medidas necesarias al efecto comporta discriminación. Añade que escolarizar a niños autistas no significa "aparcarlos" en un aula si no se cuenta con un programa educativo solvente. Reclaman los recurrentes una discriminación positiva pues "a mayores dificultades de estos niños para integrarse en condiciones de normalidad con otros niños que no padecen el trastorno, mayores medidas habrá que adoptar para compensar sus deficiencias, pues obviamente nunca van a partir en igualdad de condiciones":

Asimismo, apuntan que reciben un trato diferente según la Comunidad Autónoma y reitera que la Valenciana carece de un programa concreto para estos niños. Destaca en este punto el testimonio de la Sra. Otilia según la cual en Valencia no está cubierto el 100% de sus necesidades educativas y no se exige ninguna titulación específica para atender a los autistas. La efectividad del derecho a la educación de los niños autistas, continúan los recurrentes, no puede dejarse al arbitrio de la Administración, aunque se cuente con su mejor voluntad. Es preciso, dicen, garantizar el contenido de la misma con una programación que comporte la disposición de los medios necesarios, programación a la que se refiere de manera general

el *artículo 27* de la Constitución pero que falta en este caso. Y, frente a la reducción de sus pretensiones a meras exigencias prestacionales, dicen los actores que reclaman los derechos básicos de los niños autistas ante necesidades ciertas y concretas.

Por último, aunque dicen que no les consta jurisprudencia en materia de autismo que defina las especiales vinculaciones entre el derecho a la educación y el derecho a la integridad física y moral, afirman que uno y otro están indisolublemente unidos por ser la educación la única terapia posible conocida. De ahí que entiendan no aplicable al caso la sentencia en que se apoya la de instancia pues contempla un supuesto penal de imprudencia.

CUARTO .- La Abogada de la Generalidad Valenciana se ha opuesto a estos motivos de casación.

Objeta al primero que la sentencia no olvida ninguna pretensión de los demandantes. Así, observa que en los antecedentes concreta el objeto del recurso dando cuenta de la súplica de la demanda y en sus razonamientos da respuesta a los argumentos hechos valer por los actores explicando por qué considera que no se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales por ellos invocados. En este punto el escrito de oposición subraya que, para la sentencia, "no cabe entender que los ciudadanos tienen un derecho subjetivo a que sus exigencias prestacionales deban ser atendidas necesariamente por la Administración".

Del segundo motivo, además de que no procede en esta sede una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, nos dice la Abogada de la Generalidad Valenciana que había en el proceso suficientes medios de prueba para concluir que no se produjo la vulneración de derechos fundamentales que afirman los recurrentes. Y que la sentencia los valoró adecuadamente. Para la representante de la Administración, la sentencia deja claro también lo innecesario de las pruebas que no se admitieron. Por lo que respecta al informe del Inspector de Educación, indica que han de reconocérsele a éste conocimientos técnicos y específicos sobre la materia. Luego apunta que no necesitaba de ratificación por el valor que a los documentos públicos atribuye el *artículo 318 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Y del tercer motivo dice que ha de ser igualmente rechazado ya que la sentencia pone de manifiesto que no se han infringido los derechos fundamentales invocados porque, pese a que se discuta de una actuación administrativa que ha de ajustarse a los principios, directrices y criterios que se recogen en la sentencia, "existe un cierto margen entre lo deseado y lo que la Administración da". Y dentro de esos parámetros sirven las reglas de control de la Administración para evitar que su actuación resulte arbitraria o irracional".

Añade que el *artículo 74 de la Ley Orgánica 2/2006* impone a las Administraciones educativas la disposición de los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo y que corresponde a dichas Administraciones asegurar los recursos que necesiten los alumnos que requieran una atención **educativa** diferente a la ordinaria, alumnos para cuya identificación se establecerá el procedimiento correspondiente. Después, coincide con la sentencia en que la utilización por las normas vigentes de conceptos jurídicos indeterminados para tratar esta materia no significa que la Administración pueda proceder arbitrariamente y en que los derechos en este punto no son absolutos sino limitados. Por último, critica al motivo porque consiste en la cita de disposiciones normativas y de jurisprudencia sin relacionarlas de forma directa.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal propugna la desestimación del recurso de casación pues entiende que ninguno de sus motivos puede prosperar.

