

Cualquiera de los progenitores de los hijos menores con discapacidad está legitimado para impugnar las resoluciones administrativas que afecten a su educación

Se plantea en el presente recurso de casación si en el ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales de los que son titulares los hijos menores, y en especial, los que presentan discapacidad, cualquier progenitor, con independencia de la discrepancia que pueda tener con el otro, tiene interés legítimo para impugnar las resoluciones administrativas que afectan a los derechos fundamentales de tales menores, y en particular, el derecho fundamental a la educación inclusiva.

Al respecto declara la Sala que cualquiera de los progenitores de los hijos menores con discapacidad está legitimado para impugnar las resoluciones administrativas que afecten a su educación, pues, tal y como tiene establecido el art. 162 del CC los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados. Concluye que el ejercicio de acciones por parte de los progenitores para impugnar los actos administrativos sobre el tipo de educación y la fijación del centro al que deben asistir resulta evidente, pues afectan al derecho a la educación de los hijos menores discapacitados, y al legítimo interés para que dicha educación resulte la más adecuada e idónea atendidas las características de la discapacidad que padecen. Formula voto particular el Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 4.ª

SENTENCIA 103/2022, DE 31 DE ENERO DE 2022

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2420/2019

Ponente Excmo. Sr. MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA

En Madrid, a 31 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2420/2019, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ángel Quemada Cuatrecasas, en nombre y representación de doña Camila, contra la sentencia, de 17 de diciembre de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación núm. 421/2018, deducido, a su vez, contra la sentencia, de 31 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 13 de Barcelona, en el recurso contencioso-administrativo núm. 87/2017, sobre educación.

Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Y ha comparecido como parte recurrida, el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 13 de Barcelona ha dictado sentencia de fecha 31 de mayo de 2018 en el recurso contencioso administrativo núm. 87/2017, interpuesto por el

Procurador de los Tribunales, don Ángel Quemada Cuatrecasas, en nombre y representación de doña Camila, contra la Generalidad de Cataluña.

En concreto, el Juzgado citado dispuso:

"Inadmito el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Camila. Se imponen a la actora de las costas procesales hasta un límite máximo de 600 euros."

SEGUNDO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha seguido el recurso de apelación núm. 421/2018, interpuesto por la parte apelante, doña Camila y como parte apelada, la Generalidad de Cataluña y don Rubén, contra la sentencia de 31 de mayo de 2018, contra las resoluciones del Gerente del Consorcio de Educación de Barcelona de fecha 2 de junio de 2016.

En el citado recurso de apelación, se dicta sentencia el día 17 de diciembre de 2018, cuyo fallo es el siguiente:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto. Imponer a la parte apelante las costas del presente recurso."

TERCERO.- Contra la mentada sentencia, doña Camila, preparó recurso de casación, ante la Sala de apelación, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente preparó el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2020, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por doña Camila, contra la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2018, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 421/2018.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 15 de julio de 2020, la parte recurrente, doña Camila, solicitó que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

" 1.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por mi representada D.^ª Camila, contra la expresada sentencia de 17 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya,; *anulando dicha sentencia y ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia para que por dicho Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se dicte sentencia entrando en el fondo de las pretensiones del recurso conforme a la suplica de la demanda formulada por mi representada.*

2.-Fijar como doctrina para la formación de jurisprudencia a efectos de interés casacional la siguiente:

En el ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales de los que son titulares los hijos menores, y en especial, los que presentan discapacidad, cualquier progenitor, con independencia de la discrepancia que pueda tener con el otro, tiene interés legítimo y por tanto está legitimado para impugnar las resoluciones administrativas que afectan a los derechos fundamentales de tales menores, y en particular, el derecho fundamental a la educación inclusiva.

3.- Imponer las costas de la instancia y las del presente recurso de casación a la administración demandada. "

SEXTO.- Conferido trámite de oposición, mediante providencia de 2 de septiembre de 2020, la parte recurrida, el Abogado de la Generalidad presenta escrito el día 26 de octubre de 2020, en el que solicitó que se dicte sentencia, por la que se acuerde la desestimación del recurso de casación, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

Por su parte el Ministerio Fiscal, presenta escrito de alegaciones el día 14 de septiembre de 2020, en el que considera que procede la desestimación del recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas a su instancia y de las comunes por mitad, ext. art. 93.4 de la LJCA.

