



Roj: **STSJ CL 2668/2019 - ECLI: ES:TSJCL:2019:2668**

Id Cendoj: **09059330012019100160**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **24/06/2019**

Nº de Recurso: **67/2019**

Nº de Resolución: **172/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA BEGOÑA GONZALEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD BURGOS

SENTENCIA: 00172/2019

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCIÓN Iª

Presidente Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 172/2019

Rollo de APELACIÓN Nº: 67/2019

Fecha : 24106120 19

DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHO A LA EDUCACIÓN, ADAPTACIONES CURRICULARES

Ponente Dª. M. Begoña González García

Letrado de la Administración de Justicia: Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por: JRM

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

Dª. M. Begoña González García

En Burgos a veinticuatro de junio de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación, el rollo registrado con el número 67/2019 interpuesto por la representación procesal de Doña Guadalupe y Doña Hortensia contra la sentencia de 7 de febrero de 2019 dictado en el Procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales registrado con el numero 3/2018, seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Segovia , por el que se desestima el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña Guadalupe contra la resolución de la Dirección Provincial de Educación de Segovia, de fecha 7 de mayo de 2018, por el que se desestima recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2018 de la Directora del IES DIRECCION000 por el que se deniega la renuncia a adapta ciones curriculares significativa a Hortensia y contra la desestimación, por la directora del IES DIRECCION000 de DIRECCION001 , el 5 de septiembre de 2018, de la reclamación contra la no titulación en la educación secundaria obligatoria de doña Hortensia al finalizar el curso 2017/2018.



Habiendo comparecido como partes apeladas, la Junta de Castilla y León representada y defendida por el Letrado de sus servicios jurídicos, en virtud de la representación que por Ley ostenta y el Ministerio Fiscal por imperativo legal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Segovia se dictó sentencia de fecha 7 de febrero de 2019 en el Procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales registrado con el número 3/2018 , cuya parte dispositiva establece que:

"SE DESESTIMA LA DEMANDA FORMULADA por la procuradora Sra. Herrero en representación de la parte actora contra JUNTA CASTILLA Y LEÓN, declarando ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas.

No se hace esepcia imposición de costas en esta instancia."

SEGUNDO. - Que, contra dicha sentencia, por la representación procesal de la parte recurrente, ahora apelante, por escrito de fecha 5 de marzo de 2019 se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación solicitando se dicte resolución por la que, previa estimación del presente recurso, se revoque la Sentencia en los pronunciamientos objeto del presente recurso y que se acuerde la estimación íntegra de la demanda presentada a instancias de mi mandante frente a la Comunidad de Castilla y León, condenando a dicha Administración a indemnizar a mi mandante en el importe que se determine en ejecución de sentencia, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada en la primera y segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA .

TERCERO. - Del mencionado recurso de apelación se dio trasla do a las partes demandadas, ahora apelada, presentando escrito de fecha 9 de abril de 2019 oponiéndose al mismo solicitando se tenga por formulada oposición al recurso de apelación y se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación, confirmando el acto recurrido. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de fecha 10 de abril de 2019 por el que se opone parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, interesando se dicte sentencia por la que se revoque parcialmente la de instancia y la estimación parcial de la demanda en lo que se refiere a los apartados a), b) y c) en la petición subsidiaria y d) del suplico.

CUARTO. - En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales, habiéndose señalado para la votación y fallo el día veintisiete de junio de dos mil diecinueve, lo que así efectuó .

Habiéndose designado Magistrado Ponente del presente recurso de Apelación a Doña M. Begoña González García, Magistrado especialista integrante de esta Sala y Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Objeto del recurso y argumentos jurídicos de la sentencia apelada.

Es objeto del presente recurso jurisdiccional, la sentencia dictada con fecha 7 de febrero de 2019 , en el Procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales registrado con el número 3/2018, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Segovia , por el que se desestima el recurso interpuesto por Doña Guadalupe contra la resolución de la Dirección Provincial de Educación de Segovia, de fecha 7 de mayo de 2018, por el que se desestima recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2018 de la Directora del IES DIRECCION000 por el que se deniega la renuncia a adaptaciones curriculares significativa a Hortensia y contra la desestimación , por la directora del IES DIRECCION000 de DIRECCION001 , el 5 de septiembre de 2018, de la reclamación contra la no titulación en la educación secundaria obligatoria de doña Hortensia al finalizar el curso 2017 2018.

En dicha sentencia y tras determinar el objeto del recurso, rechazar la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración, así como recoger en el Fundamento Segundo referido a la cuestión de fondo, los acontecimientos existentes en el expediente administrativo relativos al expediente académico de Doña Hortensia , el informe psicopedagógico y las adaptaciones significativas curriculares que aquélla había tenido durante dicha etapa educativa , así como tras recoger en el apartado 2.1 de dicha sentencia y referido específicamente a la resolución relativa a la no titulación en la ESO, la normativa aplicable integrada por la Orden EDU/865/2009 , la Orden EDU/1952/2007 y la LOE 2/2006 y el RO 1104/2014, concluye que:

La LOE prevé que determinados alumnos que no cumplen los objetivos no titulen, estableciendo mecanismos adaptativos, como la previsión de los Planes de Mejora que aparecen recogidos en el artículo 19 .



Hemos de indicar que conforme consta en el expediente administrativo, la alumna Hortensia curso estudios de 4º ESO en el IES, con adaptación significativa en todas las asignaturas, salvo Valores Éticos, Ciencias Aplicadas y Plástica visual y Audiovisual

La regulación jurídica analizada viene a establecer una sola forma de obtener el título de Educación Secundaria Obligatoria, de tal manera que cualquier alumno para titular debe acreditar la competencia en las asignaturas indicadas en el artículo 31 LOE , así como el cumplimiento de los objetivos de la etapa.

Es cierto, que se aportan sentencias de la Sala CA Granada, y del Juzgado de lo Contencioso de Coruña (acontecimiento 180 Minerva), pero de la normativa expuesta, no se comparten los argumentos de dichas sentencias, dado que se establecería un sistema en virtud del cual, la titulación ESO permitiría titular aunque se carecieran de las competencias necesarias fijadas para adquirir la titulación.

Este juzgador comparte la argumentación realizada por la Sala CA Murcia, de fecha 1.4.2011 en el fundamento de derecho cuarto, al decir " CUARTO. - Norma específica invocada por la demandante en su recurso de reposición y también por la Administración educativa como aplicable al fondo del asunto que nos ocupa, es la Orden ministerial de 14 de Febrero de 1996 "sobre evaluación de los alumnos con necesidades educativas especiales que cursan las enseñanzas de régimen general establecidas en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre (LA LEY 2578/1990), de Ordenación General del Sistema Educativo", cuyo Punto noveno 1 , párrafo primero, tiene el siguiente texto: "Si al término de la Educación Secundaria Obligatoria el alumno hubiera alcanzado, en términos globales, los objetivos establecidos para esta etapa, se le propondrá para la obtención del Título de Graduado en Educación Secundaria. La estimación de haber alcanzado los objetivos generales se hará en función de la madurez del alumno" . En parecido sentido, el artículo 20 ("Titulación") del Decreto nº 112/2002, de 13 de Septiembre (LA LEY 11085/2002) , "por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia" (derogado por el Decreto 291/2007 , de 14 de Septiembre (LA LEY 9669/2007), por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Murcia -BORM de 24/09/2007 -), citado correctamente en las resoluciones impugnadas como aplicable, contempla expresamente el caso de los alumnos con adaptaciones curriculares significativas y su posibilidad para obtener "el título de Graduado en Educación Secundaria", pues su apartado 3 establece que los alumnos que sigan programas de diversificación curricular, si alcanzan , globalmente y por evaluación integradora de todas las áreas y materias cursadas, los objetivos generales de la etapa, recibirán el título de Graduado en Educación Secundaria, añadiendo el último inciso del apartado , que el mismo criterio se aplicará a los alumnos con adaptaciones curriculares significativas>>

Y respecto a la resolución impugnada referida a la inadmisión de la renuncia a la adaptación significativa curricular , también tras recoger los preceptos aplicables de la Orden EDU/865/2009, concluye que:

Hemos de indicar que la normativa indica viene a señalar que la necesidad de adaptaciones significativas curriculares, es una situación excepcional que puede afectar al grado de consecución de las competencias básicas de cada una de las etapas educativas, que tiene relación directa, con la posibilidad de titulación.

Se alega por la parte actora, que el contenido del artículo 2, apartado 2 y 3 ORDEN EDU/865/2009 pudiera ser contrario al artículo 72 de la Ley Orgánica de la Educación , en cuyo texto dice " 3. Los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos."

Hemos de indicar que la parte actora no ha aportado dictamen pericial o medios de prueba eficaces que desvirtúen la presunción de veracidad de los informes obrantes en el expediente administrativo, tanto en lo referente al Informe psicopedagógico efectuado al terminar la Educación Primaria, sin que los padres se opusieran durante los tres primeros cursos a las adaptaciones curriculares significativas que tenían su origen en el Informe Psicopedagógico del año 2012. Tampoco se ha producido prueba sobre la coincidencia sustancial de todos los profesores que durante el curso 2017/2018 observaron la necesidad de adaptación curricular significativa en la totalidad de las asignaturas impartidas a la menor Hortensia , salvo la asignatura de Valores Éticos.

Tal y como concluyó la Inspección Educativa, tras el estudio de la legislación invocada, no existe un derecho de los padres a la renuncia a las adaptaciones curriculares significativas, sino que se acredite por los progenitores que no existe esta necesidad, que no ha sido desvirtuada en ningún momento.

Hemos de entender que la voluntad de la familia sea darle a su hija, las mayores oportunidades vitales , pretendiendo que alcance las mayores cotas de superación en todos las facetas de su vida. Pero en el presente caso, de la actividad desplegada por la administración que supone un primer informe de valoración que puede ser objeto de revisión o modificación, que se ha visto refrendado por los padres durante los cuatro primeros



cursos de la ESO, hasta el año 2017/2018 , que vuelve a cursar 4ºESO , y también de manera unánime por la totalidad de la actividad de los profesores y en la declaración efectuada en sede judicial por la Directora del IES de DIRECCION001 , que ratificó la posición de la Inspección Central de Educación.

Hemos de señalar, que como indicaba el informe de la Inspección Central de Educación, para que proceda un cambio en las adaptaciones significativas curriculares es necesario que se produzca un cambio en la situación del alumno, que debe ser evaluado por los técnicos que elaboraron el informe psicopedagógico, y que si en función de esta nueva situación de la alumna, contrastada por la autoridad académica, procedería la renuncia a las adaptaciones significativas.