Así, sobre el primero, afirma que la sentencia no es incongruente ni carece de motivación. Al contrario, identifica razonadamente la pretensión de los recurrentes y les proporciona una respuesta igualmente razonada.

En cuanto a los medios de prueba, dice que el motivo no justifica por qué eran indispensables los que fueron denegados por la Sala de instancia. Es decir, la razón por la que su práctica hubiera sido determinante de la sentencia. Por otro lado, subraya que la Sala de Valencia, al rechazarlos señaló la suficiencia del copioso expediente administrativo y de la documental admitida e incorporada a las actuaciones, así como la innecesariedad de la pericial judicial por el carácter privado de la asociación que debía realizarla y de los medios y tratamientos realizados en otra Comunidad Autónoma que no aportarían ninguna luz al proceso. Recuerda, también, que obran informes psicopedagógicos de los pequeños y una prueba pericial --el informe emitido por doña Otilia -- favorable a la tesis de los recurrentes que ofreció una visión bastante completa del centro. Destaca, en fin, que la Sala de instancia dispuso de un informe de la Dirección General de Ordenación y Centros Docentes de la Generalidad Valenciana al que se adjunta un

informe específico de los medios a disposición del Colegio Público "Tomás de Montañana".

Del tercer motivo, dice, en primer lugar, que la invocación de la igualdad no tiene, en este caso, sustantividad propia sino que está íntimamente relacionada con el derecho a la educación. Por eso y porque no se ha aportado un término válido de comparación, entiende que el motivo debe ser desestimado en este punto. Tampoco considera posible contemplar de manera autónoma la invocación del derecho a la integridad física y moral del menor hijo de los actores si no es poniéndolo en relación con el derecho a la educación.

Y, sobre este último, dice que el *artículo 27.5* de la Constitución tiene, según el Tribunal Constitucional, una dimensión prestacional que lleva a concebir su efectividad en los términos establecidos por el legislador entendido en sentido amplio. Supone este derecho, por tanto, prosigue el Ministerio Fiscal, la definición normativa de los programas de formación específicamente dirigidos a estos menores y su aplicación por la Administración habilitando los medios materiales y personales precisos. Desde estos presupuestos, entiende que el recurso se centra en si la Administración valenciana puso efectivamente a disposición de la educación de los hijos de los recurrentes tales medios. A ese respecto, nos dice, hemos de estar a la prueba cuya valoración no puede tildarse de irracional o manifiestamente arbitraria pues los datos fácticos considerados por la Sala de instancia no han sido rebatidos por los actores y han sido emitidos por un órgano, como la Inspección de Educación, cuyo informe goza, en principio, de la presunción de veracidad.

SEXTO.- El examen de los motivos de casación de los escritos de la Abogada de la Generalidad Valenciana y del Ministerio Fiscal nos llevan a las siguientes conclusiones.

La sentencia no es incongruente ni carece de la necesaria motivación . Como han indicado la Abogada de la Generalidad Valenciana y el Ministerio Fiscal, identifica con claridad la pretensión de los recurrentes y da respuesta a los argumentos con los que la sustentan. No incurre en desviación porque en ningún momento ignora a qué atribuye la demanda la lesión de los derechos fundamentales invocados. Si se repasa su texto puede comprobarse sin dificultad que, primero, deja constancia de las posiciones de las partes, después rechaza la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración para a continuación resolver, razonadamente, si se había producido o no la vulneración del derecho a la educación, del derecho a la igualdad de trato y del derecho a la integridad física y moral.

Por tanto, en modo alguno se puede reprochar a esta sentencia no haber dado respuesta a los actores ni carecer de la motivación precisa. Es, por el contrario, congruente y está motivada. En realidad, la tacha formulada en este motivo obedece a que no haga referencia concreta a cada uno de los extremos en los que los recurrentes vieron la insuficiencia lesiva del derecho a la educación y de los otros alegados. Sin embargo, aunque sea cierto que no se refiere uno por uno a esos aspectos, sí los tiene presentes cuando descansa en el informe del Inspector de Educación para decir que en febrero de 2007 el Aula de Comunicación y Lenguaje contaba con los medios mínimos necesarios y explica que del *artículo 27.9* de la Constitución derivan unas exigencias prestacionales cuya satisfacción habrá de producirse en los términos establecidos por el legislador sin que quepa hablar de un derecho absoluto a obtenerlas.