Se tuvo por personada y parte, en calidad de recurrida a la Procuradora doña María del Mar Pinto Ruiz, en nombre y representación de don Rubén. Mediante diligencia de ordenación de fecha 4 de noviembre de 2020, transcurrido el plazo concedido, se le tuvo por decaído en su derecho para presentar el escrito de oposición.

SÉPTIMO. - Mediante providencia de fecha 23 de noviembre de 2021, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 25 de enero de 2022, fecha en la que tuvieron lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida

El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia, de la Sala de nuestro orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 13 de Barcelona que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las Resoluciones del Gerente del Consorcio de Educación de Barcelona, de 2 de junio de 2016, que asignaron a los dos menores, Millán y José, hijos de la recurrente y del recurrido en la instancia, al *Centro de Educación Especial DIRECCION000* de Barcelona, para su matriculación en dicho centro a partir del curso 2016/2017.

La sentencia del indicado Juzgado señala que ““las resoluciones recurridas, asignan a los hijos comunes de actora y codemandado al centro de educación especial DIRECCION000 de Barcelona para su matriculación a partir del curso 2016-2017. Es al padre de los menores a quién correspondía decidir el centro escolar al que acudirían los hijos comunes, los cursos 2016-2017 y 2017-2018 por, resolución firme del Juzgado de DIRECCION008, órgano ante el que se planteó la controversia de si debían los niños acudir al centro de educación especial DIRECCION000 o al centro ordinario DIRECCION002, atribuyéndose al padre -quien sostenía que debían acudir al centro de educación especial DIRECCION000- la decisión, atribución que por tanto comprende no sólo el centro concreto sino el tipo de educación a recibir. Por tanto es el padre de los menores quien estaría legitimado activamente para impugnar la actuación administrativa de no estar conforme con el centro asignado, impugnación que no realiza este progenitor por estar en plena conformidad con el centro educativo DIRECCION000 asignado por la Administración demandada.

Así la recurrente no estaba legitimada para recurrir la actuación administrativa objeto del presente recurso, la decisión administrativa de asignar a los menores a un centro determinado, al corresponder al padre la facultad de decisión sobre la educación de los hijos comunes, sobre si acudir a la escuela de educación especial DIRECCION000 o al centro ordinario DIRECCION002. Todo ello sin perjuicio de que en caso de atribuir el Juzgado Civil a la recurrente en un futuro la decisión y no asignar la Administración el centro elegido por la madre a los menores pudiera, entonces sí, recurrir tal decisión administrativa”“.

Por su parte, la Sala de apelación concluyó que ““ ello acontece en el presente caso en el que la recurrente carece de dicha idoneidad por cuanto consta de manera, evidente que por Auto de fecha 15 de febrero de 2017 (folios 14-24 del expediente) el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION008 acordó atribuir al padre de los menores la facultad de decidir, en ejercicio de la patria potestad a que colegio han de acudir sus hijos menores comunes durante los cursos 2016-2017 y 2017-2018 y fue precisamente en ejercicio de tal atribución que el padre de los menores acordó su

preinscripción en el centro correspondiente (folios 1 a 4) y en virtud de ello y de los informes obrantes en el expediente se acordó su matriculación en dicho centro (folios 11 y 12), por lo que aparece así la falta de legitimación activa de la recurrente en nombre propio para interponer el presente recurso, sin que ello suponga vulneración alguna de su derecho a la tutela judicial efectiva que se satisface como reiteradamente ha señalado el tribunal Constitucional también en aquellos casos en los que se acuerda la inadmisión si está debidamente motivada como aquí acontece””.

SEGUNDO.- La identificación del interés casacional

El interés casacional del presente recurso de casación ha quedado fijado, a tenor de lo dispuesto en el auto de esta Sala Tercera (Sección Primera), de 11 de febrero de 2020, a la siguiente cuestión:

““ (...) si en el ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales de los que son titulares los hijos menores, y en especial, los que presentan discapacidad, cualquier progenitor, con independencia de la discrepancia que pueda tener con el otro, tiene interés legítimo para impugnar las resoluciones administrativas que afectan a los derechos fundamentales de tales menores, y en particular, el derecho fundamental a la educación inclusiva ““.

