



Roj: **STS 2010/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2010**

Id Cendoj: **28079130042019100200**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/06/2019**

Nº de Recurso: **4651/2018**

Nº de Resolución: **861/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ LR 82/2018,**
ATS 11264/2018,
STS 2010/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 861/2019

Fecha de sentencia: 21/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **4651/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.LA RIOJA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **4651/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 861/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 21 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-**4651/2018**, interpuesto por el procurador don José Toledo Sobron en nombre y representación de don Benedicto y doña Crescencia, contra la sentencia núm. 46/2018, de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que inadmitió el recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de derechos fundamentales de la persona número 154/2017.

Han sido partes recurridas la Comunidad Autónoma de La Rioja representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de derechos fundamentales de la persona número 154/2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Logroño, dictó sentencia el 8 de febrero de 2018, cuyo fallo dice literalmente:

"Primero: En consecuencia declaramos la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el cauce de procedimiento de vulneración de derechos fundamentales contra la resolución recurrida.

Segundo: sin expresa imposición de costas"

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don Benedicto y doña Crescencia recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Logroño tuvo por preparado mediante Auto de 12 de junio de 2018 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 29 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por Don Benedicto y Doña Crescencia, contra la sentencia 46/2018, de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que inadmitió el recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de derechos fundamentales de la persona número 154/2017.

Segundo.- *Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:*

Si la preferencia en la elección de centro educativo de alumnos con necesidades educativas especiales, en este caso, en la modalidad educativa de integración, es una cuestión de exclusiva legalidad ordinaria o de derechos fundamentales a efectos del cauce procesal especial de derechos fundamentales. Y determinar, en su caso, el alcance de la elección del centro por los padres.

Tercero.- *Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos: 14, 24 y 27 de la Constitución Española; 2 y 24 de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad; 74.1 LO 2/2006, de 3 de mayo de Educación y 18.3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 21 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad; 53.2 de la Constitución, en relación con el artículo 69 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.*

Cuarto.- *Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.*

Quinto.- *Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto. Y*

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto. "

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 6 de noviembre de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don

José Toledo Sobron, en representación de don Benedicto y doña Crescencia por escrito de fecha 18 de diciembre de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPlico: "[...] dicte sentencia estimando este recurso y, en consecuencia, case y anule la sentencia recurrida, declarando el derecho de Eliseo a ser escolarizado en el DIRECCION002".

QUINTO.- Por providencia de 15 de enero de 2019. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida La Comunidad Autónoma de la Rioja y al Ministerio Fiscal a fin de que, en el plazo común de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Rioja en escrito de fecha 28 de febrero de 2019, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPlico: "[...] declare no haber lugar a dicho recurso de casación, confirmando en todos sus términos la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente."

Asimismo, el Ministerio Fiscal en escrito presentado el 28 de febrero de 2019, tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, concluye que no se opone a la estimación del recurso de casación.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 30 de abril de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 18 de junio de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.

La representación procesal de don Benedicto y Doña Crescencia interpone recurso de casación **4651/2018** contra la sentencia de inadmisibilidad dictada el 8 de febrero de 2018 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de derechos fundamentales de la persona, número 154/2017 deducido por aquellos contra la resolución del Consejero de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de la Rioja de 17 de julio de 2017, confirmando en alzada la resolución de la Dirección General de Educación de 7 de junio de 2017 que acordó escolarizar en modalidad de integración al alumno Eliseo con necesidades educativas especiales en DIRECCION000 " de DIRECCION001 .

La sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ LR 82/2018 - ECLI:ES:TSJLR:2018:82) en su PRIMER fundamento identifica la pretensión mientras en el SEGUNDO reputa relevante señalar que: "1º. El alumno Eliseo de cuatro años de edad presenta una diversidad funcional por retraso del desarrollo psicomotor y los padres desean su escolarización en el DIRECCION002 de DIRECCION001 -modalidad educativa de integración- 2º. La resolución de la Administración es escolarizar en la modalidad de integración al alumno Eliseo en el DIRECCION000 ".

En el TERCERO refleja doctrina del Tribunal Supremo sobre el proceso especial de derechos fundamentales mientras en el CUARTO reproduce parcialmente la STS de 14 de diciembre de 2017, casación 2695/2016 relativa a personas con disfunciones.