Tampoco se ha lesionado el derecho de los recurrentes a los medios de prueba por haber denegado algunas la Sala de instancia, ya que, de nuevo, hemos de coincidir con la Abogada de la Generalidad Valenciana y con el Ministerio Fiscal, en el proceso se dispuso de suficiente material probatorio para establecer los hechos relevantes y, como dice el Ministerio Fiscal, no se ha demostrado que, de haberse practicado las que no fueron aceptadas, habría sido otro el juicio expresado en la sentencia. ***No puede decirse, por lo demás, que la valoración de esas pruebas se hiciera de manera irracional*** por la Sala de Valencia. Es, asimismo, verdad cuanto afirman la Abogada de la Generalidad Valenciana y el Ministerio Fiscal sobre el informe del Inspector de Educación de 19 de febrero de 2007 cuyos datos no han sido rebatidos. Así, pues, este motivo ha de correr la misma suerte que el anterior.

De los derechos fundamentales invocados, consideramos que el reconocido por el *artículo 15* de la Constitución no está en juego en este caso ya que, aún refiriéndose la sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990 citada por la de instancia a un caso distinto al que aquí se ha planteado, la insuficiencia de los medios materiales y personales del Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana" de Valencia que afirman los recurrentes, por los términos en que se plantea, ***no parece idónea para producir la lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral*** de los niños que denuncian los recurrentes.

Por lo que hace a la ***igualdad*** , dice el Ministerio Fiscal que no tiene aquí una dimensión autónoma sino que guarda una íntima conexión con la efectividad del ***derecho a la educación*** . Así es desde el

momento en que la educación que se imparte a los niños debe adecuarse a las circunstancias en que se encuentran de manera que los responsables de la misma habrán de tenerlas en cuenta para que sirva realmente al pleno desarrollo de la personalidad humana. A esto responde el *Título V de la Ley Orgánica 2/2006, dedicado a la equidad en la educación y, en particular, su capítulo primero* que se ocupa del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, y, dentro de él, su sección primera que trata de los alumnos con necesidades especiales entre los que, sin ninguna duda, se encuentran los niños con TEA.

Conviene examinar las prescripciones legales allí recogidas antes de pronunciarnos sobre este último extremo del motivo de casación.

SÉPTIMO.- 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.

Ya a propósito de los alumnos con necesidades educativas especiales (*artículo 73*), es decir de aquellos que requieran, "por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de **discapacidad** o trastornos graves de conducta", el *artículo 74* establece que su escolarización se regirá por los principios de normalización e **inclusión**, asegurando su no discriminación e igualdad efectiva. Además, quiere que la identificación de sus necesidades se haga cuanto antes "por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas", prevé la evaluación de los resultados de cada curso para cada alumno a los efectos de modificar el plan de actuación y la modalidad de escolarización para favorecer, en cuanto sea posible, un régimen de mayor integración.

En resumen, adecuación de la enseñanza a las específicas necesidades de estos alumnos, cualificación del personal, medios necesarios y programación con el objetivo último de asegurar su pleno desarrollo son las líneas maestras de la regulación legal que quiere hacer efectiva la educación en condiciones de igualdad real de estos niños.

OCTAVO.- Desde la perspectiva que nos ofrecen estas previsiones del legislador, debemos volver al caso que nos ocupa.

Se ha establecido por la sentencia recurrida que el Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana" no estuvo provista de medios materiales hasta febrero de 2007 y que, a partir de ese momento, sus dotaciones satisfacen las garantías normativas mínimas. Esta es la razón que le lleva a descartar la infracción del derecho a la educación "sin perjuicio de la valoración que pueda merecer desde la perspectiva de la normativa infraconstitucional, que habrá de ser planteada a través del procedimiento ordinario (...)".