También se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 14, 24 y 27 de la Constitución Española y 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -LJCA-, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO.- La posición de las partes procesales

La representación procesal de la parte recurrente, madre de dos hijos menores con discapacidad, aduce que se ha vulnerado el artículo 24.1 de la CE en cuanto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; infringiendo los artículos 14 y 27 de la CE, que reconocen el derecho fundamental a la educación en igualdad, en el acceso y permanencia en el sistema educativo; vulnerando los artículos 2, 5, 12 y 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; e infringiendo el artículo 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto.

Sostiene que la discrepancia no sólo afecta a la elección de un centro concreto sino al derecho fundamental de los menores a una educación en igualdad o inclusiva en un centro ordinario. Las consecuencias que derivan de la sentencia de apelación impugnada son que se impide el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa y el ejercicio de los derechos fundamentales que corresponden a sus hijos menores, como es el derecho a una educación inclusiva. Este derecho, alega, debe prevalecer porque permite una educación en igualdad. De modo que le asiste un interés legítimo para impugnar las resoluciones administrativas que afectan a los derechos fundamentales de los menores.

Por su parte, la Administración recurrida, la Generalidad de Cataluña, señala que la sentencia impugnada no entra a valorar de forma genérica el interés legítimo de los progenitores en relación con los derechos fundamentales de los hijos menores, sino que ha atendido el concreto precedente jurisdiccional en el que, ante la falta de acuerdo de los padres, decide sobre la concurrencia de los presupuestos procesales concretos a la vista de dicha resolución judicial firme.

En fin, el Ministerio Fiscal considera que la recurrente, progenitora de los dos hijos menores, tiene legitimación para impugnar la resolución administrativa que afecta a los derechos fundamentales de sus hijos. Y en relación con el fondo del recurso, considera que la elección del padre por un centro educativo especial, en lugar de la posición de la madre sobre su preferencia por una educación inclusiva en un centro ordinario, se fundamenta en los informes periciales que ha valorado la sentencia dictada por el Juzgado civil.

CUARTO.- La legitimación activa

Esta Sala Tercera considera que la parte ahora recurrente, madre de dos hijos menores con discapacidad, tiene legitimación para impugnar, con carácter general, las resoluciones administrativas que establecen el tipo de educación que deban recibir sus hijos mediante la atribución de un centro de educación especial, del mismo modo que también puede impugnar la determinación administrativa del centro concreto al que deben asistir los menores, en este caso el centro DIRECCION000.

Cuestión distinta será, en los términos que luego veremos, el limitado alcance que, en este caso, tendrá dicha impugnación, atendidas las específicas circunstancias que concurren.

En todo caso, cualquiera de los progenitores de los hijos menores con discapacidad está legitimado para impugnar las resoluciones administrativas que afectan a su educación. Recordemos que el artículo 162 del Código Civil establece que los padres que ostenten la patria potestad, como es el caso, tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Conviene que nos detengamos para señalar que en nuestro orden jurisdiccional la legitimación activa es cualificada. Esto es, no basta con discrepar del contenido de una resolución administrativa o considerar que dicha resolución es contraria al ordenamiento jurídico, ha de concurrir, además, una determinada cualidad que habilite para actuar como parte demandante en un determinado proceso. Debe mediar una vinculación entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. En concreto, a tenor del artículo 19.1 de la LJCA, la legitimación activa se condiciona, por lo que hace al caso, a la titularidad de un derecho o de un interés legítimo (apartado a/).

Concorre, en este caso, el ejercicio de un derecho, y también del interés legítimo previsto en el artículo 19.1 de nuestra Ley Jurisdiccional, para cuestionar la legalidad de los expresados actos administrativos, que conciernen a la educación de los menores discapacitados, esto es, si ha de ser una educación inclusiva en un *centro ordinario*, como sostiene dicha progenitora, o si ha de ser una educación en un *centro especial*, como sostiene el padre de los menores.

El ejercicio de acciones por parte de los progenitores para impugnar los actos administrativos sobre el tipo de educación y la fijación del centro al que deben asistir resulta evidente, pues afectan al derecho a la educación de los hijos menores discapacitados, y al legítimo interés para que dicha educación resulte la más adecuada e idónea atendidas las características de la discapacidad que padecen.