Finalmente en el QUINTO concluye que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria y no ante una vulneración de derechos fundamentales esencialmente porque es un hecho no controvertido y admitido por las partes que el alumno si bien tiene que estar escolarizado en la modalidad educativa de integración los padres desean su escolarización en el DIRECCION002 de DIRECCION001 modalidad educativa de integración y la Administración establece su escolarización en el DIRECCION000 en la modalidad de integración. Insiste en que no es un problema de educación inclusiva, sino de elección de centro, y tal hecho no puede considerarse que vulnera el derecho fundamental a la educación.

SEGUNDO.- Cuestión sometida a interés casacional.

El Auto de 29 de octubre de 2018 precisó que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

"Si la preferencia en la elección de centro educativo de alumnos con necesidades educativas especiales, en este caso, en la modalidad educativa de integración, es una cuestión de exclusiva legalidad ordinaria o de derechos fundamentales a efectos del cauce procesal especial de derechos fundamentales. Y determinar, en su caso, el alcance de la elección del centro por los padres."

TERCERO.- El recurso de casación de don Benedicto y doña Crescencia .

1. Alega que un fallo de inadmisión se convierte en realidad en una desestimación de la pretensión cuestión a la que dedica la segunda parte del recurso mas que, por orden procesal, colocamos primero.

Arguye que el derecho a la educación inclusiva reconocido en la Convención puede sintetizarse de la siguiente manera:

- a. Las personas con discapacidad tienen pleno derecho a recibir una educación inclusiva a todos los niveles, que permita el desarrollo de su potencial humano, de su dignidad y de su autoestima.
- b. Los Estados que han ratificado la Convención (incluida España) están obligados a hacer efectivo dicho derecho, para que las personas con discapacidad accedan a la educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, sea cual sea la comunidad en la que vivan.
- c. Los poderes públicos (y, por tanto, todas las Administraciones Públicas con competencia en materia educativa) están obligados a efectuar " *los ajustes razonables en función de las necesidades individuales* ".
- d. La denegación de los ajustes razonables constituye una discriminación por razón de discapacidad; cuando la Administración Educativa no adopta las medidas de apoyo y refuerzo que requiera cada persona en función de sus necesidades educativas especiales.

A juicio de la parte, el objeto del procedimiento trasciende de una cuestión de mera elección del centro (y, por consiguiente, de legalidad ordinaria), afectando directamente a los derechos a la igualdad y al de educación inclusiva.

Sostiene que la inadmisibilidad, constituye una frontal vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 53.2 C.E ..

Alega que la incorrecta inadmisión de las cuestiones planteadas por la parte y por el Ministerio Fiscal (así como la ausencia de análisis de los medios probatorios aportados en el proceso) se ha debido, exclusivamente, a la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Como se establece en el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017, " *la infracción procesal denunciada trasciende al caso cuando repercute en la aplicación (incongruencia omisiva o por error) de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo, en cuyo caso habrá de examinarse tal invocación para determinar la admisibilidad del recurso* ".

2. En cuanto al fondo del asunto invoca en primer lugar los arts. 2 y 24 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como el Informe del comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y el alcance del derecho a la educación inclusiva.

Luego esgrime la vulneración de los arts. 24 y 27 CE .

Cita la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 casación 2965/2016 que eleva el derecho de igualdad en el acceso a la educación a " *regla de carácter general* " que solo admite determinadas y tasadas excepciones, que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo, por razones de proporcionalidad.

Frente a esta regla general de deber de las Administraciones públicas de inclusión educativa de las personas con discapacidad, el Tribunal Supremo admite una única excepción: la falta de exigencia de que la Administración deba soportar " *una carga desproporcionada o indebida* ". *Ahora bien, solamente cabe oponer dicha excepción si se justifica [haber] agotado todos los esfuerzos para esa integración* ".

También menciona la STS de 9 de mayo de 2011 (rec. de casación nº 603/2010) sobre la existencia de vulneración del derecho a la educación inclusiva cuando no se tiene en cuenta, entre otras circunstancias, el máximo desarrollo social del alumno.

Razona que en el DIRECCION002 , la presencia de Eliseo en el aula sería la máxima posible, permitiendo esa armonización médico-terapéutica perseguida, mientras que la opción del DIRECCION000 reduce las posibilidades de inclusión, vulnerando con ello las oportunidades de participar, no solo en las clases, sino en las actividades extraescolares con sus compañeros.