A esa conclusión llega la Sala de Valencia después de haber recordado, con apoyo de la jurisprudencia sobre elección de centro escolar, que el derecho de los padres y de los niños no es absoluto y que no está reconocido el derecho a que las exigencias prestacionales sean atendidas necesaria e inmediatamente por la Administración.

Ahora bien, de lo dicho se desprende que, para la sentencia, el Aula mencionada no disponía de los medios necesarios cuando comenzó el curso escolar 2006-2007. Asimismo, resulta que, después, solamente contaba con los mínimos. Por otro lado, el citado informe del Inspector de Educación corrobora que la *ratio* de alumnos, como sostienen los recurrentes, debe ser de 3-5/1. No obstante, en el Aula se escolarizó a 9 alumnos. Y el informe pericial de la Sra. Otilia refleja que no hay coordinación entre la Consejería de Educación y la de Sanidad, que no hay programación general, ni protocolo de tratamiento y seguimiento, que inicialmente --en el curso 2006-2007-- el personal carecía de experiencia, el Aula era pequeña e inadecuada y no tenía material, salvo el aportado por los padres o los profesionales que atendían el Aula, que cambian las personas curso a curso, que hay descoordinación, y mezcla de niños que, por sus distintas edades no debería producirse.

Estos datos, sin duda, son los que llevaron a la sentencia a entender que no había lesión de derechos fundamentales pero, al mismo tiempo, a indicar a los recurrentes que, si consideraban que se habían producido infracciones a la legalidad, podían plantearlas en un recurso ordinario. Sin embargo, el *artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción* prevé que la sentencia "estimaré el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo". Por otro lado, siendo cierto cuanto dice la Sala de Valencia sobre el alcance que ha dado la jurisprudencia al derecho a la elección de centro escolar y, en general, a las pretensiones que tienen una dimensión prestacional, también lo es que ese supuesto no es igual al planteado en este proceso.

Una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un **niño** en un determinado centro escolar y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del *artículo 27* de la Constitución, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su *artículo 49* y, sobre todo, por el mandato de su *artículo 9.2* de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Las previsiones legales antes expuestas son coherentes con estos presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación y exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad. En cambio, no es coherente con tales premisas el enfoque adoptado por la sentencia ya que, al confirmar la corrección de la actuación administrativa, da por buena una situación que ella misma reconoce que no era adecuada en el comienzo del curso 2006-2007 y, después, solamente satisface lo mínimo (tamaño del aula, personal) y, al desviar a un juicio de legalidad la decisión sobre si se cumplían o no los requisitos legalmente establecidos para este tipo de educación especial, desconoce que su infracción puede ser relevante desde del punto de vista constitucional.

Y, si no se respeta la *ratio*, extremo reconocido en el informe del Inspector de Educación, faltan la programación y los protocolos de actuación, rota el personal, no se asegura su cualificación y se reúne a niños que, por sus edades, deberían estar separados, aunque el aula no sea ya pequeña y el personal sea el mínimo exigible, no sólo no se han observado las exigencias legales sino que difícilmente puede decirse que se haya respetado el derecho fundamental a la educación ofreciendo a los niños a los que se refiere el recurso un tratamiento acorde con la situación de desigualdad de partida en que se encuentran. En consecuencia, el motivo debe ser estimado y la sentencia anulada.

NOVENO.- El *artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción* nos obliga a resolver la controversia en los términos en que estuviere planteada.

Cuanto hemos dicho en el fundamento precedente conduce también a la estimación del recurso contencioso-administrativo y a declarar que se ha infringido el derecho a la educación invocado en la demanda por las insuficiencias antes mencionadas del Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana" y, también, a reconocer el derecho de los recurrentes a que por la Administración **educativa** se subsanen sin demora.

DÉCIMO.- A tenor de lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción* no hacemos

imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º Que ha lugar al recurso de casación nº 603/2010, interpuesto por don Severino y doña Remedios contra la sentencia nº 1608, dictada el 4 de diciembre de 2009, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana , que anulamos.

2º Que estimamos el recurso nº 694/2007, declaramos infringido el derecho a la educación y reconocemos a los recurrentes el derecho a que por la Administración **educativa** se subsanen sin demora las insuficiencias del Aula de Comunicación y Lenguaje del Colegio Público "Tomás de Montañana", de Valencia.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.