Se trata, en definitiva, de ejercitar una acción, por parte de un progenitor en el interés de aquellos hijos menores y discapacitados que no pueden hacerlo por sí mismos. Y ello con independencia de que el punto de vista de cada uno de los progenitores sea diferente y discrepen sobre el tipo de educación y sistema que deben seguir, pues tal circunstancia no altera el régimen jurídico sobre la legitimación en el orden contencioso-administrativo.

La conclusión contraria a la expuesta, privar de legitimación activa a los progenitores, en este caso a la madre, no sólo supondría apostar por la desprotección de los menores con discapacidad respecto de los actos administrativos que les afectan, en un ámbito esencial como es el educativo, sino que se estaría supeditando la interpretación y aplicación del cuadro, que sobre la legitimación activa, establece el artículo 19 de la LJCA, a las decisiones judiciales del orden jurisdiccional civil. Dicho de otro modo, al socaire de la discrepancia entre los padres sobre el tipo de educación que deben recibir los hijos menores discapacitados y solventada en el orden civil tal controversia, ello no puede comportar, para quien perdió ante el juez civil, la automática pérdida de la legitimación para impugnar aquellas resoluciones administrativas que afecten al derecho a la educación de sus hijos menores.

Cuanto decimos se acomoda a nuestra jurisprudencia, como es el caso de la STS de 6 de febrero de 2018 (recurso de casación n.º 2873/2015), cuando declaramos que *“ Este primer motivo (...) ha de ser estimado porque efectivamente los padres de la menor, tienen legitimación activa para impugnar la*

inactividad de la Administración, al no cumplir lo dispuesto en su Resolución de 25 de noviembre de 2009, que estimó el recurso de alzada interpuesto por los mismos, sobre la admisión de su hija en el centro escolar, que había sido denegado por Resolución de 27 de julio de 2009 de la Dirección Territorial de Educación de Alicante. (...) Los padres de la menor excluida del acceso al centro docente tienen un interés legítimo para pretender que su hija curse estudios en dicho centro, y además, cuentan con un acto administrativo que estimó su recurso al considerar que dos de los menores admitidos proporcionaron datos falsos. (...) Lo expresado ya es suficientemente expresivo para integrar el interés legítimo que constituye el título habilitador para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. De modo que, si la menor --como consecuencia de esas dos expulsiones de la lista de admitidos por falseamiento de datos-- accede o no al centro escolar, es la cuestión de fondo suscitada en el proceso, toda vez que lo que se discute es si, conforme a la prueba practicada, la menor se encontraba en el segundo o en el tercer puesto en la lista de no admitidos. En definitiva, negar dicha legitimación es privar a la parte recurrente de la posibilidad de acreditar en un proceso lo que sostiene, es decir, que procedía su admisión porque se encontraba en el segundo lugar, y no en el tercero, de la lista de no admitidos o excluidos. ""

La legitimación, en definitiva, que es la medida con arreglo a la cual se presta el derecho a la tutela judicial efectiva por jueces y tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, ex artículo 117.3 de la CE, no puede ser negada a los progenitores de los menores con discapacidad. Esa negativa para impugnar los actos administrativos relativos a su educación, que llevan el correspondiente pie de anuncio de recurso, supone crear zonas de inmunidad en la actuación de la Administración, pues si no pueden impugnarse tales resoluciones por los afectados, nadie podrá cuestionar su legalidad, olvidando que el artículo 106.1 de la CE encomienda a esta jurisdicción el control de la actuación administrativa, haciendo efectivo ese sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la CE).

QUINTO.- La cuestión de fondo suscitada

Conviene recordar que únicamente se plantea, como cuestión de interés casacional, si concurre o no interés legítimo de cualquier progenitor para impugnar los actos administrativos que afecten a los derechos fundamentales de los hijos menores discapacitados, y ya acabamos de resolver tal cuestión en el fundamento anterior, toda vez que tanto el padre como la madre, a los efectos del artículo 19.1 de la LJCA, ostentan, con carácter general, legitimación activa para impugnar las resoluciones administrativas relativas al tipo de educación, y la determinación del centro educativo, que han de recibir sus hijos menores discapacitados.