Adiciona que todos los informes médicos aconsejan concentrar los aspectos de aprendizaje escolar por las mañanas, pues es cuando Eliseo se encuentra más receptivo y despierto, teniendo en cuenta que, por su edad, la sobrecarga de actividades terapéuticas sumadas a las escolares, le suponen un mayor esfuerzo que le sitúa en desventaja frente al resto de niños, además de las dificultades de regulación del sueño que aconsejan seguir haciendo siesta por la tarde. Es por tanto necesario adecuar sus necesidades para evitar el riesgo de la desmotivación y pérdida del sentido de pertenencia al grupo de alumnos que comparten su educación.

Arguye que la opción elegida por los padres en una opción disponible y razonable, no supone carga desproporcionada y su desestimación no ha sido acreditada por la Administración. Objetan que la evaluación psicopedagógica realizada por el equipo de orientación que fundamente la determinación, es un claro incumplimiento de la normativa vigente, no ha tenido en cuenta las necesidades reales de Eliseo , no

ha valorado la información relativa a sus circunstancias socio-familiares y de salud, ni la disponibilidad de los diferentes recursos que posee dicha escuela para el mismo, en el sentido que dan respuesta a dichas necesidades, y que es una opción razonable, a diferencia de la opción determinada en el dictamen de escolarización, que causaría perjuicio a Eliseo tanto en su salud como en su educación, aspectos que tampoco han sido valorados por dichos técnicos.

Aducen que la Sentencia yerra al reducir el derecho de educación inclusiva a la integración en un centro ordinario o en un centro especial.

Defienden que, el derecho de educación inclusiva va más allá de la incorporación del menor discapacitado en un centro educativo ordinario cualquiera o en un centro educativo especial; y exige una ponderación, caso por caso, de las necesidades individuales del menor -atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean al caso concreto como es el hecho de que el menor, por razón de su discapacidad, debe compatibilizar, en condiciones razonablemente óptimas dadas sus especiales necesidades, la asistencia al centro educativo con el seguimiento del tratamiento terapéutico o sesiones especiales necesarias, en un centro médico adecuado- y los medios que razonablemente estén al alcance de la Administración para atender a tales necesidades en el concreto centro educativo solicitado.

La necesidad de compatibilizar la asistencia al tratamiento terapéutico y al centro educativo ordinario se trata de una cuestión que debe formar parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación inclusiva (por lo menos, a efectos del trámite de admisión de los recursos especiales para la tutela de derecho fundamentales). Ello implica que la Administración debe realizar (dentro del límite de lo razonable) los "esfuerzos" o "ajustes necesarios" para garantizar que el menor podrá acudir al centro educativo ordinario que le permita seguir asistiendo a los tratamientos terapéuticos; cuando las circunstancias del menor (salud) y del entorno (dotación asistencial de la región o localidad donde vive) así lo exigen.

CUARTO.- *La oposición del Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*

1. En línea con lo indicado en el razonamiento anterior invirtiendo el orden de la argumentación consignamos que no reputa derecho fundamental a efectos procesales la elección de centro.

2. Respecto al fondo, a su juicio hay que distinguir entre acceso a la educación inclusiva, y elección de centro de educación inclusiva. En el presente caso, reputa fuera del ámbito de la casación el acceso a la educación inclusiva, pues la Administración ya lo reconoció en vía administrativa. Y el derecho de elección está sometido a un procedimiento de admisión que lo condiciona, sin afectar por ello, al derecho fundamental.

Sostiene que la mera ubicación de un derecho no determina su condición de fundamental "a efectos del cauce procesal especial".

A su entender la CE no incluye el derecho de elección de centro docente, otra cosa es la posible ampliación por la vía de los distintos instrumentos internacionales ratificados por España. Sin embargo, un análisis de los Tratados tampoco permite sostener tal cosa.

Razona que la única cuestión que queda por analizar es la diferencia entre el tipo de jornada de un centro y otro. Esta cuestión podría considerarse bajo la excepción de la pérdida de objeto sobrevenida, en el sentido de que, a día de hoy, ambos centros tienen implantada la jornada continua. Pero, en el momento de interposición del recurso, el DIRECCION000 tenía jornada partida, y el DIRECCION002 tenía jornada continua. De adverso, se considera que el tipo de jornada beneficia o perjudica el proceso de integración del menor en base a una serie de afirmaciones que no han sido valoradas, ni probadas en la instancia.