Pero hay diversos elementos que indican que no se ha producido un cambio en la situación de Hortensia . En primer lugar, los padres de Hortensia no han solicitado que se produjera un nuevo informe psicopedagógico, ni han cuestionado el mismo, pudiendo haber solicitado en la fase de prueba, el interrogatorio de los testigos-peritos que efectuaron dicho informe, y que podían haber ilustrado sobre la situación de Hortensia en el momento de la renuncia. En segundo lugar, los padres no han mostrado oposición a la adaptación significativa curricular durante los cuatro primeros cursos de la ESO, 2013 a 2017, de tal manera que aceptaban esta situación como necesaria para la situación personal de su hija. En tercer lugar, durante el breve intervalo de tiempo de renuncia a la adaptación significativa curricular solicitada, se indican por la madre de Hortensia múltiples contratiempos, de tal manera que la medida de renuncia no era una solución acertada para Hortensia , que le impedía el seguir el ritmo ordinario, aún cuando se fijaran contenidos mínimos, no siendo factible una adaptación no significativa.

Por lo tanto, no existe vulneración de derecho fundamental en la no admisión de la renuncia, sino que la misma es contraproducente para Hortensia , pues le impide que pueda desarrollar sus capacidades, que deben ser, aquellas que pueda desarrollar por su situación personal, que le impide seguir las asignaturas renunciadas , sin adaptación significativa curricular y suponiendo la renuncia, un retroceso en su adaptación al centro educativo y la imposibilidad de desarrollar sus potenciales, que se consigue mediante la adaptación significativa curricular, como se observa con los boletines de notas aportadas a este procedimiento de derechos fundamentales

Para terminar la sentencia apelada considera que no existe vulneración del derecho fundamental, no siendo necesario hacer uso de la previsión del artículo 33. 2 LJCA , ya que ello implicaría un nuevo el procedimiento ordinario, en et que se alegara no la vulneración del derecho fundamental a la educación, sino las cuestiones que ya han sido analizadas, por lo que, tras la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 , se concluye que:

"La respuesta a las cuestiones planteadas, indican que no existe vulneración del derecho a la educación, y que no podía estimarse por este motivo el procedimiento de derechos fundamentales .

Además se ha analizado las cuestiones relativas a legalidad ordinaria, en cuanto la parte actora los vinculaba con un derecho fundamental, sin que entienda que deba procederse al planteamiento de la tesis para indicar la inadecuación del procedimiento de derechos fundamentales, debido a la conexión que efectuaba la parte actora con el derecho fundamental. A ello hemos de añadir razones de economía procesal, cuando las partes han alegado sobre todas las cuestiones, y que desde la interposición de la demanda de derechos fundamentales en mayo de 2018 , y debido a la ampliación del recurso a una ulterior resolución, haría que indicar la inadecuación del procedimiento provocaría el inicio de un nuevo procedimiento ordinario, y la falta de obtención de una respuesta judicial sobre la situación de la alumna Hortensia en un tiempo razonable.

Procede la desestimación de la demanda de derechos fundamentales interpuesta por Guadalupe , en representación de doña Hortensia , declarando ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas."

SEGUNDO. - Argumentos jurídicos del recurso de apelación.

La parte recurrente, ahora apelante, tras realizar una serie de consideraciones sobre las circunstancias personales de Doña Hortensia , en cuanto a mayor de edad, siendo una persona en pleno uso de sus derechos fundamentales, los cuales esta exigiendo en este recurso, respecto al derecho fundamental a la educación reconocido en el artículo 27 de la Constitución y en la Convención de la ONU, así como tras poner de relieve la postura del Ministerio Fiscal en el presente procedimiento, así como que el procedimiento presentado no va encaminado a dictaminar sobre las capacidades y aptitudes de Doña Hortensia , invoca como motivos del recurso de apelación que durante los cuatro primeros cursos de la ESO, los padres de la alumna si se han preocupado por el futuro de esta y por si las Adaptaciones curriculares significativas tendrían repercusión en su titulación, siendo muy difícil acceder a dicha información, por lo que no se comparten las afirmaciones de la sentencia al respecto dado que respecto de la aceptación del Programa de mejora del aprendizaje que se admitió en 3 de la ESO como garantía de la posible titulación en el curso siguiente, lo que se corrobora con lo



establecido en el artículo 2.3 d) de la Orden EDU 590/2016 y que no se entiende que tras cursar y aprobar 3º de la ESO a través de dicho programa y promocionar a 4º, no se entiende que vuelvan a aplicarse adaptaciones curriculares significativas, que según la administración educativa impiden la titulación, cuando el programa precisamente se utiliza para aquellos alumnos que en cuarto pueden titular y la alumna tenía aprobadas todas las asignaturas.

Sólo ante la intervención del Defensor del Pueblo, se accedió por la administración educativa a entregar copia de las adaptaciones curriculares significativas aplicables en ese curso cinco meses después de la solicitud.

Y tras recoger las incidencias acaecidas se invoca que solo fue al final del curso 2016 2017 cuando con la evaluación final se recibe la primera noticia de que la decisión sobre la titulación es negativa, hasta entonces todos los boletines de notas en la evaluación final indicaban que Promocionaba, sin que la Junta de Castilla y León haya aportado ningún documento en el expediente administrativo que justifique que la administración haya notificado a la alumna o a su familia, anteriormente a cursar cuarto, que no titularía al final de la etapa.

En el año 2017, la alumna procede a la repetición de 4º ESO con el único objetivo de obtener la titulación y como a pesar de aprobar todas las asignaturas el curso anterior no tituló, se solicitaron las renunciaciones de las adaptaciones curriculares de cuatro asignaturas, las que se indican en el recurso de alzada y en el recurso contencioso administrativo.

Se invoca así mismo que el informe psicopedagógico no puede obligar a que la alumna estudie con adaptaciones curriculares significativas todas o algunas asignaturas y que si bien es cierto que no se rechazó el informe psicopedagógico, ello era porque en ninguna parte se indica que las adaptaciones hayan de ser significativas, solo los apoyos que precisará la alumna al comenzar la etapa de secundaria, todo lo cual se ha corroborado con la prueba testifical de la directora del IES DIRECCION000, en la que indicó que las adaptaciones las deciden los profesores, lo que explicaría que unas asignaturas sean con adaptación significativa y otras no en función de la decisión de los profesores y no del informe psicopedagógico como se sostuvo por la Administración y acogió la sentencia apelada. Habiéndose cursado tres asignaturas sin adaptaciones curriculares por decisión del docente o por aceptación de la renuncia, por lo que argumentar que el informe psicopedagógico es la causa de hacer las adaptaciones curriculares significativas no es admisible.

Sin que tampoco haya un criterio unánime, pues se presentaron cuatro renunciaciones escritas y una verbal, la verbal se admite y respecto de las escritas una se acepta y el resto no. siendo las circunstancias de la alumna las mismas para todas las asignaturas solicitadas.

Lo que se ha acreditado con el recurso de alzada incluido en el expediente y en el boletín de notas del curso 2017-2018 aportado como documento 25 de la demanda.

Así como conforme declaró la directora del Instituto cada profesor toma la decisión de elaborar o no Adaptaciones Curriculares Significativas para un alumno de manera aislada en cada asignatura, pero frente a ello se opone que en los centros educativos el proyecto educativo se elabora por el equipo directivo teniendo en cuenta las propuestas del claustro y del Consejo Escolar. conforme el artículo 15 apartado 3 de la Orden EDU 362/2015, de 4 de mayo. de la Consejería de Educación de Castilla y León, respetando el principio de no discriminación y de inclusión educativa como valores fundamentales, de acuerdo con el artículo 121.2 LOE. por lo que en base a la normativa y principios que se invoca, se concluye que las programaciones didácticas deben elaborarse de acuerdo con el principio de accesibilidad universal y diseño para todos, conforme al artículo 23.h) de la Orden, y para ello ha de tenerse como objetivo principal que el alumno adquiera los aprendizajes básicos, los cuales no pueden quedar excluidos de la adaptación curricular.

No es cierto que si no se estudia con ACS todos los alumnos estudian igual. ya que la atención a la diversidad exige adaptarse a las necesidades individuales de los alumnos.

También se invoca el artículo 6 bis de la LOE introducido por la LOMCE, así como el Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre.

Y además que el informe psicopedagógico es del año 2012, del final de la etapa de Primaria, estando los centros obligados a revisar anualmente las adaptaciones curriculares significativas en virtud del artículo 5. 1. de la Resolución de 17 de agosto de 2009 de la Dirección General de Planificación, ordenación e inspección educativa, por lo que dicho informe del final de la etapa de primaria serviría como orientación para elaborar apoyos el primer curso de la ESO, posteriormente se tiene que ir revisando las necesidades en función de la respuesta educativa de la alumna, ya que el primer curso la alumna lo supera con una media de notable, remitiéndose nuevamente a la declaración testifical de la directora.

Se invoca igualmente que los padres de una alumna con necesidades educativas especiales tienen derecho a participar en las decisiones que afecten a los procesos educativos de su hija y no solo a ser informados.



Ya que en contra de lo que se concluye en la sentencia apelada , se alega que no es cierto que la legislación no reconozca a los padres de una alumna con necesidades educativas especiales otro derecho que el de información, dado lo establecido en el art. 71.4 de Ley Orgánica 2/2006 de Educación , por lo que del resto de la normativa invocada se deduce que las adaptaciones curriculares significativas no vienen derivadas necesariamente del informe psicopedagógico sino que el Instituto y cada departamento del mismo tiene un margen muy amplio de decisión acerca de diseñar adaptaciones curriculares significativas o no significativas.

Se alega igualmente que la educación inclusiva significa dar a cada alumno los apoyos personalizados y ajustes razonables que necesite, no imponer medidas que no se necesitan y que impiden titular, o privar totalmente de apoyos.

Ya que en contra de lo afirmado en la sentencia apelada, sobre los problemas surgidos por la renuncia a la adaptación significativa curricular . se alega que cuando se renuncia a la misma, se piden adaptaciones no significativas , lo que se puede comprobar en los escritos de renuncia que constan en el expediente y en el documento adjunto al recurso de alzada, las cuales no se pusieron en práctica, como indico la Directora en sus declaraciones , también se hacen unas precisiones sobre la asignatura de iniciativa emprendedora que se empieza a enseñar en tercero , tal y como respondió la Directora durante la prueba testifical y en la que no existía el desfase curricular.