Pues bien, seguidamente nos corresponde abordar, una vez casadas las sentencias que apreciaron la falta de legitimación activa, la cuestión de fondo planteada en el debate procesal que se suscitó en el recurso contencioso administrativo y en el de apelación. Este debate debió versar únicamente sobre la legalidad de los actos administrativos que se impugnaban, y no haciendo resurgir ante esta jurisdicción contencioso-administrativa la misma controversia ya sustanciada ante quien se debía sustanciar, el juez de primera instancia, en el correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria, que realiza toda la valoración probatoria. Dicho de otro modo, la disputa sobre si la educación de los hijos menores discapacitados ha de hacerse mediante la educación inclusiva en un centro educativo normal, como sostiene la madre, o debe realizarse en un centro de educación especial, como sostiene el padre, ya fue resuelta por el auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION008, que, al estimar en parte la solicitud del padre de los menores, le atribuyó, tras valorar los informes técnicos de expertos en educación infantil y las demás pruebas realizadas, la facultad de decidir a qué colegio debían acudir los menores, Millán y José, con las condiciones que se fijan en la parte dispositiva de dicho auto. Y esta resolución judicial fue confirmada, mediante auto de 8 de marzo de 2018, por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los términos en los que ahora se plantea la controversia sobre el fondo del recurso, resucitando el debate que tuvo lugar ante el juez civil, no pueden ser examinados, pues nos encontramos ante un auto que ya determinó, en el seno del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, lo que ahora se pretende que resuelva nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la impugnación de un acto administrativo que, aunque anterior, resulta acorde con lo decidido por el juez civil.

Viene al caso recordar que el artículo 19.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, señala, con el alcance de la misma en el ámbito de la jurisdicción civil pero de pertinente cita a los efectos examinados, que una vez resuelto el expediente de jurisdicción voluntaria y firme la resolución, " *no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculara a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel* ". Del mismo modo que el artículo 22 señala que la ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se regirá por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular en los artículos 521 y 522, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido.

La resolución firme del juez civil proporciona un sustrato inmutable e inalterable, derivado de la atribución de competencia y del carácter firme de su decisión, que no puede ser desconocido. Téngase en cuenta que lo que ahora se pretende, es que resolvamos nuevamente lo que ya ha sido definitivamente enjuiciado por el orden jurisdiccional competente, mediante resolución firme.

Esta jurisdicción contencioso-administrativa, en definitiva, no puede pronunciarse sobre el fondo en los términos que se suscita y resolver, al hilo de la impugnación de los actos administrativos recurridos, la misma cuestión que ya ha sido resuelta por el juez civil. Este planteamiento no se preocupa en señalar ni en razonar sobre los vicios de ilegalidad que pueden concurrir en el acto administrativo impugnado, y que no tiene porqué coincidir con el alegato esgrimido ante el juez civil.

Los progenitores, insistimos, tienen con carácter general reconocida legitimación activa para impugnar este tipo de resoluciones administrativas, aunque en este caso no podamos adentrarnos en el fondo de la controversia porque los términos en los que se plantea coinciden con lo resuelto, con carácter firme, por la jurisdicción civil. Y, como es natural, los órganos de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa no pueden dejar sin efecto ni alterar su contenido.

Pero la forma de garantizar ese carácter inalterable e inmutable de una decisión firme del juez civil, no es privando de legitimación activa a los progenitores para impugnar un acto administrativo sobre la educación de los hijos menores, toda vez que el examen de esa coincidencia entre lo resuelto ante el juez civil y lo ahora alegado es ya una cuestión que afecta al fondo, y que revestirá un carácter más o menos limitado en función de muy diversos factores, aunque, en este caso, verdaderamente aparece muy restringido ante la reiteración ante nuestro orden jurisdiccional de lo ya alegado y resuelto por el orden civil.

Procede, en consecuencia, haber lugar a la casación porque la recurrente tiene legitimación activa para impugnar dichos actos administrativos, y procede desestimar el recurso contencioso administrativo atendidas las razones expuestas.

SEXTO.- Las costas procesales

De conformidad con el dispuesto en el artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA, cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y respecto de las demás costas procesales, atendidas las dudas de Derecho que pudieron surgir entonces, no procede su imposición ex artículo 139.1 de la LJCA.