Si puede darse carta de naturaleza a un supuesto derecho de elección de centro docente en función de preferencias pedagógicas, entiende que sería un derecho de configuración legal que no está reconocido en la Ley española.

Defiende que, desde la perspectiva del derecho a la integración educativa, también tendría esa misma consideración de derecho de configuración legal.

QUINTO.- *La posición del Ministerio Fiscal que si sigue el orden del auto de admisión.*

1. A juicio de la Fiscalía el razonamiento de la Sala parte de una premisa equivocada al identificar, el ámbito de extensión del derecho fundamental a la educación -aquí vinculado al derecho a la igualdad o no discriminación de las personas con discapacidad- con determinados supuestos concretos que han sido resueltos por la Sala y el Tribunal Constitucional.

Se expone sobre el ATC 382/1996 y la STC 74/2018, de 5 de julio, cuando reitera que "El derecho a la educación supone también "el reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente" (STC 10/2014, FJ 3, ATC 382/1996, FJ 4), pero -matiza- el acceso efectivo al concreto centro elegido "dependerá de

si se satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos" (ATC 382/1996 , FJ 4) , de manera que -prosigue esta sentencia- "Este derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos es compatible con el establecimiento legislativo de "criterios objetivos" aplicables en supuestos de insuficiencia de plazas escolares en centros públicos y privados concertados, tal como "la situación económica de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el Centro" (STC 77/1985 , FJ 5)".

Razona que esta doctrina constitucional, desautoriza la premisa en la que el TSJ de La Rioja apoya su decisión de inadmisión.

Sostiene que no solo no cabe descartar *a priori*, que el ejercicio por los padres de su facultad de elección de centro tenga contenido y trascendencia constitucional, sino que ni siquiera es posible pronunciarse al respecto sin entrar a examinar el régimen jurídico que, en virtud de la propia Constitución, de las normas internacionales a cuya luz ha de interpretarse (art. 10.2 CE) y de su desarrollo legislativo configura el contenido, la extensión y los límites del derecho del propio menor afectado a recibir una educación ajustada a sus específicas necesidades.

Por todo ello, considera que la cuestión planteada por la Sección de Admisión, a fin de determinar "*si la preferencia en la elección de centro educativo de alumnos con necesidades educativas especiales, en este caso, en la modalidad educativa de integración, es una cuestión de exclusiva legalidad ordinaria o de derechos fundamentales a efectos del cauce procesal especial de derechos fundamentales*", merece una primera respuesta claramente negativa: *no* cabe afirmar como regla general de exclusión que la elección de centro educativo en un supuesto como el que nos ocupa integre una mera cuestión de *legalidad ordinaria*.

2. En cuanto al fondo, reputa preciso tomar en consideración los artículos 14 y 27 de la CE , desarrollados por el artículo 74 de la Ley Orgánica 2/2016, de Educación (LOE), y afectados por la normativa reguladora de los específicos derechos de las personas con discapacidad, que se concretan en los artículos 2 y 24 de la Convención Internacional de los derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) -cuyo valor interpretativo reputa clave en este procedimiento de acuerdo con la norma del art. 10.2 de la Constitución - y el artículo 18 del RDL 1/2013, de 21 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (TRLGDPD).

Alega que en el caso que nos ocupa, la delimitación del *alcance* del derecho de los padres a elegir centro educativo es directamente correlativa respecto de la tarea de concreción de dichos conceptos jurídicos indeterminados. En la medida en que las modificaciones o adaptaciones exigibles sean viables en distintos centros accesibles en condiciones razonablemente similares, el artículo 27 CE ampara el derecho de los padres a elegir, entre dichos centros, cuál es el que prefieren para escolarizar a su hijo. Si la imposición de esta preferencia impusiera a la Administración cargas (presupuestarias u organizativas) *desproporcionadas o indebidas*, nos hallaríamos ante una restricción constitucionalmente justificada del ejercicio de su derecho fundamental.

Concluye que habida cuenta de que, según se ha visto al analizar la normativa aplicable, la determinación del *alcance*, y por tanto del *contenido* del derecho fundamental de los padres a elegir centro educativo -y su proyección en el derecho del menor a la educación en condiciones de igualdad- solo es posible previa ponderación del régimen legal concreto aplicable y de los elementos fácticos concretos del caso, al no abordar esa tarea el Tribunal está impidiendo directamente el ejercicio del derecho, al margen y con independencia del juicio de validez o nulidad que, a tal efecto, merezca la decisión de la Administración que se enjuicia. Concluye que la sentencia no solo ha vulnerado el derecho de los padres a obtener una resolución jurídicamente fundada, sino también su derecho fundamental a efectuar una elección que, dada la existencia de conflicto con la Administración, *resulta materialmente impedida* mientras el Tribunal no se pronuncie sobre las condiciones y el alcance de su ejercicio.