Por lo que tras recoger las respuestas de la Directora en el acto de la vista , se concluye que si la alumna realiza el mismo examen que sus compañeros, no le están exigiendo los objetivos mínimos que se piden en las renunciaciones, le están exigiendo los mismos que al resto de compañeros , que no tienen medidas de atención a la diversidad, y que las adaptaciones no significativas son una medida prevista en el plan de atención a la diversidad y que se expresa en el Informe psicopedagógico cuando se refiere a objetivos y también en la Ley, en el artículo 22.7 de la Ley Orgánica 2/ 2006 .

Que en la demanda se impugnaba claramente el artículo 2 apartados 2 y 3 de la Orden EDU/865/2009 de 16 de abril de la Consejería de Educación y de la Resolución de 17 de agosto de 2009 de la Dirección General de Planificación, ordenación e inspección educativa, por la que se regulan las adaptaciones curriculares significativas por ser contrarias a la LOE, la LODE y la CE.

Por lo que en contra de lo que se invoca en la sentencia, en la demanda se afirmaba que el artículo 2.3 de la Orden EDU/865/2009 es contrario al artículo 72.3 de la Ley Orgánica 2/2006 , en cuanto que contempla la posibilidad de que las adaptaciones curriculares significativas puedan afectar al grado de consecución de las competencias básicas de cada una de las etapas educativas.

Como el apartado 2 del artículo 2 de la citada orden EDU/865/2009 atribuye al orientador la competencia de llevar a cabo la propuesta de adaptación curricular y esta adaptación puede afectar a los objetivos y contenidos curriculares, sin que se prohíba que esta medida pueda abarcar más de dos asignaturas, o que se pueda renunciar a la medida, por lo que la Orden contempla la utilización de las adaptaciones curriculares para un propósito contrario al de la Ley Orgánica de Educación y al de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad .

También se invocaba en la demanda que la Resolución de 17 de agosto de 2009 de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Educativa , por la que se regulan las adaptaciones curriculares significativas adolece de la misma ilegalidad , por cuanto contempla unas obligaciones de documentación e información a las familias, pero no contempla la posibilidad de renuncia a dichas adaptaciones curriculares significativas, o que la medida no abarque más de dos asignaturas.

Por lo que si las Adaptaciones Curriculares Significativas pueden imponerse a una alumna/o no deberían ser un obstáculo para titular . Y si no fueran un obstáculo para titular entonces sería lógico que sólo puedan estudiar con ACS los alumnos o alumnas que diga el orientador, siendo un obstáculo para titular, no debería ser posible imponerlas a ningún alumno, pues de lo contrario se está vulnerando con alcance constitucional el derecho fundamental a la educación en igualdad de condiciones, reconocido en el artículo 27 de la Constitución Española , en relación con su artículo 14 y con el artículo 24 de la Convención de la ONU de 2006.

La no obtención del primer título que otorga el sistema educativo español a la alumna, por razón de sus necesidades educativas especiales asociadas a su discapacidad, pese a haber aprobado todas las asignaturas con arreglo a lo que se esperaba de ella en esta etapa obligatoria , es discriminatorio y excluyente y contrario al artículo 6 apartados 1 y 3 (letras a), b), c) y h) de la ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación , en los que se reconoce la igualdad de derechos de todos los alumnos, así como referido a los derechos básicos, entre ellos, a recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad, a que se respete su dignidad personal, a que su dedicación, esfuerzo y rendimiento sean valorados y reconocidos con objetividad y a recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar



las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo conforme todo ello el artículo 6.3 de dicha Ley .

Por lo que se ha vulnerado el derecho básico de todo estudiante de poder examinarse con la posibilidad de titular o no y que la administración educativa ha permitido a la alumna asistir a clase en la ESO, pero no le ha dado posibilidad de titular, aunque tenga de nota media notable, se le condena de manera coercitiva al fracaso , porque no se le permite examinarse con adaptaciones curriculares que no sean significativas para poder tener alguna posibilidad de titular, según el criterio de la propia administración educativa .

Se invoca la sentencia 1976/2017, de 14 de diciembre de 2017 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso -Administrativo, que ha reiterado que la administración educativa está obligada a agotar las posibilidades de inclusión y de poner todos los medios necesarios para ello , lo que no se ha dado en el presente caso en cuanto a adaptaciones curriculares no significativas.

Si las adaptaciones curriculares significativas no sirven para conseguir los objetivos de la etapa, vulneran el derecho a la obtener la titulación, siendo de facto una vulneración del derecho a la educación inclusiva reconocida en la Convención de Naciones Unidas y la LOE entre otras normas.

Y la propia sentencia reconoce en el mismo apartado 2. 1 del fundamento de derecho segundo de la misma, que el artículo 22 apartado 7 relativo de la Ley Orgánica 2/ 2006 , establece que las medidas de atención a la diversidad que adopten los centros estarán orientadas a la consecución de los objetivos de la educación secundaria obligatoria por parte de todo su alumnado y no podrán en ningún caso suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente .

Siendo ello lo que ha sufrido la alumna, al haber sufrido una discriminación, al imponérsele unas adaptaciones curriculares significativas que, según el Instituto, y la administración educativa le impiden alcanzar dichos objetivos.

Y si bien en el suplico no se ha formulado de manera explícita un recurso indirecto contra dichas disposiciones en virtud del artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , el juez de instancia no es competente para declarar nula una Orden dictada por el Consejero de Educación, ni una Resolución en desarrollo de la misma dictada por un Director General, siendo competente para ello la Sala del TSJ, por lo que lo que el juzgador de instancia, ha podido declarar nulas las resoluciones impugnadas en virtud de la ilegalidad de dichas disposiciones , con fundamento en el artículo 26 de la LRJCA .

Siendo ello lo que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la sentencia 1010/2017 de 7 de junio , por lo que es evidente que de manera material se ha planteado la nulidad de dichas normas por contravenir el artículo 14 en relación con el 27 de la Constitución y las Leyes Orgánicas de educación y al no pronunciarse el Juzgador de instancia sobre ello, incurre en incongruencia omisiva, limitándose a dar por buenas las normas al amparo de las cuales se dictó el acto recurrido, en base a una cuestión meramente formal, para no dar solución a la cuestión planteada, cuando materialmente sí se ha planteado la ilegalidad del artículo 2 apartados 2 y 3 de la Orden EDU/865/2009 y de la Resolución de 17 de agosto de 2009 que los desarrolla, lo que supone vulnerar el artículo 24 de la Constitución Española en lo relativo al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.

Y en cuanto al fondo se invoca que la alumna, según todos los boletines de notas que constan en autos, ha aprobado todas las asignaturas y ha promocionado curso hasta llegar a cuarto ESO y las adaptaciones se deben utilizar como medida de atención a la diversidad para cumplir los objetivos de la etapa, de forma que no pueden suponer una discriminación para titular.

Se invoca igualmente que las reválidas no han entrado en vigor y por lo tanto sí hay un camino en nuestra legislación para que la alumna titule.

Ya que todas las normas que cita la sentencia apelada se refieren a la reválida denominada Evaluación Final de la Educación Secundaria Obligatoria, que no han llegado a entrar en vigor, en base al Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, por lo que se ha fundado su decisión en normas que no han entrado en vigor, porque el Pacto de Estado por la educación aún no existe.

Y también se funda en normas derogadas, como por ejemplo el artículo 10.1 de la Orden EDU/1952/2007 de 29 de noviembre, Orden que ha sido derogada y sustituida por la ORDEN EDU/362/2015, de 4 de mayo, por lo que del análisis de la regulación jurídica llevado a cabo para dictar sentencia. se concluye que no se han tenido en cuenta todas las normas vigentes , sino que se han tenido en cuenta normas que aún no han entrado en vigor y normas derogadas y al citar la jurisprudencia, la sentencia vuelve a acogerse a normas derogadas y si bien es verdad que en la sentencia del TSJ de Murcia de 1 de abril de 2011 , citada en la sentencia , se deja



la puerta abierta a que alumnos con adaptaciones curriculares significativas alcancen los objetivos generales de la etapa.

En este caso no está probado que no se haya alcanzado los objetivos y competencias de la etapa, lo que sí está probado es que se le han impuesto Adaptaciones Curriculares Significativas en más de dos asignaturas y que según la administración educativa de Castilla y León, a diferencia de la referida sentencia, entienden que automáticamente supone no recibir el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

Que había un camino la titulación en el curso 2017/2018 acorde con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y con el derecho fundamental a la educación, siendo el que han seguido los tres profesores del mismo Instituto, que le han impartido las materias de Ciencias Aplicadas a la Actividad Profesional, Educación Plástica Visual y Audiovisual y Valores Éticos, en las que la alumna aprobó.

Que el camino viable para que la alumna titule era combinando ACS en dos asignaturas, con ACNS en el resto y con exención en Educación Física, todo ello como ajuste razonable, lo que no se le ha permitido.

Y que se reclamaban adaptaciones, pero de una forma que permitiera la posibilidad de titular, ya que el objetivo de cursar estudios es aprender y promocionar, lo que se ha vulnerado en este caso al no permitirle titular.

Y en este caso hubiera sido necesario que las programaciones fueran elaboradas de manera que el currículo fuera accesible a la alumna, esto es precisamente lo que hicieron los otros profesores, ya que dado lo que se establece en el artículo 71.2 y en el artículo 72.3 de la LOE, los centros están obligados a elaborar adaptaciones curriculares que permitan titular y no están autorizados a imponer unas adaptaciones curriculares que por suprimir objetivos de la etapa impidan titular.

Reiterando que suprimida la entrada en vigor de las reválidas, se puede otorgar el título de la ESO a la alumna con las calificaciones del curso 2017/2018 y ACS en más de dos asignaturas, tal y como se solicitó en el suplico de la demanda, en su apartado c, petición principal, especialmente en este caso, donde la alumna ha querido estudiar sin ACS tres asignaturas y solicitar la exención de educación física como ajuste razonable, para tener la posibilidad de cumplir con el requisito de alcanzar los objetivos y competencias de la etapa.

Que se ha de tener en cuenta lo establecido en el artículo 10.4 del RO 1105/2014, por lo que sólo son admisibles las ACS si las autoriza el propio alumno y sus representantes legales y siempre que no impidan la titulación, mientras que las ACNS siempre serían admisibles.

Y dadas las medidas de atención a la diversidad que contemplan el artículo 16.2 del RO 1105/2014, deberían haberse aplicado por todos los profesores de la alumna y no solo por tres, así como su evaluación tampoco se hace de manera aislada, sino integradora, por lo que atendiendo a lo que establece de dicho Real Decreto, así como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 1976/2017, de 14 de diciembre de 2017, se ha configurado la educación inclusiva como un derecho fundamental, lo que no se ha dado en el presente caso en cuanto a proporcionar adaptaciones curriculares no significativas en tres asignaturas y conceder exención en educación física, ni en cuanto a conceder el título con las ACS que le han sido impuestas, para que la alumna pueda continuar su formación y conseguir un trabajo, se cita igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 en el recurso de casación 603/2010.