FALLO

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

- 1.- Estimar el presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Camila contra la sentencia, de 17 de diciembre de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación núm. 421/2018, deducido, a su vez, contra la sentencia, de 31 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 13 de Barcelona, en el recurso contencioso- administrativo núm. 87/2017. Sentencias que se casan y anulan, por tener la recurrente legitimación para impugnar los actos administrativos que se recurren.
- 2.- Desestimar el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la recurrente, contra las Resoluciones del Gerente del Consorcio de Educación de Barcelona que asignaron a los dos menores, Millán y José, al Centro de Educación Especial DIRECCION000 de Barcelona, para su matriculación en dicho centro a partir del curso 2016/2017.
- 3.- Respecto de las costas procesales, no se hace imposición, a tenor de lo señalado en el último fundamento de la presente resolución.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo al disentir respetuosamente de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia pronunciada el día 31 de enero de 2022 en el recurso de casación núm. 2420/2019. Las razones para ello son las siguientes:

- 1.ª.- no está en juego el indiscutible derecho de los progenitores, es decir del padre o de la madre, en su condición de representantes legales y cotitulares de la patria potestad, para ejercer las acciones legales correspondientes en defensa del derecho de educación de sus hijos menores de edad, y no lo está porque la discrepancia que entre ellos surgió sobre cuál debería ser la mejor educación para sus hijos menores de edad fue resuelta por el cauce procesal oportuno por quien tenía competencia para ello. Esa discrepancia, consistente en si los hijos menores de edad de los progenitores, con un relevante grado de discapacidad, deberían ser escolarizados en "educación especial" o en "educación inclusiva", fue resuelto por Auto dictado el día 15 de febrero de 2017 por Juzgado de Primera Instancia Número 2 de DIRECCION008 (Barcelona), en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que atribuyó al padre la facultad de decidir "en ejercicio de la patria potestad" a qué Colegio han de acudir sus hijos menores durante los Cursos 2016/17 y 2017/18. Resolución que fue confirmada por auto de 8 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Barcelona.
- 2.ª.- En ejercicio de esa atribución, que no fue revocada en las instancias judiciales competentes de la jurisdicción civil, el padre decidió que fuesen escolarizados el centro de educación especial que le fue asignado por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el acto administrativo que fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyos órganos competentes decidieron, por sentencia final, inadmitir los recursos interpuestos en ambas instancias por considerar que la madre carecía de legitimación para ejercitar la pretensión postulada, concretada en anular la asignación del centro de educación especial y conceder a sus hijos uno ordinario con educación inclusiva.

3.ª.- La sentencia aquí impugnada partía de la diferencia entre legitimación procesal y legitimación ad causam, en los términos fijados por la Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1093/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1093), dictada en el recurso num. 4.453/2012, cuando decía que "Distinta de la anterior resulta la legitimación "ad causam", como manifestación concreta de la aptitud para ser parte en un proceso determinado, por ello depende de la pretensión procesal que ejercite el actor. Constituye la manifestación propiamente dicha de la legitimación y se centra en la relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual esa persona puede intervenir como actor o demandado en un determinado litigio. Esta idoneidad deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el derecho material, por lo que se reputa más como cuestión de fondo y no meramente procesal, como hemos señalado en las SSTS de 20 de enero de 2007 (casación 6991/03, FJ 5) 6 de junio de 2011 (casación 1380/07, FJ 3) o 1 de octubre de 2011 (casación 3512/09, FJ 6)".

4.ª.- En función de ello, la sentencia afirma "Y ello acontece en el presente caso en el que la recurrente carece de dicha idoneidad por cuanto consta de manera evidente que por Auto de fecha 15 de febrero de 2017 (folios 14- 24 del expediente)el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION008 acordó atribuir al padre de los menores la facultad de decidir, en ejercicio de la patria potestad, a que colegio han de acudir sus hijos menores comunes durante los cursos 2016-2017 y 2017-2018 y fue precisamente en ejercicio de tal atribución que el padre de los menores acordó su preinscripción en el centro correspondiente (folios 1 a 4) y en virtud de ello y de los informes obrantes en el expediente se acordó su matriculación en dicho centro (folios 11 y 12, por lo que aparece así la falta de legitimación activa de la recurrente en nombre propio para interponer el presente recurso, sin que ello suponga vulneración alguna de su derecho a la tutela judicial efectiva que se satisface como reiteradamente ha señalado el tribunal Constitucional también en aquellos casos en los que se acuerda la inadmisión si está debidamente motivada como aquí acontece.