Insiste en que procede estimar que la sentencia recurrida vulnera el artículo 24 CE , pero también el 14 y el 27, así como la legislación de desarrollo aplicable y el Convenio internacional citado y proceder a reparar esa lesión material del derecho mediante la resolución de "*las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso*", de acuerdo con el citado art. 93.1 LJCA . Tarea que entiende posible por el hecho de que la resolución de inadmisión fue adoptada después de propuesta y practicada la prueba, lo que permite a la Sala entrar directamente a su valoración como juez de la instancia.

Recalca que solo hay dos puntos de discrepancia que constituyen la clave del debate. Uno es el de la compatibilidad horaria entre la presencia en el centro escolar y la asistencia a esas terapias, y el segundo es el de la disponibilidad de un auxiliar técnico educativo (ATE) encargado de la atención directa al menor, con el que cuenta el centro que la Administración propone, pero que no está disponible en el colegio que prefieren

los padres. En relación con estos puntos de divergencia, que en realidad remiten a un problema de apreciación y valoración de la prueba, considera conveniente apuntar que:

a) Pese a la insistencia de la parte demandante en este punto, la supuesta incompatibilidad entre los horarios del centro escolar que propone la Administración (el DIRECCION000 " y las terapias extraescolares a las que acude el menor no está, a juicio de este Ministerio, acreditada en modo alguno, como no lo está tampoco la compatibilidad con la del centro preferido por los padres (el DIRECCION002 "). Es más, a la vista de los datos obrantes en autos cabría sostener que los horarios de este último centro son *más* incompatibles objetivamente con los que -al menos en principio- facilitan las manifestaciones de los recurrentes y las pruebas aportadas por ellos.

En efecto, de las actuaciones se desprende que el horario del centro " DIRECCION000 " es, en jornada partida, de 9:30 a 12:30 y de 15:00 a 17:00, mientras que el de " DIRECCION002 " es de 9:00 a 14:00 horas, en jornada continua. Pues bien, por lo que se refiere al horario de mañana, los padres del menor acreditan que este acude a terapia los martes y jueves de 12:30 a 13:30, y después acreditan haber podido modificarlo (lo que implica que es *posible* flexibilizar ese horario) para que sea de 13:30 a 14:30. Es por tanto palmariamente obvio que esos horarios de terapia, tanto antes como después del cambio, se ajustan mejor a la jornada partida tal y como está diseñada en el centro " DIRECCION000 " y por el contrario resulta incompatible con parte de la jornada lectiva del centro " DIRECCION002 ".

Y en lo que concierne a la necesidad de descanso del menor, que complementa esa afirmación de incompatibilidad, tampoco de las diversas alegaciones y en particular del informe pericial de parte que la invoca se desprenden datos que permitan valorar ni tiempos de duración, ni horarios, ni distancias o lapsos temporales necesarios entre actividad y descanso.

b) La Fiscalía entiende que a los factores expuestos hay que añadir otro que, por razones que no es fácil deducir ha sido en cierta medida orillado -sin perjuicio de referencias ocasionales y más o menos *neutras* a su concurrencia- tanto por la parte actora como por la Administración recurrida. Se trata de que la codemandante y madre del menor es *profesora* en el DIRECCION002 ", al que los recurrentes prefieren que asista su hijo.

La posibilidad de valorar como elemento sustancial de esa *adaptación* la disponibilidad de la propia madre y sus compañeros no debería, a juicio del Fiscal, analizarse como una simple manifestación de *voluntarismo* desdeñable *a priori* en favor de soluciones "profesionales", como parece sugerir la Administración, cuando, partiendo de la base de que la propias autoridades educativas reconocen que el centro " DIRECCION002 " está habilitado para escolarizar niños con necesidades especiales, precisamente el obstáculo objetivo de mayor calado que detectan a la hora de gestionar el problema es la indisponibilidad del ATE, que según se desprende de los diversos informes obrantes en autos, en realidad se encarga de tareas de asistencia *personal* al menor, asumibles -no lo niega ninguno de esos informes- por el resto de profesores y, desde luego, en la medida de lo factible, no cabría discutir que por la propia madre.