Y si se entiende que se pueden imponer las ACS en más de dos asignaturas, entonces debe entenderse que el requisito para titular de que el equipo docente considere que el alumno o alumna ha alcanzado los objetivos de la etapa y ha adquirido las competencias correspondientes, conforme el artículo 2.1.c) del Real Decreto 562/2017 de 2 de junio, es contrario al artículo 14 de la CE y a las Leyes Orgánicas de Educación y por lo tanto ilegal, porque exige lo mismo a quien no ha recibido las mismas enseñanzas y a quien se considera que no puede recibirlas y que tratándose del primer título del sistema educativo español, no puede considerarse constitucional una discriminación y exclusión semejante.

Y que dicho planteamiento además vulnera el derecho a la educación inclusiva en igualdad de condiciones de doña Hortensia.

Se reiteran los precedentes jurisprudenciales ya invocados, como la sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de Granada, sentencia número 3252/2012, de 26 de noviembre.

La sentencia de La Coruña del Juzgado de lo contencioso administrativo número dos, procedimiento abreviado número 313/2012, de 27 de marzo de 2013.

Y se alega igualmente que, respecto de la petición subsidiaria de la demanda, también se funda en la ilegalidad del artículo 2 apartados 2 y 3 de la Orden EDU/865/2009 y la sentencia no ha entrado en ese análisis, ni ha aplicado los criterios especiales sobre la prueba.



Ya que la sentencia reproduce dicho precepto y en lugar de entrar a analizar si la administración educativa ha realizado las adaptaciones precisas para que la alumna alcance los fines establecidos agotando todas las herramientas a su alcance, se limita a manifestar lo siguiente que la parte actora no ha aportado dictamen pericial o medios de prueba eficaces que desvirtúen la presunción de veracidad de los informes obrantes en el expediente administrativo, sin aplicar los criterios especiales sobre la prueba establecidos en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en su artículo 77, criterios que son aplicables en este caso, dado que los boletines de notas aportados con la demanda acreditan que la alumna ha superado todos los cursos todas asignaturas y hasta 3º de la ESO con el informe final de Promociona .

Y en el Boletín de notas del curso 17/18, en aquellas asignaturas que la alumna estudia sin adaptación significativa las aprueba todas, Ciencias aplicadas a la actividad profesional, Plástica visual y audiovisual y Valores éticos.

Y que no ha habido coincidencia sustancial de todos los profesores en el curso 2017/2018 sobre la necesidad de adaptación curricular significativa , extremo sobre el que la sentencia vuelve a incurrir en incongruencia expresa manifiesta, así como ha incurrido en contradicciones sobre la existencia de adaptaciones en el referido curso, ya que las asignaturas cursadas con adaptación curricular significativa son las que aparecen con asterisco en el boletín de evaluación final del cuarto curso de la ESO aportado como documento número 25 con la demanda.

Que la alumna no es menor de edad y no ha sido incapacitada civilmente, sin que sea cierto que el informe psicopedagógico de 2012 ha sido refrendado de manera unánime por la totalidad de la actividad de los profesores y en la declaración de la directora del Instituto, ya que por el contrario esta aclaró el margen de decisión de cada departamento en la elaboración o no de las adaptaciones curriculares significativas y que el informe psicopedagógico es una orientación que autoriza a elaborar tales ACS, pero que no determina en absoluto las decisiones de los diferentes departamentos para los siguientes seis años, lo que resulta confirmado por la normativa citada al efecto

Se invoca que la sentencia apelada se empeña en que no se ha producido un cambio en la situación de la alumna, pero no se trata de que la misma cambie para que se le permita titular, sino de adaptarse a sus necesidades, tales son las exigencias del derecho a la educación inclusiva recogido en el artículo 24 de la Convención de la ONU.

Y que el procedimiento de derechos fundamentales es el adecuado en este caso, ya que dados los términos de la sentencia aparece que el Juzgador se sitúa en un modelo médico y paternalista contrario a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Se refiere la sentencia apelada a una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 que nada tiene que ver con el presente caso y además fue dictada con anterioridad a que se aprobara la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

Que la sentencia de instancia desconoce la evolución jurisprudencial desde la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2014 , hasta finalmente a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que se ha pronunciado en profundidad y con detalle sobre el contenido esencial del derecho a la educación inclusiva en cuanto al acceso y permanencia en el sistema educativo ordinario en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de discriminación.

Que ni el Letrado de la Administración de Justicia, con la admisión del recurso, ni el Ministerio Fiscal han cuestionado tal extremo, pese a ello la sentencia se contradice sobre la inadecuación del procedimiento y resuelve la demanda desestimándola.

Que se reiteran los preceptos constitucionales infringidos, el artículo 24 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y la observación general número cuatro del Comité de derechos de las personas con discapacidad, que interpreta dicho artículo.

Por lo que se entiende vulnerado el artículo 27 en relación con el artículo 14 de la Constitución , así como el artículo 24 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual prevalece sobre el derecho interno como reconoce el artículo 31 de la ley 25/ 2014 de Tratados , a la vez forma parte del mismo, conforme el artículo 96 de la Constitución y es criterio de interpretación de los derechos fundamentales.

Por lo que dado lo establecido por la Observación General nº 4, del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad, párrafo 41, así como teniendo en cuenta las reglas de interpretación del artículo 25 apartado



2 de la Ley de Tratados es por lo que se termina solicitando se dicte sentencia por la que, se revoque la Sentencia en los pronunciamientos objeto del presente recurso y que se acuerde la estimación íntegra de la demanda presentada a instancias de mi mandante frente a la Comunidad de Castilla y León, condenando a dicha Administración a indemnizar a mi mandante en el importe que se determine en ejecución de sentencia, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada en la primera y segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA.

TERCERO. - Argumentos jurídicos impugnatorios del recurso de apelación e informe del Ministerio Fiscal.

Y por el Letrado de la Comunidad Autónoma se rebaten los argumentos del recurso de apelación, invocando que del expediente administrativo se ha podido comprobar que la Administración educativa ha empleado todos los medios necesarios para garantizar el derecho a la educación de Hortensia, ya que a lo largo de toda su escolarización y la ESO se le proporcionó la asistencia y ayuda necesaria para que pudiera cursar estudios.

Del informe psicopedagógico, informes trimestrales de seguimiento y boletines de notas se demuestra la existencia de actuaciones curriculares significativas, así como de apoyos especializados y orientaciones del equipo docente y familia, por lo que la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León no ha ahorrado recurso alguno para intentar fomentar el desarrollo intelectual de aquélla.

Ya que dado lo que se recoge en la sentencia sobre la actividad escolar de la alumna, la existencia de los referidos apoyos demuestra el esfuerzo por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León para que la misma pudiera seguir estudios en un centro educativo ordinario con múltiples apoyos, por lo que ello permite descartar la existencia de una vulneración al derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución por parte de la Consejería de educación de la Junta de Castilla y León.

Por lo que como indica la sentencia de instancia, el valorar si tras repetir el Cuarto curso de la ESO se tenía derecho al título es una cuestión de mera legalidad ajena al proceso especial para la protección de derechos fundamentales lo que también ha considerado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de septiembre de 2001.

Que la apelante plantea la ilegalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la orden EDU/865/2009, pero que en la demanda en ningún momento se planteó una impugnación indirecta de la referida orden 865/2009 por ilegalidad de su artículo 2.

Y que dichos preceptos regulan una situación completamente legal como es la determinación por los orientadores de los Equipos de Orientación Educativa de los apoyos que necesitan los alumnos con necesidades educativas especiales y que su anulación supondría privar a dichos alumnos del apoyo necesario para seguir cursando estudios, lo que sí que supondría un ataque al derecho fundamental a la educación para las personas con necesidades educativas especiales.

Y que la no obtención del título por parte de Hortensia no se basa en el art.2 de la Orden EDU/865/2009, sino que se fundamenta en el art. 7 de dicha Orden, cuya ilegalidad ni siquiera se ha sugerido.

Y que la parte apelante considera que al haberse permitido a Hortensia repetir el Cuarto curso de la ESO en el año académico 2017/2018, se le tendría que haber concedido el título de educación Secundaria Obligatoria en todo caso, al haber obtenido notas positivas en todas las asignaturas, a pesar de haber tenido actuación curricular significativa en la mayor parte de las asignaturas, en las asignaturas que se indican en el escrito de oposición a la apelación, así como en el informe sobre Adaptaciones Curriculares del curso 2016/2017 se recoge los niveles de la alumna en cada una de las asignaturas, así como en los informes trimestrales del curso 2017/2018, todo lo cual se confirmó en la prueba testifical de la Directora del IES DIRECCION000 por lo que pese a la existencia de Adaptaciones Curriculares Significativas resulta imposible considerar que Hortensia a pesar de todo su esfuerzo haya cumplido en el año 2017/2018 con todos los objetivos establecidos con carácter general para la etapa de Educación Secundaria Obligatoria.

Ya que dado lo establecido en el artículo 10 y 11 del Real Decreto 1105/2014 todo ello permite interpretar que el mismo exige para la obtención de la titulación por parte del alumnado con necesidades educativas especiales, el adquirir las competencias correspondientes y lograr los objetivos que se fijan con carácter general en el artículo 11 para la etapa de educación Secundaria Obligatoria.

Lo mismo resulta del artículo 7 de la Orden 865/2009, criterio interpretativo que asume la sentencia de instancia, así como se recuerda que en la propia normativa no se garantiza a todo el que estudie el ciclo de educación Secundaria obligatoria la obtención del título, existiendo la previsión del otorgamiento de un certificado para el que no ha alcanzado los objetivos mínimos establecidos para la etapa.

Ya que dado lo establecido en el artículo 23.3 del Real Decreto 1104/2014 y en el artículo 10.4 de la Orden autonómica EDU 1952/2007, así como en el artículo 37. 2 de la orden actual EDU 362/2015 dónde se señala



que de conformidad con el artículo 23.3 del real decreto 1105/2014 los alumnos que cursan etapa y no tenga el título a que se refiere el apartado 1 recibirán una certificación con carácter oficial y validez en toda España de conformidad después del artículo 38 de esta Orden.

Y que la necesidad de cumplir unos objetivos para obtener el título de la ESO tiene reflejo también en el artículo 29 de la Ley Orgánica reguladora del derecho a la Educación , sin distinguir entre alumnos con necesidades educativas especiales y el resto de los alumnos.