También debemos analizar si la recurrente tiene legitimación como legal representante de sus hijos menores a los que afecta la resolución recurrida.

También en este caso la respuesta ha de ser negativa toda vez que la ya referida resolución del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION008 acordó atribuir al padre de los menores la facultad de decidir en ejercicio de la patria potestad a que colegio han de acudir sus hijos menores comunes durante los cursos 2016-2017 y 2017-2018 y por tanto solo a él le corresponde tal ejercicio como legal representante de los menores en dicho aspecto concreto."

5.ª.- Es pues evidente que la madre no podía, porque no era titular de la facultad necesaria para ello tras ser resuelto judicialmente el conflicto entre progenitores, impugnar la decisión administrativa que otorgaba a sus hijos menores de edad la escolarización en educación especial ajustándose a la decisión del padre. Eso era, exclusivamente, lo que estaba en juego en el proceso judicial de instancia.

Y que la madre no tenía la facultad de decidir sobre el tipo de educación de los hijos menores en el momento de ser dictado el acto administrativo lo viene a confirmar la sentencia que recoge la decisión mayoritaria cuando, conociendo del fondo del asunto, dice que no puede pronunciarse sobre el tipo de educación de los hijos porque la decisión correspondía al padre por atribución judicial, sin que pueda ahora modificarse el criterio de la jurisdicción competente.

6.ª.- Considero que la decisión de negar la legitimación de la madre en un caso como el presente, en el que no está en juego el derecho que asiste a ambos progenitores como titulares de la patria potestad - supuesto del recurso 2873/2015 en que se apoya la sentencia- (i) no resulta lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que estamos llamados a preservar porque no le asiste el derecho sustantivo y porque es reiterada la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional en orden a que una resolución motivada de inadmisión también satisface ese derecho fundamental; (ii) no crea ninguna zona de inmunidad en la actividad de la Administración porque actúa de conformidad con quien es

titular del derecho, pues es evidente que lo hace con sometimiento pleno a la ley y al Derecho - artículo 103.1 de la Constitución Española-. Ello solo ocurriría si se niega la legitimación al progenitor titular del derecho o si estuviéramos ante un acto administrativo que afecta o se extiende a otras facultades o derechos del otro progenitor, como podría ser negarle información sobre el desarrollo de la educación de sus hijos o la posibilidad de ejercitar otras facultades inherentes a la patria potestad no afectadas por la previa decisión judicial.

POR TODO ELLO la sentencia de esta Sala y Sección en el presente recurso de casación debió ser la siguiente:

(i) tuvo que precisar la cuestión de interés casacional planteada en función de que en el caso de autos lo que estaba en debate no era realmente si cualquier progenitor, con independencia de la discrepancia que pueda tener con el otro, tiene interés legítimo para impugnar las resoluciones administrativas que afectan a los derechos fundamentales de tales menores, y en particular, el derecho fundamental a la educación inclusiva, sino que el debate era si el progenitor que fue privado judicialmente, en resolución firme y no modificada por los correspondientes cauces legales, de la facultad de decidir "en ejercicio de la patria potestad" a qué Colegio han de acudir sus hijos menores durante los Cursos 2016/17 y 2017/18, tenía legitimación para solicitar una educación diferente a la que decidió el progenitor judicialmente habilitado para ello;

(ii) tuvo que fijar como doctrina que en el ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales de los que son titulares los hijos menores, y en especial, los que presentan discapacidad, el interés legítimo para impugnar la decisión administrativa relativa a la educación de sus hijos en un centro de educación especial o en uno ordinario con educación inclusiva, cuando judicialmente se ha otorgado la facultad a uno solo de los progenitores, no puede corresponder al otro; y,

(iii) tuvo que resolver el recurso de casación aplicando esa doctrina y, por ello desestimarlos.

Madrid 31 de enero de 2022.