No existe por tanto un riesgo implícito desproporcionado y/o inevitable en la aceptación de la propuesta alternativa que defienden los progenitores.

SEXTO.- Viabilidad del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales en un ámbito como el aquí cuestionado.

Sobre la cuestión sometida a interés casacional debemos traer a colación dos significativas Sentencias de esta Sala y Sección dictadas ambas en el seno del procedimiento de protección de derechos fundamentales que no solo ampararon, bien inicialmente en instancia, bien en sede casacional, las solicitudes formuladas por padres de menores con trastornos sino que aceptaron sin rechazo la utilización de tal vía procedimental.

Así el FJ Tercero de la STS de 12 de diciembre de 2017, casación 2965/2016 que dijo: " *Respecto de personas con disfunciones o minusvalías, el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación (artículo 27 en relación con el artículo 14) se desarrolla en los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Tal normativa debe aplicarse conforme al mandato constitucional de procurar que la igualdad sea efectiva, de remover los obstáculos que lo impidan o dificulten y de procurar la integración social y laboral de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículos 9.2 y 49 de la Constitución). Además, esta normativa interna debe interpretarse conforme a los tratados internacionales (artículo 10.2 de la Constitución) en concreto el artículo 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante instrumento de ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008.*"

También el FJ Sexto de la STS de 9 de mayo de 2011, casación 603/2010 en que se razona sobre "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...".

Y en el FJ Octavo de la precitada STS 9 de mayo de 2011 respecto del niño que padece un trastorno, en el citado caso el TEA, se insistió en que " 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."

Aquí no se produjo el rechazo " a limine litis " que enjuicia, con amplia cita jurisprudencial, la STS de esta Sala y Sección de 1 de octubre de 2015, casación 2413/2014 . Así se tramitó el recurso hasta el dictado de la sentencia que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo objeto del presente recurso de casación.

Mas tal pronunciamiento debe ser revocado en razón de la doctrina jurisprudencial manifestada en las SSTS de 9 mayo de 2011 y 14 de diciembre de 2017 , a que más arriba hemos hecho referencia.

Es cierto que no ha acontecido una negativa absoluta de la administración a la pretensión ejercitada, se reconoce la educación inclusiva pero no en el centro elegido por los padres.

Estamos, como indica la STS de 9 de mayo de 2011 , ante exigencias cualificadas que exigen un tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar la personalidad del niño que exigen una valoración circunstanciada. Posición que se ve reforzada por el argumento esgrimido por el ministerio fiscal al reproducir, en parte, el contenido de la STC 74/2018, de 5 de julio , reflejado en el fundamento quinto.

Procede, pues, aceptar la conclusión de la parte recurrente y del ministerio fiscal en orden a responder a la pregunta de interés casacional que no cabe afirmar como regla general que la elección de centro educativo en un supuesto como el que nos ocupa sea cuestión de legalidad ordinaria sino que entra en el ámbito del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

SÉPTIMO.- La lesión de los arts. 14 , 27.1.2.4 .y 24 CE en relación con el Convenio Internacional de las personas con discapacidad, arts. 2 y 24 .

Sentada la viabilidad del proceso especial de protección de los derechos fundamentales en el supuesto sometido a casación debemos examinar, a la vista de las argumentaciones realizadas en instancia engarzadas con lo vertido en sede casacional más las pruebas practicadas ante el TSJ de la Rioja, documentales y periciales, si ha habido o no lesión de los preceptos constitucionales (no discriminación de las personas con discapacidad, tutela judicial efectiva, derecho a la educación) en que se ampara el proceso.

Resulta relevante encuadrar el examen de los artículos constitucionales partiendo del art. 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006:

Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

También el punto 1 del art. 24. Sobre el derecho a la educación.

"1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados

Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
- b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
- c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre."

Tiene, pues, razón el ministerio fiscal cuando aduce que la delimitación del alcance del derecho de los padres a elegir un centro educativo es correlativa al contenido de la descripción de "ajustes razonables" que no conlleven carga desproporcionada, conceptos sobre los que no hubo pronunciamiento en la instancia.