También el juzgador a quo recuerda artículo 9.4 del Real Decreto 1105/2014 , así como el RO 562/2017 en su artículo 2. de lo que resulta que no se puede conceder título de educación Secundaria obligatoria en tanto en cuanto no alcance las competencias fijadas como objetivo para la etapa de la Educación Secundaria Obligatoria, lo que se mantiene por el Tribunal Superior de Justicia de comunidad Valenciana, en su sentencia 540/2009 de 31 de marzo, dictado en el recurso 950/2005 , así como también por el TSJ de la región de Murcia en sentencia 304/2011 recurso 358/2008 .

El conceder el título de la ESO a pesar de no cumplir los objetivos de la etapa no supondría proporcionar una educación adaptada , sino una titulación a medida para ella , en perjuicio y discriminación de otros de sus compañeros que, sin tener adaptaciones curriculares significativas , tampoco alcanzan las competencias fijadas para la etapa obteniendo en vez del título, la certificación prevista en el 23.3 del Real Decreto 1104/2014.

Y sobre el argumento de que se podría haber titulado con dos asignaturas en suspenso de acuerdo con el artículo 2.1 del Real Decreto 562/2017 , que el mismo no es válido dado que las actuaciones curriculares significativas se han producido en 7 asignaturas, por lo que no se hubiera podido alcanzar los objetivos de etapa bajo ningún pretexto, por lo que la posibilidad de titular con dos asignaturas en suspenso, no es del todo correcto a la vista del artículo 29 de la LOE que exige superar una evaluación que acredite haber alcanzado los objetivos y competencias previstas para la etapa de la ESO.

Y sobre el hecho de que cursar un Programa de Mejora del Aprendizaje y Rendimiento suponía, en base al artículo 2.2 de la Orden EDU/590/2016, el reconocer el derecho a titular, es una cuestión nueva sobre la cual el Juez de primera instancia no se ha podido pronunciar, debiendo por ello ser desestimada en apelación, invocando al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 , así como que la aplicación de dicho Programa de Mejora del Aprendizaje y Rendimiento supone un ejemplo más de la dedicación y esfuerzo que ha empleado la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León para fomentar su aprendizaje, ya que si no hubiera sido una alumna con necesidades educativas especiales no se le habría aplicado, ya que se trata de un programa previsto para alumnos que están en el segundo curso o tercer curso de la ESO, encontrándose la alumna en el Cuarto curso de la ESO en el año 2017/2018 que es el que se está revisando en este juicio.

Debe precisarse que de acuerdo con el artículo 12.5 de la Orden EDU/1152/2010 la parte actora no ha presentado ningún documento que demuestre que, después de realizarse la evaluación psicopedagógica en abril de 2012, las circunstancias personales de la alumna hayan cambiado.

Por lo que resulta procedente que se haya valorado dicho dictamen a pesar de haber transcurrido 6 años desde dicha evaluación, siendo consciente sus padres de dicho informe psicopedagógico de 2012 y de las necesidades curriculares significativas, sin que por su parte se haya formulado impugnación alguna hasta que comprobaron que dichas actuaciones curriculares suponían un obstáculo para entender cumplido los objetivos de etapa.

Y que de la declaración de la directora del IES aparece que se había aprobado todas las asignaturas en el curso 2016/2017 y 2017/2018, pero ello fue con actuaciones curriculares significativas y que los padres de la alumna eran conscientes y habían sido informados de las necesidades de Adaptación Curricular Significativa, poniendo de relieve el resto de las declaraciones de la Directora, así como que los padres sabían que en al finalizar el cuarto curso de la ESO en el año 2016/2017 , la alumna no obtuvo el título, debido a que sus necesidades educativas especiales empujaban a hacer Adaptaciones Curriculares significativas en casi todas las asignaturas, por lo que no se puede afirmar que los padres desconocían que si se repetía el Cuarto curso no iba a titular debido a la existencia de dichas Adaptaciones que iban a ser necesarias, al ser algo inevitable por no haberse modificado el informe psicopedagógico de abril de 2012.

Que en contra de lo que se alega en el recurso de apelación. la participación de los padres en el proceso educativo de los menores con necesidades educativas especiales no supone reconocerles un derecho a decidir que asignaturas van a tener adaptación curricular significativa y cuáles no, lo que es una competencia reconocida expresamente a los servicios de orientación educativa en el artículo 11 de la Orden EDU 1152 /2010, dado lo establecido en el artículo 25, por lo que no puede admitirse como se alega en el recurso apelación que eran los profesores los que unilateralmente establecían las Adaptaciones Curriculares Significativas aplicar,



sino que de la referida Orden se puede comprobar que a raíz de la información proporcionada por los padres, fruto de su participación y lo demás que le constaba a la Administración, el equipo de Orientación fijaba qué asignaturas debían ser objeto de adaptación curricular significativa, siendo los profesores los que finalmente las perfilaban siguiendo las indicaciones del equipo de orientación en función del informe psicopedagógico de 2012, por lo que se termina solicitando la desestimación del recurso de apelación.

Y por el Ministerio Fiscal se invoca que se opone parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en lo que se refiere a la impugnación de la resolución de no titulación de Graduado en ESO, dado que en ese punto procede la desestimación del recurso, al no haberse acreditado, tal como exige el artículo 7 de la Orden EDU/865/2009, que la alumna haya alcanzado las competencias básicas y los objetivos de la etapa, teniendo en cuenta que las calificaciones obtenidas, que se reflejan en el informe de evaluación final del 4º curso, en el caso de haber cursado asignaturas con adaptaciones curriculares significativas, como es el caso, no puede interpretarse, sin más, como equivalente a la superación de dicho requisito.

Pero que en lo que se refiere a la Resolución de la Dirección Provincial de Educación de Segovia de 7 de mayo de 2018 por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2018 de la Directora del IES DIRECCION000, por la que se denegó la renuncia a adaptaciones curriculares significativas en determinadas asignaturas, se considera que si es procedente la estimación del recurso de apelación y por ello los puntos a), b), c) en su petición subsidiaria y d) del suplico de la demanda, ya que si se entiende que las adaptaciones curriculares significativas pueden imponerse a la alumna, entonces no deberían ser un obstáculo para titular, pero si, por el contrario, se considera que las adaptaciones curriculares significativas sí son un obstáculo para titular, entonces no deberían imponerse y debe ser posible renunciar a ellas, máxime en un caso como el presente en el que la alumna ya era mayor de edad, con su capacidad jurídica sin limitación alguna y que se trataba de un curso que ya había superado con adaptaciones curriculares significativas y que repetía con la única finalidad de obtener la titulación, ya que mantener simultáneamente la irrenunciabilidad a las Adaptaciones Curriculares Significativas y la imposibilidad de titular si se ha superado el curso con dichas ACS, aboca a la alumna a una situación en la que se le impide siquiera intentar lo que es norma para otros alumnos, y ello por la exclusiva razón de su discapacidad, por lo que se considera que la resolución relativa a la inadmisión de la renuncia a la ACS resulta contraria a lo establecido en el art. 22.7 de la LO 2/2006 en cuanto establece que las medidas de atención a la diversidad no pueden suponer una discriminación que les impida alcanzar los objetivos y la titulación correspondiente y que afecta al derecho fundamental a la educación recogido en el artículo 27 de la Constitución Española, así como el derecho a la igualdad y no discriminación del art. 14 de la Constitución por cuanto la única causa para ello es la discapacidad que padece.

Por lo que el Ministerio Fiscal considera que se ha producido vulneración de los derechos fundamentales alegados interesando la revocación parcial de la sentencia y la estimación parcial de la demanda en lo que se refiere a los apartados a), b), c) en la petición subsidiaria, y d) del suplico.

CUARTO. - Sobre la resolución de 5 de septiembre de 2018 de la directora del IES DIRECCION000 por la que se desestima la reclamación contra la no titulación en la ESO de la alumna al finalizar el curso 2017/2018.

Se ha de significar en primer lugar que es cierto que no se trata en el presente recurso de examinar, ni resolver sobre la capacidad y aptitud de la alumna, ni tampoco de examinar y revisar su expediente y trayectoria académica, sino de resolver en el marco del presente procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales, si con la actuación de la Administración demandada se ha vulnerado el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 27 de la Constitución, precepto que era el que expresamente se invocaba en la demanda en su página 23 y 24, así como se apelaba al derecho a la igualdad del artículo 14 de la misma, al considerar que la alumna había sido discriminada por razón de su discapacidad y que conforme a dichos preceptos y al artículo 24 de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, la misma tenía derecho a seguir educándose en la educación ordinaria de manera inclusiva, una vez seguida la etapa obligatoria y a obtener dicho título.

Sin embargo se ha de señalar, también con carácter previo y dejando para el fundamento siguiente la cuestión relativa a las adaptaciones curriculares significativas, su procedencia, necesaria información a los padres, la capacidad de los mismos para decidir sobre su aplicación y los efectos que la misma determina para la titulación, que el derecho a obtener una titulación específica no está integrado en el derecho fundamental a la educación, ya que el artículo 27 de la Constitución en los apartados que resultan relevantes para este recurso precisa que:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.



3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones .
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes .
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales .
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.

Por lo que no está reconociendo dentro del derecho a la educación a la obtención de una determinada titulación, ni siquiera en el ámbito de la enseñanza básica obligatoria, otra cosa es el derecho de las personas con discapacidad al acceso en condiciones de igualdad a la educación y a su derecho a una educación inclusiva a la que expresamente se refiere la sentencia que cita la parte apelante del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, de 14 de diciembre de 2017 , nº 1976/2017, dictada en el recurso 2965/2016 , en la que se precisaba que:

TERCERO. - 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.

CUARTO.- De ese conjunto normativo y en lo que hace al derecho fundamenta l cuya infracción invocaron los padres de Florian en la instancia, cabe deducir el siguiente régimen:

1º Para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de los alumnos con una discapacidad o trastorno grave de conducta, rigen los principios de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo.

2º La regla general es que se procure su integración en centros ordinarios con "medidas de atención a la diversidad" que pueden flexibilizarse en las distintas etapas educativas si es necesario. Y la excepción a esa regla general - que supone un trato diferente justificado -, consistirá en la escolarización en unidades o centros de educación especial sólo cuando las necesidades de esos alumnos " no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios ".

3º Para la consecución de esa regla general, tal normativa ordena a las administraciones una puesta de medios para que procuren apoyos y atenciones educativas específicas, personalizadas y efectivas para estos alumnos con necesidades educativas especiales. De esta manera las administraciones deben prestarles apoyo necesario dentro del sistema general de educación que facilite su formación efectiva, hacerles ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, que se les cree un entorno que fomente al máximo el desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión.

4º Por otra parte las modificaciones y adaptaciones que se prevén para estos alumnos para procurar su integración en centros ordinarios, deben ser las necesarias y adecuadas, no pueden suponer una carga desproporcionada o indebida.

5º Esas necesidades educativas deben identificarse y valorarse lo más tempranamente posible, por personal cualificado y en los términos que determinen las administraciones educativas. A estos efectos la evaluación consistirá en valoraciones al inicio y al final del curso, valorándose en éstas la consecución de los objetivos propuestos en la valoración inicial.

6º La consecuencia de la evaluación es que permita la orientación adecuada, modificar el plan de actuación, la modalidad de escolarización y favorecer "siempre que sea posible" una mayor integración que es, como se ha dicho, el principio general.

7º De esta manera el legislador ordena a las administraciones educativas respecto de este tipo de alumnado, que en Educación Infantil se promueva su escolarización; en los niveles obligatorios que se desarrollen programas para su adecuada escolarización y en los postobligatorios que se favorezca su escolarización y se adapten las condiciones de realización de las pruebas.



QUINTO. - Tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han interpretado ese conjunto normativo en dos pronunciamientos: la sentencia 10/2004 - contraria al amparo - y la sentencia estimatoria de esta Sala, Sección Séptima, de 9 de mayo de 2011 (recurso de casación 603/2010). De ellas cabe deducir los siguientes criterios, que se exponen en síntesis, en casos de escolarización de alumnos en centros de educación especial en lugar de centros ordinarios:

1° Se parte de que el derecho de los padres a determinar el tipo de educación para sus hijos y de elección de centro docente no comprende un derecho a escolarizar a su hijo en un centro ordinario en lugar de hacerlo en un centro de educación especial.

2° La sentencia de esta Sala admite que no cabe hablar de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador y que las limitaciones presupuestarias justifican que no pueda acogerse a un niño en un determinado centro escolar.

3° En el caso de alumnos con TEA se declara que, de partida, están en una posición de desigualdad lo que les hace acreedores de una respuesta administrativa adecuada a sus necesidades. Su caso no es el de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones, sino personas amparadas por una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la del derecho a la educación del artículo 27 reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 más el mandato del artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.

4° De la normativa antes citada se deduce un doble mandato dirigido a la Administración: primero, de puesta de medios (personal cualificado, instalaciones de inclusión adecuadas y una programación que acredite qué necesidades educativas específicas precisan esos alumnos) y, segundo, la carga de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

5° Para que la decisión de escolarizar en un centro de educación especial sea conforme a la Constitución, los informes en los que se apoye la administración educativa deben justificar ese trato diferenciado atendiendo a las peculiaridades de cada caso, deben razonar por qué supone una carga desproporcionada para la administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos; en definitiva: por qué se opta por lo excepcional - escolarización en centros de educación especial - frente a lo ordinario.

SEXTO.- De lo expuesto cabe deducir, por tanto, un mandato constitucional y legal dirigido a los poderes públicos para la consecución de un doble objetivo: uno de política social - la inclusión social de personas con disfunción o trastorno de conducta - y otro de integración en el sistema educativo. Tal mandato propio de los principios de la política social (artículo 53. 3 en relación con el artículo 49 , ambos de la Constitución) en el aspecto educativo percute en el ejercicio de un derecho fundamental: el acceso a la educación con condiciones de igualdad. Ese doble mandato de inclusión y la efectividad de ese derecho exige de las administraciones una concreta puesta de medios que procure esa integración en el sistema educativo ordinario con las debidas adaptaciones en función de las necesidades del interesado y sólo cabe acudir al régimen de centros de educación especial si se justifica que agotados los esfuerzos para esa integración, lo procedente es esa opción que en esas condiciones sí justificaría un trato distinto."

De esta sentencia debe inferirse que si bien a priori no puede considerarse que la denegación del derecho a una concreta titulación vulnera el derecho a la educación, si ha de examinarse si para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de la alumna con una discapacidad como es este el caso, aun cuando no exista declaración de incapacidad, ni ello es preciso, deben de regir los principios de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo.

Y que la regla general es que se procure su integración en centros ordinarios con medidas de atención a la diversidad que pueden flexibilizarse en las distintas etapas educativas si es necesario , así como que la normativa en esta materia ordena a las administraciones una puesta de medios para que procuren apoyos y atenciones educativas específicas, personalizadas y efectivas para los alumnos con necesidades educativas especiales. De esta manera las administraciones deben prestarles apoyo necesario dentro del sistema general de educación que facilite su formación efectiva , hacerles ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, que se les cree un entorno que fomente al máximo el desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión, no cabe duda de que en el presente caso se han realizado dichos ajustes y que la Administración educativa ha tratado de procurar a la alumna las adaptaciones precisas para lograr dicha educación inclusiva , pero si ello nos permitiría afirmar ya de entrada que no existe vulneración del derecho fundamental a la educación por la no concesión de una concreta titulación, la cuestión ahora planteada va más allá , debiendo precisar que cualquier modificación y/o adaptación prevista para alumnos con alguna discapacidad y aplicadas para procurar su integración en centros ordinarios , deben de reunir unos requisitos de ser las necesarias y adecuadas y no pueden implicar una carga desproporcionada o indebida , ya que



expresamente establece el artículo 22.7 de la Ley Orgánica 2/2006 , de 3 de mayo, de Educación , que las medidas de atención a la diversidad que adopten los centros estarán orientadas a la consecución de los objetivos de la educación secundaria obligatoria por parte de todo su alumnado y no podrán, en ningún caso, suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente .

Dicho lo cual también hemos de recordar , como punto de partida determinante y relevante que el procedimiento entablado por la parte actora , hoy apelante , es un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las persona, previsto en el art. 114 y siguientes de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , por lo que puestos en relación el artículo 121.2 con los artículos 114 y 115.2 de la misma, que sólo podrá ser objeto de enjuiciamiento en el mismo, si la actuación y resoluciones dictadas por la Administración respecto de la parte demandante vulneran alguno de los derechos susceptibles de amparo en el presente procedimiento especial , que no son otros que los previstos en el art. 53.2 de la Constitución , previstos en el artículo 14 y en los artículos 15 a 29 , ambos inclusive y las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32 de la misma y también por ello, como precisa el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción , podrá ser objeto de enjuiciamiento cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, si como consecuencia de las mismas se vulnera un derecho de los citados.

La limitación del objeto de dicho procedimiento especial ya se predicaba del proceso especial contencioso-administrativo regulado en la Ley 62/78 expresamente derogado por los artículos 114 y siguientes de la vigente Ley Jurisdiccional y se resume en que es inadecuado tramitar por dicho cauce procedimental pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales que se recogen en el art. 53.2 de la Constitución y ello determina que no pueda admitirse, en efecto, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2003, dictada en el recurso 3728/99 , de la que fue Ponente Don Juan José González Rivas, cuando recuerda que:

...es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la sentencia de 14 de agosto de 1979 hasta la actualidad, que Ja utilización del procedimiento preferente y sumario en materia de protección de derechos fundamentales, exige la existencia de una clara vulneración constitucional o de indicios suficientemente claros de la referida vulneración, puesto que la mera invocación de la vulneración de un derecho fundamental no es suficiente para estimar producida la necesidad de tramitar el proceso al amparo del procedimiento de protección de los derechos fundamentales, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (por todas, la sentencia 31/84) que la sola invocación pro forma, carente de todo contenido o la sola petición de que al proceso se le dé curso por la Ley 62/78. sin revelación de los mínimos indispensables a los efectos del curso procesal, justifiquen que el Tribunal, velando por el recto uso de los instrumentos procesales y con la necesaria contradicción, preserve el proceso especial de sus notas de especificidad, preferencia y sumariedad

Y añade esta misma sentencia que el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado por la Ley 62/1978, hoy sustituido por los artículos 114 a 122 de la Ley 29/98 , sólo permite enjuiciar la conculcación de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución y de la objeción de conciencia del artículo 30, quedando los problemas de pura legalidad de los actos recurridos reservados para el proceso ordinario (sentencias de esta Sala de 27 de febrero y 14 de diciembre de 1.992).

Y como también ha concluido la sentencia del TSJ de La Rioja Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 8 de febrero de 2018 , sentencia nº 46/2018, dictada en el recurso 154/2017 ,

TERCERO.- Esta Sala en sentencia de 20 de enero de 2016 en su f.j tercero dijo "1º La Ley 29/1998 , de 26 de noviembre, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa , supuso un cambio relevante puesto de manifiesto por su Exposición de Motivos: Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales , con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso -y, por tanto, de la sentencia- de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es. contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico . La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. 2. Imposibilidad de plantear en él cuestiones de legalidad ordinaria (STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 6 de noviembre de 2013 (RC 145/2013) -FD 2 º-; 14 de diciembre de 2011 (RC 6086/2010) - FD 1º-; 5 de diciembre de 2011 (RC-A 294/2011) - F 6º-: 19 de julio de 2010 (RC 2672/2009) -FD 8º-) La STS de 6 de noviembre de 2013 (Rec. 145/2013) da cuenta de dicha evolución normativa y precisa su alcance: la ampliación de ámbito efectuada por la Ley Jurisdiccional permite matizar la doctrina anterior ,



pero no autoriza a prescindir totalmente de ella. Su finalidad no es otra que evitar que se restrinja en exceso el ámbito del objeto procesal, excluyendo aquellos casos en los que el control sobre la vulneración de los derechos fundamentales exige analizar previamente la legalidad ordinaria. Pero no puede entenderse como un reconocimiento de la posibilidad de extender aquél hasta aquellos supuestos en los que las alegaciones se funden exclusivamente en problemas de legalidad ordinaria aunque remotamente se invoque la vulneración de un derecho fundamental. 3. En consonancia con dicha finalidad el art. 114.2 LJCA establece que en dicho procedimiento de amparo judicial de los derechos fundamentales "podrán hacerse valer las pretensiones a que se refieren los arts. 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado" y de otro lado el art. 121.2 LJCA dispone que "la sentencia estimará 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." 3. En la fase inicial del procedimiento (en el auto de fecha 29 de septiembre de 2014 se acordó la continuación del procedimiento por el trámite del artículo 114 y ss. de la LJCA pero en la sentencia se debe analizar si nos encontramos ante una cuestión de protección de derechos fundamentales o de legalidad ordinaria, porque el 121.2 LJCA dispone que "la sentencia estimará 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."