La norma internacional ha de ser integrada en el marco del art. 84. 1 y 2 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, norma de rango ordinario que también fue considerada en la STS de 9 de mayo de 2011, aunque allí a la vista de las circunstancias del caso (inactividad de la administración por no dotar de medios necesarios para la educación de niños con trastorno de TEA a dos centros públicos) con referencia los arts. 71, 72, 73, 74, a fin de totalizar el contenido del derecho a la educación plasmado en el art. 27 CE con la no discriminación, garantizado en el art. 14 CE a fin de hacer efectiva la educación de estos niños en condiciones de igualdad.

Nos dice el Artículo 84. Admisión de alumnos.

"1. Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.

2. Cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de padres, madres o tutores legales que trabajen en el mismo, "

A la vista de las normas internacionales engarzadas con las nacionales tiene razón el ministerio fiscal al subrayar la relevancia de que en el centro petitionado por los padres trabaje como profesora la madre del niño cuya escolarización en tal centro se pretende no ha sido tomada en consideración por razón de la declaración de inadecuación de procedimiento.

OCTAVO.- *La estimación del recurso contencioso administrativo. La posición de la Sala sobre la cuestión sometida a interés casacional.*

Lo reflejado en los fundamentos sexto y séptimo conduce a que debamos resolver conforme al art. 93.1 LJCA y, por ende, a la estimación del recurso contencioso- administrativo deducido en instancia por los recurrentes en casación.

Ya hemos anticipado en el fundamento anterior que la declaración de inadecuación de procedimiento ha impedido que el Tribunal examinara si la pretensión ejercitada por los padres implicaba una carga desproporcionada respecto del centro docente elegido. No existen elementos de prueba que evidencien la existencia de cargas desproporcionadas para el centro por la incorporación al mismo del hijo de los recurrentes.

Resulta relevante la copia, obrante en el expediente administrativo, de la sesión del claustro, celebrado el 16 de mayo de 2017 en que de los 35 asistentes, con una abstención, 34 votaron, -individualmente y de manera anónima-, estar dispuestos a admitir al alumno a pesar de no contar a priori con la Auxiliar Técnico Educativo que el alumno necesita tras la exposición por su madre de mejor compatibilización de horarios, descansos, y de los programas de neuromotor y de estimulación hemisferial basados en los nuevos conocimientos de neurociencia, aplicados en nuestro Centro.

También es relevante el informe técnico complementario datado a 15 de setiembre de 2017 emitido por la Directora de la Fundación Gerard aclarando su anterior dictamen tras lo que reputa información sesgada del Servicio de Atención a la Diversidad al haber copiado y recortado a conveniencia su anterior dictamen técnico de 7 de agosto. Insiste en la necesidad de la recogida de información relevante para poder tomar las decisiones educativas respecto al alumno.

Entendemos que, con la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad, son las particularidades de cada caso las que deben tomarse en consideración en orden a la educación inclusiva.

La defensa de la administración autonómica afirma, al oponerse al recurso de casación, que actualmente todos los centros educativos de la Rioja operan en jornada continua.



Debemos atender a la situación de origen. Independientemente de que no está acreditado el cambio, lo esencial es que se debe valorar aquella situación de origen para dilucidar la existencia de la violación o no de derechos fundamentales.

Y en tal momento lesionaba los derechos fundamentales invocados la adjudicación de un centro en jornada partida frente a otro, elegido por los padres, en jornada continua que permitía al alumno acceder por las tardes a programas de tratamiento extraescolar y descansar.

Se ha infringido el derecho a la educación y a la igualdad en relación con la tutela judicial efectiva al no haber reconocido el derecho de los recurrentes a la elección de centro, en este caso el DIRECCION002 , en las circunstancias del caso examinado.

Y respecto a las preguntas de interés casacional reiteramos lo más arriba vertido:

1. No cabe afirmar como regla general que la elección de centro educativo en un supuesto como el que nos ocupa sea cuestión de legalidad ordinaria, sino que entra en el ámbito del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

2. Las circunstancias del caso examinado en orden a la conciliación de los derechos del menor y de los padres permiten la elección de centro.

NOVENO.- *Las costas procesales.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , en relación con el artículo 93 LJCA , en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación deducido por don Benedicto y doña Crescencia , contra la sentencia de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, dictada en el recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de derechos fundamentales de la persona número 154/2017 .

SEGUNDO.- Se estima el recurso contencioso administrativo núm. 154/2017 suscitado ante el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

TERCERO.- Se fija como doctrina la reflejada en el fundamento OCTAVO.

CUARTO.- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.