Con dicha referencia jurisprudencia! queremos dejar constancia que el hecho de que el recurso se hubiera admitido y tramitado por dicho cauce especial y aun cuando el Ministerio Fiscal no haya realizado objeción alguna al respecto, es evidente que no por ello puede impedirse realizar un examen en la sentencia sobre la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales, aun cuando para ello deba de analizarse la legislación ordinaria, pero dicho esto, ni del contenido de la Constitución, ni de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su artículo 22 relativo a esta concreta etapa educativa establece el derecho incondicionado a la obtención del título, ya que en el mismo se precisa que:

1. La etapa de educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos, que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad.
2. La finalidad de la educación secundaria obligatoria consiste en lograr que los alumnos y alumnas adquieran los elementos básicos de la cultura, especialmente en sus aspectos humanístico, artístico, científico y tecnológico; desarrollar y consolidar en ellos hábitos de estudio y de trabajo; prepararles para su incorporación a estudios posteriores y para su inserción laboral y formarles para el ejercicio de sus derechos y obligaciones en la vida como ciudadanos.
3. En la educación secundaria obligatoria se prestará especial atención a la orientación educativa y profesional del alumnado.
4. La educación secundaria obligatoria se organizará de acuerdo con los principios de educación común y de atención a la diversidad del alumnado. Corresponde a las Administraciones educativas regular las medidas de atención a la diversidad, organizativas y curriculares, que permitan a los centros, en el ejercicio de su autonomía, una organización flexible de las enseñanzas.
5. Entre las medidas señaladas en el apartado anterior se contemplarán las adaptaciones del currículo, la integración de materias en ámbitos, los agrupamientos flexibles, los desdoblamientos de grupos, la oferta de materias optativas, programas de refuerzo y programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.
6. En el marco de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los centros educativos tendrán autonomía para organizar los grupos y las materias de manera flexible y para adoptar las medidas de atención a la diversidad adecuadas a las características de su alumnado.
7. Las medidas de atención a la diversidad que adopten los centros estarán orientadas a la consecución de los objetivos de la educación secundaria obligatoria por parte de todo su alumnado y no podrán, en ningún caso, suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente.

Y como ha tenido igualmente ocasión de indicar el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, en la sentencia de 8 de febrero de 2005, recurso 1630/1999, de la que fue Ponente Don Juan José González Rivas, sobre el derecho en ese caso a promocionar antes de tiempo, concluyendo que:

CUARTO.- El análisis de la jurisprudencia invocada permite constatar:

- a) La sentencia del Tribunal Constitucional 337/1994, acertadamente citada por el Gobierno de Canarias, expresa, en el párrafo segundo del fundamento jurídico 12, que los valores de libertad y libre desarrollo de



la personalidad, positivizados por la Norma Fundamental como principios constitucionales, por sí solos no consagran derechos fundamentales, remitiéndose al efecto a su anterior sentencia 5/1981. Tales principios no pueden constituir el cauce para extender ni los concretos derechos de libertad que encierra el artículo 27 de la Constitución ni los específicos deberes que impone, modificando así el contenido del derecho fundamental a la educación.

b) La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1993, también mencionada por el Gobierno de Canarias, refiriéndose a una resolución de la Administración de denegación del reconocimiento de estudios en dos años superiores a los que correspondían a la edad del alumno, afirma que no cabe duda de que no se ha denegado ni obstaculizado el derecho a la educación en la resolución recurrida, añadiendo que de lo que se trataba es de forzar a la Administración a conceder excepciones en el ritmo regular de los cursos académicos, basándose en la arriesgada opinión de que mantener a una alumna en un curso que de hecho se considera superado sería perjudicial para el desarrollo de su personalidad, con infracción del artículo 27.1. y 2. de la Constitución.

c) También la posterior sentencia de esta Sala y Sección de 19 de julio de 2002 reconoce en los términos previstos en el art. 27 de la Constitución, que el contenido esencial de los principios, derechos y deberes que contiene cuando, como aquí, se postula el derecho concreto de un "avance de curso" no está específicamente previsto en el artículo 27 de la CE y al que, por tanto, no se tiene un derecho constitucional exigible por la vía elegida de protección de los derechos fundamentales de la persona, a cuya vía especial acudió en este caso la parte recurrente con invocación de la Ley 62/78, de 26 de diciembre.

En efecto, hay una configuración legal de aquel derecho, o si se quiere una previsión legal de la situación de referencia, en la Ley Orgánica 1/90, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, cuyos artículos 3, 5, 36,3 y 37, 3 aluden a que las enseñanzas se adecuarán a las características de los alumnos con necesidades especiales, que tanto pueden ser por exceso o por defecto de capacidad o de aprendizaje, así como en el Real Decreto 696/95, de 28 de abril, que prevé adaptaciones para supuestos de hecho especiales, y a cuyo tenor sí se podría reclamar lo que aquí se ha venido solicitando, que entendemos que no se corresponde con el contenido básico del derecho fundamental a la educación o enseñanza, sino que está regulado con normas de desarrollo esgrímibles en vía de recurso ordinario, no en el especial, por cuanto que aquellos principios constitucionales, por sí solos, no consagran derechos fundamentales, como recogiera también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

QUINTO.- El dato de que el artículo 1 apartado a) de la LOGSE establezca que uno de los fines del sistema educativo español es el pleno desarrollo de la personalidad del alumno, no convierte este principio orientador de la legislación en un derecho del que puedan extraerse otros como el del adelanto de cursos para alumnos superdotados. El Real Decreto 696/ 1995, de 28 de abril, no prevé esta medida. El artículo 7.2 permite llevar a cabo adaptaciones curriculares en el caso de alumnos con necesidades educativas especiales, que afecten a los elementos prescriptivos del currículo, que es la solución por la que optaba la Administración educativa, y estas adaptaciones curriculares individualizadas servirían de base a las decisiones sobre apoyos complementarios (apartado 3)

Todo lo cual, aplicado al caso que nos ocupa, significa que no podemos considerar que se haya vulnerado el derecho constitucional a la educación y al desarrollo de la personalidad, con la denegación del derecho a promocionar o obtener la titulación correspondiente a un determinado ciclo educativo, por lo que respecto de dicha resolución el recurso debe ser desestimado.

QUINTO. - Sobre la resolución de la Dirección Provincial de Educación en Segovia de la Junta de Castilla y León de 7 de mayo de 2018 por la que se desestima el recurso de alzada contra la resolución de 9 de enero de 2018 por la que se deniega la renuncia a las ACS.

Y si bien como indicábamos en el Fundamento precedente el derecho constitucional a la educación de la alumna no se ha visto vulnerado por la no obtención de una concreta titulación, no igual suerte desestimatoria ha de correr la impugnación de la resolución que denegaba la renuncia a las adaptaciones curriculares significativas, sobre ellas no se van a examinar las cuestiones relativas a la legalidad ordinaria que son ajenas al presente cauce especial, como son todas las cuestiones relativas a si deben determinarse solo en virtud de un informe psicopedagógico, sobre la capacidad de decisión o información a padres o tutores, así como el cumplimiento de información al respecto, sino la cuestión ha de ir referida, en sintonía con el informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de que el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación, consagrado en el artículo 27 en relación con el artículo 14 de la Constitución y que se desarrolla en los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación 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 las personas con algún tipo de discapacidad, por lo que si el



artículo 22 de la citada Ley Orgánica establece en su número 7 que las medidas de atención a la diversidad que adopten los centros estarán orientadas a la consecución de los objetivos de la educación secundaria obligatoria por parte de todo su alumnado y no podrán, en ningún caso, suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente, es por lo que resulta evidente que en este caso si dichas medidas determinaban una forma de evaluación específica para la alumna que le impidían su promoción, pese a haber aprobado todas las asignaturas cursadas con dichas adaptaciones curriculares significativas y ello por aplicación de la Orden EDU/865/2009, de 16 de abril, por la que se regula la evaluación del alumnado con necesidades educativas especiales escolarizado en el segundo ciclo de educación infantil y en las etapas de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, en la Comunidad de Castilla y León, no debe impedirse a la misma la renuncia voluntaria a dichas adaptaciones para lograr una evaluación que le hubiera permitido en su caso dicha titulación, ya que si bien en el artículo 7 relativo a Titulación y acreditación, establece que el alumnado con necesidades educativas especiales que, al término de la educación secundaria obligatoria, haya alcanzado las competencias básicas y los objetivos de la etapa, obtendrá el Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, en los términos establecidos en el art. 10.1 de la Orden EDU/1952/2007, de 29 de noviembre.

Añadiendo en su número 2, que el alumnado que haya cursado la educación secundaria obligatoria y no obtenga el Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria recibirá un certificado de escolaridad en el que constarán los años y materias cursadas, conforme se establece en el art. 10.4 de la Orden EDU/1952/2007, de 29 de noviembre. Este certificado será emitido por el director del centro, pero si la Administración al concluir que, pese a que se aprobaron todas las asignaturas con adaptaciones curriculares significativas, no se habían alcanzado las competencias básicas y objetivos de la etapa, convirtiéndose dichas adaptaciones, al no haberse permitido la renuncia a las mismas, en un obstáculo o limitación para dicha titulación, es por lo que dichas adaptaciones han venido a significar de facto una discriminación que ha impedido a la alumna alcanzar los objetivos y la titulación correspondiente a dicha etapa, por lo que se ha de convenir que con ello se provocan unos efectos perversos de las citadas adaptaciones curriculares que se han convertido no en una medida para obtener una educación inclusiva, sino que han privado a la alumna de poder cursar sin ellas y permitir una evaluación sin las mismas, suponiendo por tanto en este caso una discriminación que le ha impedido alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente, por lo que procede la estimación parcial del recurso y por tanto se declara que la resolución de 9 de enero de 2018 que denegaba la renuncia a las adaptaciones curriculares significativas, no es conforme a derecho, por vulneración del derecho fundamental a la educación en igualdad de condiciones previsto en el artículo 27 en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, declarando la nulidad de la misma y reconociendo el derecho a estudiar sin dichas adaptaciones curriculares significativas en los términos solicitados por la parte recurrente.

SEXTO. - Sobre la indemnización de daños y perjuicios por la estimación parcial del recurso.

Lo expuesto en el fundamento precedente conduce a la estimación parcial del recurso y si bien la parte actora reclamaba igualmente que se condenara a la Administración demandada a la indemnización de los daños y perjuicios causados, todo ello se difería a los que se determinarán en ejecución de sentencia, esta mera remisión a lo que se hubiera de resolver en sentencia no resulta admisible dado que a la vista de lo que establece el artículo 71.1 de la Ley Jurisdiccional en su letra d), que permite en la sentencia fijar también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia, pero además, debe de recordarse que, cuando se reclama una indemnización ante los Tribunales, es necesario que la parte actora concrete y defina el daño cuya indemnización reclama y que pruebe la realidad del mismo y su cuantificación puesto que así lo exige el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria, ya que como esta Sala ha tenido ocasión de concluir, entre otras, en la sentencia 471/2012, dictada en el rollo de Apelación 95/2012, de 26 de octubre de 2012, de la que fue Ponente D^a. Concepción García Vicario y en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto, se concluía que:

"Ciertamente es doctrina jurisprudencial reiterada la que nos indica que el daño ha de ser evaluable económicamente; esto es, no es imprescindible que en la propia sentencia se determine en todos los casos una suma concreta a indemnizar; pero sí que el órgano judicial ha de estar en condiciones de fijar en la sentencia, cuando menos, las bases para que en ejecución de la misma se pueda concretar una suma específica.

Sin embargo, coincidimos con la sentencia apelada en considerar que en el presente caso, no es posible diferir la cuantificación del daño a la fase de ejecución de sentencia, ya que el recurrente, no ha probado la realidad y entidad del daño sufrido, correspondiendo esa prueba a la parte, en virtud del principio general de la carga de la prueba (art. 1214 del Código Civil), no habiendo puesto a disposición de los órganos judiciales los medios



probatorios suficientes que pudiesen llevar a un a un pronunciamiento concreto de determinación de daños y perjuicios sufridos.

En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-12-00 , aunque no es infrecuente que la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios quede diferida al periodo de ejecución de sentencia, como establecía el art 84.c de la Ley de esta Jurisdicción de 1956 y ahora permite el art. 71.1c) de la nueva Ley Jurisdiccional de 29/1998, de 13 de julio , sin embargo este proceder presupone el acreditamiento de la existencia de aquéllos.

Precisa el Tribunal Supremo que no se puede, confundir la pretensión a que aludía el art. 42 de la citada Ley de 1956 , y que en la actual se contempla en su art. 31.2, como subsidiaria o derivada de la acción de anulación de un acto o disposición, a lo que se refería también el art. 79.3 de la antigua Ley, y se repite en el art. 65.3 de la vigente, con el ejercicio de una acción por responsabilidad patrimonial de la Administración, en que es imprescindible justificar que se ha producido el daño o perjuicio concretos que se reclaman, sin que, en este caso, su determinación pueda diferirse a la fase de ejecución de sentencia pues el objeto del pleito lo constituye precisamente la pretensión indemnizatoria rechazada en vía previa.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, de aplicación supletoria en esta Jurisdicción, lo deja muy claro al disponer en su art. 209.4^a, último inciso, que la parte dispositiva de la sentencia "determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para ejecución de la sentencia", y el art. 219.3 establece que "Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución", aunque "se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades".

Estos preceptos- en palabras del T.S. - no modifican el régimen previsto en el proceso contencioso-administrativo sino que clarifican las situaciones evitando torcidas interpretaciones, como la que allí el recurrente mantuvo, al pretender que, aun habiendo ejercitado en la instancia una acción por responsabilidad patrimonial de la Administración y solicitado el pago de una determinada cantidad en concepto de reparación de daños e indemnización de perjuicios, pueda el Tribunal admitir la existencia de tal responsabilidad sin haberse acreditado la existencia de gasto alguno ni aportado justificación del posible lucro cesante, dado que la Administración demandada no admitió, en contra de lo sostenido por el recurrente, su existencia.

A mayor abundamiento, como señala la STS de 19 de noviembre de 2001 , es cierto que no es obstáculo para la procedencia de la acción de responsabilidad frente a la Administración y para la estimación de la correspondiente pretensión que se formule el que en el momento de dictar de la sentencia no se haya determinado el exacto alcance de los daños o perjuicios causados , si concurren los requisitos para dicho ejercicio a que se ha hecho referencia, pues el artículo 84 c) de la Ley de la Jurisdicción hoy derogada (equivalente al artículo 71.d de la nueva Ley) contempla la facultad de diferir a la fase de ejecución de sentencia la determinación de los daños y perjuicios objeto de la pretensión de indemnización que acompaña a la de nulidad del acto; pero ha de tenerse en cuenta la limitación reconocida en nuestra jurisprudencia que deriva de la imposibilidad de suplir la falta de prueba del daño o perjuicio padecido difiriendo a la fase de ejecución de sentencia la práctica de la referida prueba, pues en ejecución de sentencia sólo es posible determinar la cuantía de la indemnización cuando se ha acreditado, cuando menos, la existencia del daño. O, dicho en otros términos, los daños y perjuicios han de ser reales y efectivos, y probada su existencia por el que reclama, aunque su concreción efectiva pueda evaluarse en ejecución de sentencia, y ese es el sentido que ha de darse al contenido del artículo 84. c) LJ , al declarar que la determinación de la cuantía de los mismos quedará o puede quedar diferida al período de la ejecución de la sentencia; pero ello siempre sobre la base de que tales daños o perjuicios "hayan sido causados", lo que debe quedar acreditado en los autos principales o fase declarativa anterior a la sentencia (sentencias de 28 de octubre de 1985 , 9 de mayo de 1995 EDJ1995/3113 , 28 de mayo de 1997 EDJ1997/4138 , 4 de octubre de 1999 EDJ1999/29357 , 3 de abril EDJ2001/8945 y 31 de mayo de 2001 EDJ2001/50389 , entre otras).

Por consiguiente, son plenamente asumibles los presupuestos teóricos de que parte el motivo de casación que se analiza: la anulación de un acto administrativo no lleva consigo necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino sólo cuando concurren los requisitos de un daño real y efectivo, individualizado y evaluable económicamente, producido por dicho acto que no haya el deber jurídico de soportar; y sólo cabe diferir a la fase de ejecución de sentencia, en el correspondiente incidente, la cuantificación del daño pero no la prueba de éste que ha de acreditarse en el proceso principal, pues sólo entonces puede reconocerse en sentencia el derecho a la indemnización.



TERCERO.- La sentencia de instancia que se revisa no ignora frontalmente la doctrina expuesta sino que, en su literalidad, se limita a reproducir su formulación teórica, pues señala que, según el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, la anulación en vía administrativa o en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización, y sólo "cuando la producción de daños o perjuicios sea evidente o se halle debidamente probada en autos, pueda (puede) acordarse la misma, quedando deferida la determinación de su cuantía al período de ejecución de sentencia, tal y como lo dispone el artículo 84. c) de la Ley Jurisdiccional".

Además, por otra parte, es bien sabido el límite que representa para las posibilidades del recurso de casación la valoración de las pruebas, de manera que la realizada por el Tribunal de instancia no puede ser revisada en sede casacional.

Ahora bien, la sentencia no proyecta de manera concreta la formulación de la doctrina de esta Sala de la que se hace eco al supuesto contemplado ya que de manera disyuntiva alude a los supuestos en que los daños o perjuicios sean evidentes o se hallen debidamente probados en autos. Hay sólo una premisa teórica no aplicada a los hechos. O, dicho en otros términos, no dice si en este caso el Tribunal considera evidentes los daños o perjuicios (sin necesidad de prueba) o los estima probados. En cualquier caso, si fuera lo primero se trataría de un juicio de valor susceptible de revisión en casación; si fuera lo segundo, ha de tenerse en cuenta que para la virtualidad del límite sobre la valoración de la prueba en casación es preciso, al menos, que se haya producido o practicado alguna prueba que valorar. O, dicho en otros términos, sin actividad probatoria no es posible que el Tribunal de instancia efectúe una ponderación de la prueba que resulte intangible en el recurso de casación; de tal manera que en ausencia de medio probatorio, cuando no hay conformidad en la producción de algún daño o perjuicio, la afirmación de que éste se ha producido como consecuencia del acto administrativo que se anula no puede ser más que una impresión subjetiva o una afirmación apodíctica que si es susceptible de revisión en sede casacional porque para que resulte acreditado el daño o perjuicio -requisito imprescindible para poder diferir su cuantificación al correspondiente incidente de ejecución de sentencia- es necesario alguna prueba del mismo, si como en este caso ocurre, la Administración no solo no reconoce su producción sino que argumenta razonablemente sobre su inexistencia."

Por lo que ante dichas consideraciones no procede en el presente caso el reconocimiento de la indemnización reclamada, ya que sólo cabe diferir a la fase de ejecución de sentencia, en el correspondiente incidente, la cuantificación del daño, pero no la prueba de éste, que ha de acreditarse en el proceso principal, pues sólo entonces puede reconocerse en sentencia el derecho a la indemnización, prueba que en este caso no se ha llevado a cabo, ya que a excepción de las manifestaciones genéricas en la demanda sobre la reclamación de la indemnización, no se ha realizado prueba alguna al respecto, de hecho ni siquiera en los escritos de conclusiones de 13 de agosto y 21 de diciembre de 2018 se hace referencia alguna al respecto, por lo que no ha lugar a reconocer dicha indemnización, salvo que la misma pueda resultar procedente por la vía de imposibilidad de ejecución de sentencia, que esta Sala plantea en este momento como una mera hipótesis.

ULTIMO. - Costas procesales.

La estimación parcial del presente recurso de apelación determina en aplicación del artículo 139. 2 de la LRJCA, no realizar expresa imposición de costas procesales y que cada parte corra con las costas procesales causadas a su costa.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación registrado con el número 67/2019 interpuesto por la representación procesal de Doña Guadalupe y Doña Hortensia contra la sentencia de 7 de febrero de 2019 dictado en el Procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales registrado con el número 3/2018, seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Segovia, por el que se desestima el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña Guadalupe contra la resolución de la Dirección Provincial de Educación de Segovia, de fecha 7 de mayo de 2018, por el que se desestima recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2018 de la Directora del IES DIRECCION000 por el que se deniega la renuncia a adaptaciones curriculares significativa a Hortensia y contra la desestimación, por la directora del IES DIRECCION000 de DIRECCION001, el 5 de septiembre de 2018, de la reclamación contra la no titulación en la educación secundaria obligatoria de doña Hortensia al finalizar el curso 2017/2018.

Y en virtud de dicha estimación parcial se declara solo que no es conforme a derecho la resolución de la Dirección Provincial de Educación de Segovia, de fecha 7 de mayo de 2018, por el que se desestima recurso



de alzada interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2018 de la Directora del IES DIRECCION000 por el que se deniega la renuncia a adaptaciones curriculares significativa a Hortensia por vulneración del derecho fundamental a la educación en igualdad de condiciones previsto en el artículo 27 en relación con el artículo 14 de la Constitución Española .

Y todo ello sin expresa imposición de las costas procesales del presente recurso a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes.

La presente sentencia, de conformidad con la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/ o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley , presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia: mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89. 2 de la LJCA .

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia , con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestra sentencia lo pronunciamos. mandamos y firmamos. los limos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados.

FONDO DOCUMENTAL CEEJ